UNIVERSIDADE
DO ESTADO
DO RIO DE JANEIRO

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO

NÚMEROS 6 E 7

1999 PUBLICAÇÃO ANUAL
RIO DE JANEIRO

EDIÇÃO ESPECIAL

CASA DE CULTURA E MEMÓRIA
FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

FACULDADE DE DIREITO

RENOVAR

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.: (21) 531-2205 / 531-1618 / 531-3219 — Fax.: (21) 531-2135
LIVRARIA: Rua da Assembléia, 10 - loja E — Centro — RJ
CEP: 20011-000 — Tels.: (21) 531-1316 / 531-1338 — Fax.: (21) 531-2135
FILIAL RJ: Rua Antunes Maciel, 177 — São Cristóvão — RJ
CEP: 20940-010 — Tels.: (21) 589-1863 / 580-8596 / 860-6199 — Fax: (21) 589-1962
FILIAL SÃO PAULO: Rua Santo Amaro, 257-A — Bela Vista — SP
CEP: 01315-001 — Tels.: (11) 3104-9951 / 3104-5849
http://www.editoras.com/renovar ***e-mail*** **renovar@ibm.net**

Conselho Editorial

Arnaldo Lopes Süssekind — 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
Ana Sofia Mariz

Editoração Eletrônica
TopTextos Edições Gráficas Ltda.

CCS/C REDE SIRUS / UERJ

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

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO. V.1-
Nºs 6 e 7 1994- Rio de Janeiro: UERJ,
1998-1999
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

REVISTA

DA

FACULDADE DE DIREITO

ISSN 0104-0367

Rev. da Fac. de Direito	Rio de Janeiro	Nºs 6 e 7	P. 1-468	1998 1999

DIRETORES
Ricardo Cesar Pereira Lira
Wanda Vianna Direito

EDITOR-CHEFE
Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho

CONSELHO EDITORIAL

Antônio Celso Alves Pereira
Celso D. A. Mello
Gustavo José Mendes Tepedino
Heloísa Helena Gomes Barboza
Luís Roberto Barroso
Luiz Henrique Nunes Bahia
Paulo Cezar Pinheiro Carneiro
Ricardo Lobo Torres
Vicente Barretto

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
Heloísa Helena Gomes Barboza

Nota do editor

Com o lançamento da presente edição, ingressa a REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UERJ em uma nova fase — contando, de agora em diante, com o apoio da CASA DE CULTURA E MEMÓRIA. Além de ganhar capa reestilizada, duas importantes sessões vêm se somar às de "doutrina" e "discursos", já existentes: uma, intitulada "clássicos", pretende publicar textos históricos, nem sempre acessíveis a todos, que marcaram o meio jurídico no Brasil e no mundo; e outra, denominada *"alumni"*, presta-se à divulgação de artigos, cuidadosamente selecionados dentre a efervescente produção científica de nosso corpo discente, no âmbito do bacharelado, da pós-graduação e de ex-alunos, sobre temas que se encontram na ordem do dia.

Por outro lado, justifica-se a produção de uma edição especial, a abranger os números 6 e 7 (relativos aos anos de 1998 e 1999) em um único volume, em face da grande quantidade de material recebido, dando ensejo a que mantivéssemos a programação anual da Revista rigorosamente atualizada.

Portanto, à tradição das publicações da Casa incorporam-se as novidades, robustecendo a Revista, que, assim, e a um só tempo, consolida, cada vez mais, sua vocação de respeitável veículo difusor da pesquisa científica, e se torna importante fonte de consulta para toda a comunidade acadêmica e para os operadores do direito em geral.

Rio de Janeiro, outubro de 1999.
Prof. CARLOS EDISON DO RÊGO MONTEIRO FILHO

SUMÁRIO

DOUTRINA

Direito Civil

Algumas notas sobre a associação para fins de tráfico de entorpecentes
Guilherme Calmon Nogueira da Gama 1

Código Civil, os chamados microssistemas e a Constituição: premissas para uma reforma legislativa
Gustavo José Mendes Tepedino 13

Perspectivas do Direito Civil brasileiro para o próximo século
Heloisa Helena Gomes Barboza 27

Formação do Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias
Patrícia Galindo da Fonseca 41

Normas constitucionais nas relações privadas
Pietro Perlingieri 63

Direito à habitação e direito de propriedade
Ricardo Cesar Pereira Lira 79

Direito Comercial e do Trabalho

A responsabilidade na sociedade por quotas
Alexandre Ferreira de Assumpção Alves 91

Os princípios da legalidade e da competência e os limites de atuação do INPI no direito da concorrência
José Carlos Vaz e Dias 111

"Projects Finance"
Theophilo de Azeredo Santos 121

Direito do Estado

O caso do Timor Leste (1999): o direito de autodeterminação do povo timorense
A. A. Cançado Trindade 127

Constituição e democracia
Carlos Roberto de Siqueira Castro 147

Novas perspectivas de combate jurídico à discriminação racial
Joaquim Benedito Barbosa Gomes 177

Leveza, humor e poesia em tempos de globalização
Luís Roberto Barroso 201

A interpretação do Direito Tributário pela administração
Ricardo Lobo Torres 209

Favela Bairro: breve análise institucional do programa habitacional, e de seus aspectos fundiários
Sônia Rabello de Castro 225

Direito Penal

Uma confusão de prerrogativas de poderes sem fundamento razoável e contra a democracia: contrabando e crime contra segurança nacional
Sérgio do Rego Macedo 245

Direito Processual

Processo civil e processo penal: mão e contramão
José Carlos Barbosa Moreira 259

A criminalização da reforma agrária: preconceitos e falsidades
Yvan Senra Pessanha 273

Disciplinas Básicas

Mídia eletrônica, informação política e democracia: notas sobre o Observatório de Cultura e Política do Rio de Janeiro
Luiz Gonzaga de Souza Lima 281

Clientelismo: história, conceitos e interpretações
Luiz Henrique Nunes Bahia 293

Globalização e democracia cosmopolita
Vicente de Paulo Barretto 349

ALUMNI (Graduação, Pós-graduação e Ex-alunos)

Lei 9.299: militares no Tribunal do Júri?
Adriano Alves Marreiros 363

As conseqüências da prestação de serviços à administração pública após o fim do prazo contratual
Alexandre Santos de Aragão 369

Responsabilidade civil do médico
Aline de Miranda Valverde, Anderson Schreiber, Marina Gaensly, Maritza Franklin 381

Breves considerações a respeito da reforma e controle do poder Judiciário
Glaucenir Silva de Oliveira 409

CLÁSSICOS

Discurso de posse
San Tiago Dantas 419

DISCURSOS

A emancipação do ser humano como sujeito do Direito Internacional e os limites da razão de estado
A. A. Cançado Trindade 425

Homenagem póstuma ao professor Pedro Figueiredo
Arthur M. Paupério Neto 435

Elie Wiesel — UERJ 12 de maio de 1999
Jacob Dolinger 437

Privatização do processo
José Carlos Barbosa Moreira 441

Solenidade de entrega do título de doutor *honoris causa* ao professor Pietro Perlingieri
Gustavo Tepedino 453

Agradecimento do professor Pietro Perlingieri por ocasião do recebimento do título de doutor *honoris causa* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 24 de agosto de 1998
Pietro Perlingieri 458

Teixeira de Freitas, o operário, o lidador incansável, o servo da verdade jurídica
Ricardo Cesar Pereira Lira 459

DOUTRINA

Direito Civil

ALGUMAS NOTAS SOBRE A ASSOCIAÇÃO PARA FINS DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES

GUILHERME CALMON NOGUEIRA DA GAMA

I. *Introdução*

A perspectiva deste estudo é renovar o debate sobre importante tema que vem se mostrando bastante atual e freqüente, a saber, a ab-rogação, a derrogação ou a manutenção da norma que trata do crime previsto no artigo 14, da Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976, diante do que dispõe o artigo 8º, da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990. Trata-se de questão discutida na doutrina, mas que repercutiu junto aos tribunais brasileiros, culminando com o julgamento do Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Moreira Alves[1], cuja orientação vem sendo observada de forma predominante na jurisprudência. A respeito do assunto a doutrina ainda apresenta posições divergentes, adotando argumentos variados.

O ponto central da discussão diz respeito à extirpação do ordenamento jurídico brasileiro do tipo penal da associação para fins de tráfico[2], tratado na Lei nº 6.368/76, por força da redação do artigo 8º, da Lei nº 8.072/90[3]. Vicente Greco Filho observa que a Lei nº 55.267, de 29 de outubro de 1971, ao alterar a redação do § 5º do artigo 281, do Código Penal, veio a atender recomendação

1 Trata-se do julgamento do Habeas Corpus nº 68.793-RJ, da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, que será, no curso do trabalho, comentado.

2 De acordo com a Lei nº 6.368/76, em seu artigo 14, *"associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta Lei: Pena — reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinqüenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa"*.

3 Assim foi redigido o artigo 8º, *caput*: *"Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo."*

contida na Convenção Única sobre Entorpecente, consignando que: *"O § 5º do art. 281 na redação da Lei nº 5.726/71 não foi feliz, contudo, na escolha dos termos. Usou a mesma denominação do art. 288 do Código Penal, 'quadrilha ou bando', mas reduziu o número necessário de partícipes para dois, de modo que tínhamos 'quadrilha' composta de duas pessoas"*[4]. Realmente, a Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, promulgada pelo Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964, contém a seguinte disposição, em seu artigo 36, 2, a), ii): *"serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no § 1º, a participação deliberada, a confabulação destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos"*. Assim, o Direito positivo brasileiro criou figura típica autônoma e especial para reprimir o delito de associação para fins de tráfico, tendo a Lei nº 6.368/76, no seu artigo 14, cuidado do assunto de forma mais aprimorada.

II. *A Natureza da Norma Contida no artigo 14, da Lei nº 6.368/76*

Se com o advento da Lei nº 5.726/71, o artigo 288, do Código Penal, foi derrogado no pertinente à associação para fins de tráfico, com maior razão ainda o artigo 14, da Lei nº 6.368/76, deve ser considerado norma que cuida exclusivamente de preceito relativo ao delito de associação com finalidade de realização do tráfico de entorpecentes. Trata-se de conflito aparente de normas que é solucionado não apenas com a aplicação do princípio *Lex posterior derogat priori*, mas também, **e principalmente**, com o princípio da especialidade, atendendo justamente às recomendações contidas na Convenção Única sobre Entorpecentes de reprimir, autonomamente, os crimes de associação para fins de tráfico, com tratamento diferenciado de outras associações delinqüenciais.

Ao cuidar do princípio da especialidade, Damásio de Jesus leciona: *"diz-se que uma norma penal incriminadora é especial em relação a outra, geral, quando possui em sua definição legal todos os elementos típicos desta, e mais alguns, de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes, apresentando, por isso, um minus ou um plus de severidade. A norma especial, ou seja, a que acresce elemento próprio à descrição legal do crime previsto na geral, prefere a esta: lex specialis derogat generali; semper specialia generalibus insunt; generi per speciem derogantur"*[5].

Os elementos especializantes do tipo do crime de associação para fins de tráfico de entorpecentes são: a) a finalidade de realizar qualquer uma das figuras

4 Vicente Greco Filho, *Tóxicos*, 7. ed. ampl. e atual., São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, p.109.

5 In *Direito penal*, v. 1, 12. ed. rev., São Paulo, Ed. Saraiva, 1988, pp. 94/95.

típicas previstas nos artigos 12 e 13, da Lei nº 6.368/76; b) a existência de pelo menos duas pessoas com vínculo associativo e acordo de vontades. Assim, no confronto entre as normas dos artigos 288 e 14, o primeiro do Código Penal e o segundo da Lei de Tóxicos, é perfeitamente aplicável o princípio da especialidade diante da antinomia aparente, porquanto a ordem jurídica é constituída de diversas disposições que se harmonizam e se complementam, havendo regras para resolver o aparente conflito existente.

É importante observar que a especialidade do crime de associação para fins de tráfico decorre da própria adesão da República Federativa do Brasil à Convenção Única sobre Entorpecentes, de 1961, documento que insere regra explícita quanto à necessidade de se reprimir, com autonomia, a conduta delituosa, mormente a confabulação, sem se referir ao mínimo de quatro pessoas, buscando fornecer tratamento mais rigoroso voltado para a repressão do narcotráfico.

III. *A Lei nº 8.072/90 e o Artigo 8º*

Assim que iniciada a vigência da Lei nº 8.072/90, conhecida como lei dos crimes hediondos, várias vozes doutrinárias se levantaram para tecer severas críticas ao conteúdo do texto legal, não apenas sobre o aspecto material como também relativamente às questões formais[6]. *"O processo de elaboração desse diploma legal não é muito conhecido. Não se sabe se foi precedido de qualquer discussão ou consultas a entidades da sociedade civil, como, p. ex., a Ordem*

6 Veja o comentário de Júlio Fabbrini Mirabete: *"São diversas, também, as imperfeições da Lei 8.072, o que deve gerar discussões doutrinárias e divergências jurisprudenciais quando de sua aplicação."* (*Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei*, in Revista dos Tribunais, (663), São Paulo, Ed. RT, jan. 1991, p. 269). O mesmo autor observa o descuido do legislador: *"Omissões e imperfeições da Lei 8.072 demonstram que foi ela elaborada com afoiteza e sem os cuidados necessários, exigíveis do legislador, especialmente, em matéria penal"* (p. 270). O magistrado Paulo Maurício Pereira se manifestou no mesmo sentido: *"A Lei dos Crimes Hediondos, ainda no berço, já vem apresentando defeitos flagrantes, resultado não só do período em que foi gerada e nasceu, de muita violência, mas também e principalmente da volúpia legiferante e da vocação populista dos nossos políticos, que tudo fazem para aparecer, até leis, apesar de saberem que apenas com elas não irão resolver o problema do País, em especial os sociais, raízes da violência"* (*A Lei dos Crimes Hediondos e a liberdade provisória*, in Revista dos Tribunais, (671), São Paulo, Ed. RT, set. 1991, p. 285). Do mesmo modo, o Procurador de Justiça Jaques de Camargo Penteado, ao comentar a lei: *"Maquiado, o grupo do 'prendo e arrebento' legisla com o nome de 'movimento da lei e ordem'. A sofisticação mal encobre a falta de estudo científico sobre as causas da criminalidade. Importam-lhe os efeitos. Sobreleva o discurso intimidativo. Não se realiza um só ato efetivo de política penitenciária"* (*Pena hedionda*, in Revista dos Tribunais, (674), São Paulo, Ed. RT, dez. 1991, p. 286).

dos Advogados do Brasil, e a sua aprovação foi a 'toque de caixa', mediante o recurso regimental denominado como 'acordos de liderança'[7]. Não há dúvida acerca do objetivo da lei em questão: reprimir com maior severidade condutas consideradas crimes de maior gravidade, como os hediondos e os a eles equiparados, buscando implementar o comando constitucional contido no artigo 5º, inciso XLIII. *"O que principalmente visou a nova lei foi, sem dúvida, punir mais gravemente as infrações penais nela arroladas, evitando que, durante o processo, fique solto o agente preso em flagrante."*[8]. Os dispositivos da Lei nº 8.072/90, portanto, buscaram recrudescer o combate à criminalidade, de acordo com o contexto histórico e social existente na época da sua promulgação. A *mens legis* foi a de dotar mais eficácia e gravidade aos mecanismos de repressão criminal, com o objetivo de diminuir a criminalidade, e portanto não se trata de uma lei abolicionista ou liberal.

Com tal raciocínio, o legislador instituiu a norma contida no artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, segundo a qual passou a ser cominada pena de reclusão de três a seis anos na hipótese de bando ou quadrilha (artigo 288, do Código Penal), quando se tratar de crimes hediondos ou equiparados, incluindo o *tráfico ilícito de entorpecentes*. Nota-se, claramente, que o legislador de 1990, ao aprovar a lei dos crimes hediondos, buscou, através do artigo 288, do Código Penal, instituir pena privativa de liberdade mais grave para aqueles que se associam, em quadrilha ou bando, para cometer crimes hediondos ou equiparados, simplesmente esquecendo que o crime de associação para fins de tráfico já estava tratado no artigo 14, da Lei nº 6.368/76, com pena mais grave, na cominação máxima do que a prevista no próprio artigo 8º, da Lei nº 8.072/90.

Colocadas tais premissas, é oportuno traçar o desenvolvimento do assunto nas obras doutrinárias e julgados, desde o advento da Lei nº 8.072/90, possibilitando a análise mais detida acerca dos argumentos apresentados, visando alcançar conclusão sobre tema deveras interessante e atual.

III. *Posições Doutrinárias e Jurisprudenciais*

Após tratar do crime de quadrilha ou bando para a prática de crimes indeterminados (artigo 288, *caput*, do Código Penal), Damásio de Jesus anota que, se a finalidade da quadrilha se projeta aos delitos mencionados no artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, incidirá o disposto no artigo 288, do diploma penal,

7 Márcio Bártoli, *Crimes hediondos*, in Revista dos Tribunais, (684), São Paulo, Ed. RT, out. 1992, p. 295.

8 Antônio Scarance Fernandes, *Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 — crimes hediondos*, in Revista dos Tribunais, (660), São Paulo, Ed. RT, out. 1990, p. 261.

como preceito primário, com o preceito secundário da lei dos crimes hediondos. Ao comentar o artigo 8º, quando se refere ao crime de tráfico de entorpecente, o festejado penalista observa:

> "O art. 8º, da Lei n. 8.072/90, também, faz referência ao crime de 'tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins', mencionando o art. 288 do Código Penal e parecendo se esquecer de que o art. 14 da Lei n. 6.368/76 define o delito de quadrilha ou bando. Há três opções: 1ª) o art. 14 da Lei n. 6.368/76 não foi revogado, quer quanto à definição quer quanto à pena; 2ª) o art. 14 foi inteiramente revogado, quer quanto ao tipo incriminador quer quanto à pena, aplicando-se o art. 288 do Código Penal no tocante à definição típica e a pena do art. 8º da Lei n. 8.072; 3ª) o art. 14 foi derrogado: quanto ao tipo aplica-se o art. 14; quanto à pena, o art. 8º da Lei n. 8.072. (...) Das três possíveis orientações, a menos pior é a terceira, que adotamos. Tratando-se de quadrilha formada para o fim de tráfico de drogas (somente os crimes descritos nos arts. 12 e 13 da Lei n. 6.368/76), não se aplica o art. 288 do Código Penal (que exige quatro participantes, no mínimo), mas sim o art. 14 da lei especial (que se contenta, no mínimo, com duas pessoas), com a pena do art. 8º da Lei n. 8.072: reclusão, de três a seis anos. Entendemos que o art. 14 não foi revogado em sua definição típica pelo art. 8º, tanto que o art. 10 da Lei n. 8.072 acrescenta um parágrafo único ao art. 35 da Lei n. 6.368, com a seguinte redação: 'os prazos procedimentais deste Capítulo serão contados em dobro quando se tratar dos crimes dos arts. 12, 13 e *14*" (grifo nosso). Como se vê, a lei manteve o art. 14, que descreve o delito de quadrilha para fins de drogas. Foi derrogado e não revogado. E se está em vigor, só pode impor a pena do art. 8º da Lei n. 8.072: reclusão, de três a seis anos. Isso porque é essa a pena cominada, segundo o artigo 8º, para o crime de quadrilha para fins de tráfico de drogas".[9]

A mesma conclusão foi alcançada por Júlio Fabbrini Mirabete: *"... a lei prevê, no art. 8º, que a formação de quadrilha ou bando para esse fim é sancionada com uma pena de três a seis anos de reclusão. Ora, o art. 14 da Lei Antitóxicos previa para o crime de associação criminosa de duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, o tráfico de entorpecentes uma pena de três a dez anos de reclusão, além de multa de 50 a 360 dias-multa. Assim, quando se clama por mais rigor na repressão ao tráfico, especialmente quanto ao crime organizado, a lei acabou por diminuir a pena*

9 *Código Penal anotado*, 5. ed. ampl. e atual., São Paulo, Ed. Saraiva, 1995, p. 764.

para o crime de quadrilha ou bando destinado a esse fim. Além disso, como efeito da Lei 8.072, o crime de associação criminosa para o tráfico de entorpecentes, que se configura com a existência de, no mínimo, duas pessoas, continua descrito no art. 14 da Lei Antitóxicos, mas sua sanção é prevista agora no seu art. 8º, que faz referência ao art. 288 do CP."[10]

É válida a observação que o mesmo aparente conflito de normas também surge no tocante ao crime de associação delinqüencial para a prática do crime de genocídio (artigo 2º, da Lei n. 2.889, de 1º de outubro de 1956), atualmente um dos crimes hediondos[11]. Ocorre que, na solução de tal conflito, inexiste distinção quanto ao preceito primário entre a quadrilha ou bando (artigo 288, do Código Penal) e a associação para fins de prática de crimes de genocídio (artigo 2º, da Lei n. 2.889/56), salvo a especialidade da finalidade da associação (para fins de cometimento de crimes de genocídio). Quanto ao número mínimo de integrantes da associação, o artigo 2º, referido, exige também quatro pessoas. Daí por que o conflito se resolve pelo princípio *lex posterior derogat priori*, razão pela qual houve derrogação do artigo 2º apenas quanto ao preceito secundário, ou seja, a sanção passou a ser reclusão, de três a seis anos.

Valdir Sznick, por sua vez, defende a orientação segundo a qual o artigo 8º, da Lei n. 8.072/90, não modificou a norma do artigo 14, da Lei nº 6.368/76, nem mesmo quanto à sanção penal: *"Há aqui uma impropriedade. A lei de Entorpecentes prevê a associação no art. 14, a pena é de 3 a 10 anos; o art. 8º dispõe de 3 a 6 anos. Qual prevalece? A lei especial, que é a mais severa, a de Entorpecentes"*.[12]

Adotando posição diametralmente oposta, Alberto Silva Franco sustenta a ab-rogação do artigo 14, da Lei nº 6.368/76, tecendo os seguintes comentários:

> "O art. 8º da Lei 8.072/90, criou, em verdade, uma segunda modalidade do tipo denominado 'quadrilha ou bando'. Recorrendo aos elementos estruturais do art. 288 do Código Penal, o legislador de 90 efetuou a montagem oblíqua de uma outra figura criminosa, com igual denominação jurídica. (...).
>
> Em linhas gerais, o comando primário contido, de modo implícito, no art. 8º da Lei 8.072/90 reiterou os termos do art. 288 do Código Penal. Inovou, contudo, na explicitação da finalidade que deve mover os agentes para a associação criminosa. (...) O elemento subjetivo do tipo, representado pelo impulso psicológico para um fim, que está situado além da conduta objetivamente exigida, é diverso no art. 288 do Código Penal e no art. 8º da Lei 8.072/90: no primeiro caso, a associação criminosa tem por fim o cometimento indiscriminado de crimes (finalidade ampla) ao passo que tal conduta associativa objetiva, no segundo caso, o fim da prática de crimes específicos (finalidade estrita)."[13]

Alberto Silva Franco apresenta os argumentos para sustentar a conclusão acerca da ab-rogação do artigo 14: *"... o texto do art. 8º da Lei 8.072/90 é explícito demais para que se possa admitir a subsistência do art. 14 da Lei 6.368/76. Se a lei mais recente aborda a questão da associação criminosa organizada para o fim do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, é óbvio que uma figura criminosa anterior, que verse sobre a mesma matéria, foi, logicamente, revogada. Depois, porque a equivocada referência ao art. 14 da Lei 6.368/76, feita no artigo 10 da Lei 8.072/90, não basta para garantir-lhe sobrevida. A regra do art. 10 do novo diploma legal refere-se, com exclusividade, à questão de prazos procedimentais e não é suficiente para ressuscitar, em nível penal, um tipo que o art. 8º da mesma lei deu por morto. Por fim, porque não tem cabimento a adoção de uma interpretação atentatória à regra de que não podem existir, sobre o mesmo objeto, disposições penais incompatíveis entre si"*[14].

A posição sustentada por Vicente Greco Filho, também no sentido da ab-rogação do artigo 14, da Lei de Entorpecentes, apresenta outros fundamentos: *"Como não se pode, em termos interpretativos, combinar leis para fazer uma terceira, as penas do art. 288 do Código Penal, com os limites da Lei nº. 8.072/90, só poderão ser aplicadas se se entender revogado o artigo comentado. E essa revogação, que em nosso entender ocorreu, se aplica integralmente, inclusive quanto aos elementos do tipo. É estranho, porém, que a mesma Lei nº. 8.072/90, pelo art. 10, ao introduzir parágrafo único ao art. 35 da lei comentada, duplicando os prazos, refere o art. 14, que entendemos tacitamente revogado pelo seu art. 8º."*[15]

10 *Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei*, cit., pp. 271/272.

11 Antônio Scarance Fernandes observou, com propriedade, que além do conflito entre as normas do artigo 8º, da Lei n.8.072/90 e artigo 14, da Lei n. 6.368/76, o conflito aparente de normas entre o artigo 8º, da Lei n. 8.072/90, e o artigo 2º, da Lei n. 2.889/56, também passou a existir (*Considerações sobre a Lei 8.072, de 25 de julho de 1990 — crimes hediondos*, cit., p.264).

12 *Comentários à Lei dos Crimes Hediondos*, 3. ed. rev. e atual., São Paulo, LEUD, 1993, p. 361.

13 *Crimes hediondos*, 2. ed. rev. e ampl., São Paulo, Ed. RT, 1992, pp. 227/228.

14 *Crimes hediondos*, cit., pp. 232/233, com citação de trecho de Francisco de Assis Toledo (*Crimes hediondos — alguns aspectos importantes*, in Livro de Estudos Jurídicos, Rio de Janeiro, 1991, p. 211).

15 *Tóxicos*, cit., pp. 108/109. A despeito da conclusão de Vicente Greco Filho, o próprio autor ressalvou que conservou os comentários feitos a respeito do artigo 14, da Lei n. 6.368/76, muito embora o considerasse revogado.

Ao analisar a Lei nº. 8.072/90, João José Leal expõe que a partir da nova lei, o direito brasileiro passou a ter duas espécies de crimes de quadrilha ou bando: aquela prevista no artigo 288, *caput*, do Código Penal, e a prevista na combinação entre os artigos 8º, da citada lei, e 288, *caput*, do Código Penal, sendo que houve aumento da sanção: *"A majoração da pena aqui consubstanciada revela mais uma face dessa cruzada da intolerância institucional, marcada pela exasperação punitiva em todos os sentidos e que, analisada com a necessária acuidade, apresenta-se como uma autêntica opção anti-histórica e como medida legal inócua, quanto a suas conseqüências práticas de prevenção à delinqüência."* [16] E, mais adiante, o mesmo jurista arremata: *"a melhor interpretação jurídica está com a corrente doutrinária que defende a revogação do art. 14 pelo art. 8º da LCH. Este dispositivo legal, embora não tendo instituído um novo tipo penal, estabelece claramente que será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do CP, 'quando se tratar de crimes hediondos, prática de tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo'. Mais claro não é preciso. O novo dispositivo refere-se e se encarna ao tipo penal do art. 288 do CP, cominando pena mais grave no caso de crime hediondo, aí incluído expressamente o de tráfico de substância entorpecente"* [17].

O Supremo Tribunal Federal, através das duas Turmas, decidiu no sentido de que a tipificação prevista no artigo 14, da Lei n. 6.368/76, não foi ab-rogada, tendo o dispositivo sido revogado, apenas, quanto ao preceito secundário. Em voto da lavra do Ministro Moreira Alves, após ser feita a análise dos métodos de interpretação no conflito entre dispositivos de uma mesma lei (nº 8.072/90), chegou-se à conclusão: *"no caso, a interpretação corretiva é perfeitamente aplicável. Com efeito, atendendo-se a que o artigo 8º da Lei nº 8.072/90 se dirige à pena e a que o artigo 10 dessa mesma Lei tem inequivocamente como um vigor o tipo delituoso previsto no artigo 14 da Lei nº 6.368/76, a forma de afastar-se a interpretação ab-rogante — que só deve ser utilizada no caso extremo de inconciabilidade absoluta — será a da conciliação sistemática, mediante a interpretação restritiva de ambos os dispositivos, deixando ao primeiro a fixação da pena inclusive para a quadrilha que se forma para a prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, e ao segundo a especialização do tipo do crime de quadrilha com essa finalidade"* [18].

O Superior Tribunal de Justiça, do mesmo modo, vem se orientando no sentido da convivência entre o artigo 14, da Lei nº 6.368/76, e o artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, com revogação tão-somente do preceito secundário do tipo

16 *Crimes hediondos*, São Paulo, Ed. Atlas, 1996, p. 139.

17 *Crimes hediondos*, cit., p. 141.

18 Acórdão proferido no julgamento do Habeas Corpus nº 68.793-RJ, publicado no D.J. de 13/02/92.

cuidado na Lei Antitóxicos. O Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro proferiu voto em caso relacionado ao tema, com os seguintes dizeres: *"Meu entendimento, seguindo longo voto do Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal, é no sentido da convivência do art. 14 da Lei de Tóxicos e do art. 8º da Lei nº 8.072 que acrescentou um parágrafo ao art. 288. Há compatibilidade, porque o art. 12* ***(sic, art. 14)*** *fala em associarem-se duas ou mais pessoas e o 288 em associarem-se três ou mais no caso para o tráfico de entorpecentes. Acrescentou-se também à conclusão daquele acórdão do Supremo Tribunal Federal, buscando coexistência das normas jurídicas — são certos pormenores, esse acórdão que reputo, talvez o mais importante do Supremo Tribunal Federal, foi capitaneado por um civilista que é o Ministro Moreira Alves — no sentido de que o crime mais grave tem que ter pena mais grave do que o menos grave e que o crime menos grave tem que ter pena menos grave em relação à infração mais grave. É evidente, reunião de três ou mais pessoas é mais grave que a de duas ou mais pessoas, dando a possibilidade, pelo menos em tese, de maior sucesso, relativamente à consumação. Ora, ocorreu que o art. 14, originariamente, a pena cominada, reclusão de três a dez anos, e o art. 288, de acordo com a Lei nº 8.072, de três a seis anos, ou seja, com aquela orientação do Supremo Tribunal Federal, que considero escorreita, foram unificados"* [19].

IV. *Análise Crítica da Questão*

De acordo com as posições doutrinárias e jurisprudenciais acima expostas, a permanência, ou não, da vigência da norma contida no artigo 14, da Lei nº 6.368/76, se baseia em dois aspectos distintos: a) a aparente antinomia entre os artigos 8º e 10, da Lei nº 8.072/90; b) a criação de uma figura típica híbrida, que conjuga o disposto no artigo 288, do Código Penal, com a previsão do artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, que é incompatível com a continuidade do artigo 14, da Lei Antitóxicos. Respeitadas as posições acima elencadas, com argumentos jurídicos bastantes defensáveis, deve-se considerar, no entanto, que os reais fundamentos para a solução da questão não foram abordados, conforme ora se buscará expor.

Inicialmente, deve ser destacado que a Lei nº 8.072/90 não pode ser considerada um modelo de legislação diante das diversas omissões, incongruências, falhas e equívocos apontados pela doutrina. No entanto, é pacífico o entendimento segundo o qual a finalidade da lei foi a de incrementar mecanismos de

19 Conforme voto do Relator, Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, no julgamento do Recurso Especial nº 85.965 SP (96.0002582-7), da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, datado de 24 de junho de 1996.

recrudescimento ao combate à criminalidade violenta e perigosa. Desse modo, o objetivo da lei não foi o de descriminalizar certas condutas relacionadas aos crimes hediondos e equiparados; muito pelo contrário. Assim, qualquer orientação no sentido oposto estaria na contramão da *mens legis*, porquanto o sistema introduzido pelo texto legal de 1990 se mostrou claro, qual seja, o de agravar sanções, impor regime único de cumprimento de pena, dentre outras medidas de caráter intimidatório e repressivo. É certo que diante da forma como a Lei nº 8.072/90 foi introduzida no ordenamento jurídico, a despeito do contexto histórico e social, o texto acabou sendo mais benéfico do que o Direito anterior em alguns casos (mas esse, efetivamente, não foi o objetivo da lei), podendo ser citado justamente o novo preceito secundário do artigo 14, da Lei nº 6.368/76, que passou a ser de três a seis anos, de reclusão, suprimindo a cominação anterior de três a dez anos, de reclusão, além de pena pecuniária[20].

Assim, ao invés de ser uma lei descriminalizante, a Lei nº 8.072/90 se insere em contexto oposto, aí incluído o artigo 8º, do texto em questão. É de se lamentar que o legislador tenha omitido a referência ao artigo 14, da Lei Antitóxicos, na redação do artigo 8º, lembrando de mencioná-lo quando redigiu a regra contida no artigo 10, da mesma lei. Contudo, ainda que não houvesse o artigo 10, da Lei nº 8.072/90, o raciocínio seria o mesmo, não se podendo admitir que tão-somente por uma questão gramatical (ou literal) se resolva a discussão sobre a permanência do crime de associação para fins de tráfico, formado por apenas duas ou três pessoas.

"O processo hermenêutico, em que sobressai a figura do juiz, não se pode realizar sem ampla valorização de todos os dados em questão. A busca do significado, que visa, não se restringe às leis, mas abrange os fatos e as leis"[21]. O artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, de forma coerente com o tratamento que a lei proporcionou, teve o objetivo de tornar mais grave a associação para fins dos crimes hediondos e equiparados (tortura, terrorismo, etc.) em relação à associação delituosa para a prática de quaisquer espécies de crimes. Assim, evidentemente, não foi objetivo do dispositivo citado descriminalizar a conduta prevista no artigo 14, da Lei nº 6.368/76. A melhor redação do dispositivo, sem sombra

20 A respeito, confira o artigo *Crimes hediondos: aplicação e imperfeições da lei*, de Júlio Fabbrini Mirabete, in Revista dos Tribunais, (663), cit., pp. 271/272.

21 Plauto Faraco de Azevedo, *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editora, 1989, p. 67. O mesmo autor acentua: *"O trabalho do jurista percorre um longo caminho, situando-se entre a criação (momento inicial) e a aplicação das normas jurídicas (momento final). (...) o trabalho do jurista 'não consiste (dir-se-ia melhor — não pode consistir) simplesmente em um trabalho de análise formal das normas, visto que reconduz a uma compreensão de fundo dessa mesma realidade social a que o direito vai aplicar-se, bem como à análise das vias de comunicação que se estabelecem entre a norma e a realidade social através dessa aplicação"* (p. 30).

de dúvida, seria a de se referir não somente ao artigo 288, do Código Penal, mas também ao artigo 14, da Lei nº 6.368/76. De qualquer modo, diante da falta de técnica legislativa, não se mostra razoável que a interpretação do dispositivo se dê de forma literal, isolada, assistêmica, enfim, fora do contexto histórico-jurídico-social no qual a lei foi elaborada, aprovada e promulgada. Deve-se, pois, entender que, apesar de não expressamente incluída no texto do artigo 8º, do texto, o preceito implicitamente se refere ao artigo 14, da Lei nº 6.368/76, e não apenas ao artigo 288, do Código Penal.

Assim, a norma do artigo 10, da Lei nº 8.072/90, serve tão-somente como reforço para a conclusão acima, e, ainda que não tivesse sido redigida, não conduziria a outro entendimento que não o acima exposto. Ou seja, a questão não se refere à aparente antinomia entre os preceitos dos artigos 8º e 10, da Lei nº 8.072/90, mas sim deve ser visualizada sob outro prisma, o da verdadeira *mens legis*.

Aliás, vale notar que o artigo 14, da Lei nº 6.368/76, diante do princípio da especialidade, não se confunde com o artigo 288, do Código Penal, sendo aquele norma especial em relação a este, que é norma geral. O artigo 288, citado, foi derrogado antes da própria edição da Lei nº 6.368/76, ainda na época da Lei nº 5.726/71, que deu nova redação ao artigo 281, do Código Penal, atendendo às recomendações da Convenção Única sobre Entorpecentes. Portanto, pelo menos desde 1971 o artigo 288, do Código Penal, deixou de ser aplicável para as associações delituosas dotadas dos requisitos legais e voltadas para o tráfico de entorpecentes. Assim, não é possível a repristinação dos efeitos do referido artigo 288 para o tráfico de entorpecentes, mormente diante da Convenção Única sobre Entorpecentes que recomendou tratamento específico sobre o assunto. Mais uma razão, pois, para considerar que o preceito primário do artigo 14, da Lei nº 6.368/76, não foi revogado.

A norma contida no artigo 8º, da lei dos crimes hediondos, não pode ser compreendida fora do contexto histórico-social em que ela se insere. *"Nas palavras transcritas já está caracterizada a Occasio legis: complexo de circunstâncias específicas atinentes ao objeto da norma, que constituíram o impulso exterior à emanação do texto; causas mediatas e imediatas, razão política e jurídica, fundamento dos dispositivos, necessidades que levaram a promulgá-los; fatos contemporâneos da elaboração; momento histórico, ambiente social, condições culturais e psicológicas sob as quais a lei surgiu e que diretamente contribuíram para a promulgação; conjunto de motivos ocasionais que serviram de justificação ou pretexto para regular a hipótese; enfim, o mal que se pretendeu corrigir e o modo pelo qual se projetou remediá-lo, ou, melhor, as relações de fato que o legislador quis organizar juridicamente"*[22]. Diante

22 Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, pp. 148/149.

do aumento da criminalidade violenta e organizada, o citado dispositivo teve como escopo apenas agravar o preceito secundário dos crimes de associação para a prática de crimes hediondos e equiparados, daí a previsão expressa da sanção privativa de liberdade consistente na reclusão, de três a seis anos. Diante da equiparação feita entre os crimes hediondos e o tráfico de entorpecentes, buscou-se a uniformização da sanção penal no pertinente à pena privativa de liberdade, ainda que para tanto a norma tenha sido mais benéfica do que a prevista no artigo 14, da Lei nº 6.368/76, que previa cominação máxima em dez anos de reclusão.

Não há incompatibilidade entre os preceitos primários em questão, mormente diante da circunstância que desde 1971 a associação para fins de tráfico passou a ser possível com duas pessoas, enquanto a quadrilha ou bando sempre exigiram o mínimo de quatro agentes.

Além de não ter ocorrido a ab-rogação do artigo 14, da Lei Antitóxicos, com o advento do artigo 8º, da Lei nº 8.072/90, deve ser considerado, ainda, que o preceito secundário do artigo 14 somente foi derrogado, permanecendo a cominação de sanção pecuniária de cinqüenta a trezentos e sessenta dias-multa, considerando que inexiste incompatibilidade entre a multa cominada na Lei nº 6.368/76 e a nova pena privativa de liberdade cominada na lei dos crimes hediondos. Tal conclusão decorre da circunstância de que todos os tipos penais tratados na Lei nº 6.368/76 têm a sanção pecuniária prevista cumulativamente ou alternativamente com a pena privativa de liberdade, devendo, assim, ser preservado o sistema instituído pela legislação em comento.

Finalizando a abordagem do assunto, faço minhas as palavras de Plauto Faraco de Azevedo: *"a consideração do contexto histórico-social, em que se insere e se realiza o processo interpretativo, é indispensável para perceber-se (e eventualmente para modificar-se) o substrato teórico a orientar o raciocínio na aplicação das normas jurídicas, o papel ideológico da formação jurídica, e os efeitos satisfatórios ou insatisfatórios desse processo"* [23].

23 *Crítica à dogmática e hermenêutica jurídica*, cit., pp. 15/16.

CÓDIGO CIVIL, OS CHAMADOS MICROSSISTEMAS E A CONSTITUIÇÃO: PREMISSAS PARA UMA REFORMA LEGISLATIVA*

GUSTAVO TEPEDINO

1. O movimento das Codificações e o mito da completude. 2. Princípios constitucionais e princípios gerais de Direito: distinção indispensável. A gradual alteração do papel do Código Civil. 3. Descodificação, microssistemas, normas supranacionais: crise de fontes normativas. 4. A cultura jurídica contemporânea e suas características. Técnicas legislativas e interpretativas para um direito pós-moderno. 5. O Projeto de Código Civil e a (apenas) aparente utilização de cláusulas gerais. Fisionomia atual das cláusulas gerais. 6. A reunificação do Direito Privado na ordem constitucional. Premissas para uma reforma do direito civil.

1. Com o apogeu das codificações, no Século XIX, sabe-se quão diminuto foi o papel das Declarações de Direitos Políticos e dos Textos Constitucionais nas relações de direito privado. Por um lado, pode-se dizer que a completude do Código Civil, que caracteriza o processo legislativo com pretensão exclusivista, descarta a utilização de fontes de integração heteronômicas, forjando-se um modelo de sistema fechado, auto-suficiente, para o qual as Constituições, ao menos diretamente, não lhe diziam respeito.

A Escola da Exegese, reelaborando o princípio da completude de antiga tradição romana medieval, levou às últimas conseqüências o mito do monopólio estatal da produção legislativa, de tal sorte que o direito codificado esgotava o fenômeno jurídico, em todas as suas manifestações. Assinale-se o *fetichismo*

* Trabalho apresentado no painel *Crise das Codificações*, no âmbito da XVII Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil, realizada no *campus* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, de 29 de agosto a 2 de setembro de 1999.

da lei e, mais ainda, o *fetichismo do Código civil* para as relações de direito privado: "o caráter peculiar da escola da exegese é a admiração incondicional pela obra do legislador por meio da codificação, uma confiança cega na suficiência das leis, em definitivo a crença que o Código, uma vez emanado, basta completamente a si próprio"[1].

Conforme se observou, "a miragem da codificação é a completude: uma regra para cada caso. O Código é para o juiz um prontuário que lhe deve servir infalivelmente e do qual não pode se afastar"[2].

Decorrem daí dois aspectos fundamentais: o revigoramento da partição clássica entre o direito público e o direito privado, cada qual inserido em seu próprio sistema normativo — o destinatário das normas constitucionais, restritas às matérias atinentes à estruturação do Estado, seria o legislador ordinário, a quem incumbiria disciplinar as relações privadas, por meio do Código Civil. E, em segundo lugar, a exasperação da técnica legislativa regulamentar, expressão maior da onipotência do codificador, disposto a prever todas as condutas do fenômeno social (*rectius*, fenômeno jurídico) que pudessem ter interesse para o direito. Insculpiu-se na cultura jurídica, como conseqüência, a convicção de que sem a regulamentação específica de cada situação subjetiva, com a definição exata dos poderes do titular, não há bom direito.

Nesse cenário, tornou-se bem delineado significado constitucional do Código Civil para o direito privado, sem que se alvitrasse, afora do corpo codificado, qualquer regra que lhe fosse hierarquicamente superior em matéria de relações patrimoniais[3].

2. O direito público e o direito privado, como se viu, constituíram, para a cultura jurídica dominante na Escola da Exegese, dois ramos estanques e rigidamente compartimentados. Para o direito civil, os princípios constitucionais equivaleriam a normas políticas, destinadas ao legislador e, apenas excepcionalmente, ao intérprete, que delas poderia timidamente se utilizar, nos termos do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, como meio de confirmação ou de legitimação de um princípio geral de direito[4].

1 Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 242.

2 *Idem*.

3 Sobre o tema, v. Michele Giorgianni, *O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 747. p. 35 e ss., para quem este significado constitucional era imanente aos Códigos, já que "a propriedade privada e o contrato, que constituíram, como se sabe, as colunas do sistema, vinham, por assim dizer, 'constitucionalizar' uma determinada concepção da vida econômica, ligada, notoriamente, à idéia liberal" (p. 41).

4 Eis o teor do art. 4º da LICC: "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".

Em outra sede, já tivemos oportunidade de ressaltar o equívoco de tal concepção, ainda hoje difusamente adotada, que acaba por relegar a norma constitucional, situada no vértice do sistema, a elemento de integração subsidiário, aplicável apenas na ausência de norma ordinária específica e após terem sido frustradas as tentativas, pelo intérprete, de fazer uso de analogia e de regra consuetudinária. Trata-se, em uma palavra, de verdadeira subversão hermenêutica[5]. O entendimento ora criticado mostra-se, no entanto, bastante coerente com a lógica do individualismo oitocentista, sendo indiscutível o papel predominante que o Código Civil desempenhava como referência normativa exclusiva no âmbito das relações de direito privado.

Tal quadro começa a se redefinir, gradativamente, na Europa já desde o início do século XX, e no Brasil depois da década de 30, com a maciça intervenção do Estado na economia e com o processo, daí decorrente, de restrição à autonomia privada, ao qual se associa o fenômeno conhecido como dirigismo contratual.

A partir de então, altera-se profundamente o papel do Código Civil. De normativa exclusiva do direito privado, endossando as vestes da completude, e em relação à qual as poucas regras extracodificadas eram consideradas leis excepcionais ou de emergência — a confirmar sua ordinária exclusividade —, o Código se transforma em centro normativo do direito comum, ao lado do qual proliferaram as leis especiais, incumbidas de disciplinar as novas figuras emergentes na realidade econômica e não previstas pelo codificador. Constituíam, por isso mesmo, o direito especial.

A intensificação do processo legislativo e as agudas transformações econômicas, sobretudo a partir dos anos 60, acabariam por destinar ulterior papel ao Código Civil, que perde progressivamente a sua função de normatização do direito comum. Verifica-se, com efeito, que inteiras matérias são subtraídas da esfera codificada e não mais apenas os institutos do chamado direito especial[6].

3. A evolução do cenário econômico e social passou a exigir do legislador uma intervenção que não se limita à tipificação de novas figuras do direito privado (antes consideradas como de direito especial), abrangendo, ao revés, em legislação própria, toda uma vasta gama de relações jurídicas que atingem diversos ramos do direito. Cuida-se de leis que regulamentam exaustivamente

5 Seja consentido remeter, sobre o assunto, ao nosso *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 1 e ss., com ulteriores referências bibliográficas.

6 Sobre o processo histórico da codificação e da descodificação, v., por todos, Francisco Amaral, *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, in *Revista do Tribunal Regional Federal 1ª Região*, vol. 8, n. 4, outubro-dezembro 1996, p. 635 e ss.

extensas matérias, e passam a ser designadas como estatutos, veiculando não apenas normas de direito material, mas também processuais, de direito administrativo, regras interpretativas e mesmo de direito penal. Anuncia-se, em doutrina, a era dos estatutos.

Tais leis desafiam o civilista, já que possuem características inteiramente diversas da legislação codificada, a começar pela técnica peculiar, por meio de expressões setoriais, não guardando o caráter universal e a precisão lingüística de outrora. Afinal, se o idioma agrega, a cada dia, termos do quotidiano, nada mais natural que as novas situações jurídicas, sempre mais especializadas, sejam disciplinadas por expressões — quando não jargões — colhidas na mutante realidade social.

Por outro lado, o legislador deixa de atuar de maneira genérica e neutra, mediante suportes fáticos considerados como estruturas formais e abstratas. Diversamente, define os objetivos de política legislativa — tônica do Estado Social —, incentiva com subsídios fiscais os comportamentos que atendam às prioridades traçadas, transforma-se de mero repressor do ilícito em agente de promoção de valores e políticas públicas, delineando-se o que se nomeou, em síntese feliz, de função promocional do direito[7].

Assim é que surgiram, ao longo do tempo, numerosos estatutos com tais características, no Brasil e alhures, bastando indicar, a título de exemplo, as sucessivas Leis de Locação Predial Urbana, o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse longo percurso histórico, cujo itinerário não se poderia aqui palmilhar, caracteriza o que se convencionou chamar de processo de descodificação do direito civil, com o deslocamento do centro de gravidade do direito privado, do Código Civil, antes um corpo legislativo monolítico, por isso mesmo chamado de *monossistema*, para uma realidade fragmentada pela pluralidade de estatutos autônomos. Em relação a estes o Código Civil perdeu qualquer capacidade de influência normativa, configurando-se um *polissistema*, caracterizado por um conjunto crescente de leis tidas como centros de gravidade autônomos e chamados, por conhecida corrente doutrinária, de *microssistemas*[8].

À tal realidade histórica agrega-se, no tempo que passa, o conjunto de normas supranacionais formado por Tratados, Convenções, Pactos Internacionais e Regulamentos de Mercados Regionais, que suscita uma genuína crise de fontes normativas. Afinal, como agir o intérprete diante do sistema fragmentado e do pluralismo tão acentuado de fontes, não raro de difícil gradação hierárquica? E o quadro ainda se agrava, posteriormente, em face da proliferação desmesurada da produção legislativa, estimulada pelos avanços da tecnologia e por uma realidade econômica cada vez mais complexa, a reclamar novos mecanismos de regulamentação. Basta lembrar, por exemplo, as inúmeras técnicas de fertilização *in vitro* e de mutação genética, além das proezas das redes de informática, temas que, lançados à ordem do dia, exigem o estabelecimento de limites éticos e jurídicos.

Todas essas circunstâncias, ao corroborarem, definitivamente, o ocaso da chamada *era da segurança*, própria do século passado, indicam tempos marcados por um equilíbrio assaz delicado de fontes normativas; e pela necessidade, daí decorrente, de fornecer aos operadores jurídicos novos parâmetros interpretativos. As demandas sociais, a cada momento, impõem atos normativos de impressionante fugacidade e variabilidade (os alemães aludem à característica de ruptura: *Ubruchcharakter*), como ocorre, de resto, em tantos setores da cultura contemporânea (parece indiscutível a ausência de parâmetros homogêneos para definir, por exemplo, o estilo predominante da arquitetura, da literatura, da música ou mesmo da moda contemporâneas), a ponto de se apregoar a existência de um Direito da Pós-modernidade[9].

4. Haveria, afinal, um direito pós-moderno, cuja compreensão servisse à proposta de reformulação legislativa e ao oferecimento de critérios interpretativos condizentes com o tempo presente?

Erik Jayme, Professor de Heidelberg, no Curso Geral de 1995 ministrado na Academia de Direito Internacional de Haia, sob o significativo título *Identité Culturelle et Intégration: Le Droit International Privé Postmoderne*, sustentou a existência de uma "cultura jurídica pós-moderna, caracterizada por quatro fenômenos: o pluralismo, a comunicação, a narrativa e o retorno aos sentimentos (*retour aux sentiments*), cujo *leitmotiv* seria "o papel primordial dos direitos humanos"[10].

Os dois primeiros fenômenos apontados, o pluralismo e a comunicação, falam por si. Observou-se, a propósito, as inúmeras manifestações do pluralismo: "*Pluralismo* de fontes legislativas a regular o fato, pluralismo de sujeitos

7 Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Milano, Edizioni di comunità, 1977, p. 63 e ss.

8 Natalino Irti, *L'età della decodificazione*, Milano, Giuffrè, 1989, 3ª ed., *passim*.

9 Sobre o tema, v. Claudia Lima Marques, *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos*, in *Revista do Consumidor*, vol. 22, p. 64 e ss, e, especificamente, da mesma autora, *A Crise Científica do Direito na Pós-Modernidade e seus Reflexos na Pesquisa* (original inédito gentilmente cedido pela autora); e, em co-autoria com Maria Cláudia Cachapuz e Ana Paula da Silva Vitória, *Igualdade entre Filhos no Direito Brasileiro Atual Pós-Moderno* (trabalho apresentado no X Congresso Internacional de Direito de Família, Mendonça, Argentina, em 22 de novembro de 1998), também gentilmente enviado pelas autoras).

10 Erik Jayme, *Cour Général de Droit International Privé*, in *Recueil des Cours*, Académie de Droit International, The Hague-Bostou-London, Martinus Nijhoff Publishers, 1997, t. 251, 1996, p. 36-37.

a proteger, por vezes indeterminados (como nos interesses difusos), pluralismo dos agentes ativos a quem imputar a responsabilidade (como no caso dos fornecedores que se organizam em cadeias), em relações extremamente despersonalizadas, múltiplas, multifacetadas"[11].

A comunicação, por sua vez, é tida como "valor máximo da pós-modernidade, associado à valorização extrema do tempo, do direito como instrumento de comunicação, de informação, como valorização do eterno e do transitório, do congelar momentos e ações para garantir a proteção dos mais fracos e dos grupos que a lei quer privilegiar"[12].

No que concerne à narrativa, entreviu-se o surgimento de normas *que não criam deveres mas simplesmente descrevem valores.*[13]

A última característica indicada pelo jurista alemão, o retorno aos sentimentos, quer significar que "*l'idée utilitaire, que les raisons de nature économique déterminent ou doivent déterminer exclusivement les actions de l'homme, n'est plus convaincante. Les hommes se battent aussi pour les valeurs inhérentes de l'aime. En droit, c'est la sauvegarde de l'identité culturelle qui est l'expression de ces sentiments...*[14]" Tal manifestação responderia, provavelmente ao

11 Claudia Lima Marques, *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores,* cit., p. 67, a qual remata: "pluralismo na filosofia aceita, onde o diálogo é que legitima o consenso, onde os valores e princípios têm sempre uma dupla função, o *double coding*, e onde os valores são muitas vezes antinômicos'.

12 Claudia Lima Marques, *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores,* cit., p. 67-68, que sublinha, ainda: "comunicação é o método de legitimação (*Sprachspiele*)... o consentimento legitimador é só aquele informado e esclarecido. Comunicação é também internacionalidade das relações jurídicas e a revalorização do direito internacional privado e das técnicas de harmonização e unificação das leis".

13 Erik Jayme, ob. cit., p. 259, o qual observa o liame entre as diversas expressões da cultura pós-moderna na qual se manifesta a narratividade: "*Les beaux-arts sont retournés à la peinture figurative. L'architecture ne se limite plus à démontrer la fonction de la construction technique; elle cherche à signaler des valeurs humaines. Les édifices font allusion à l'histoire, ils contiennent des parties descriptives qui racontent les faits de la vie humaine. Le porteur de la narration est de nouveau la façade du bâtiment à laquelle les architectes concerne le droit, nous notons un phénomène particulier: l'émergence des* 'normes narratives. *Ces normes n'obligent pas, elles, décrivent des valeurs*". Claudia Lima Marques, comentando tal característica, acrescenta: "Haveria um novo método de elaborar normas legais, não normas para regular condutas, mas normas que narram seus objetivos, seus princípios, suas finalidades, positivando os objetivos do legislador no microssistema de forma a auxiliar na interpretação teleológica e no efeito útil das normas". Segundo a mesma autora, o art. 19 do ECA é exemplo "desta fluidez e narratividade das leis e na filosofia do direito".

14 Erik Jayme, ob. cit., p. 261. Seja consentido, entre parênteses, retomar nossa observação anterior (*Tecniche legislative ed interpretative nell'armonizzazione del diritto privato comunitario: l'esperienza del Mercosul*, no prelo da *Revista do PIDIG*, UERJ-Renovar, 1999): se são verdadeiras, como parecem, as características apontadas por Jayme, ter-se-ia que explicar o aparente paradoxo entre a intensificação da preocupação com os direitos humanos e os valores

revival dos direitos humanos que, segundo o mesmo autor, seria a espinha dorsal da produção normativa contemporânea.

5. Tais considerações não parecem ociosas, ganhando, antes, especial importância, quando se verifica a impossibilidade de regulamentação de tantas novas situações que se prolificam a cada dia, bem como a dificuldade de conhecimento (não só por parte do cidadão comum mas também), por parte dos operadores, da difusa legislação em vigor. Pode-se mesmo dizer que a máxima contida no art. 3º da LICC, segundo a qual "ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece", tenha se transformado em uma espécie de mito, numa sociedade em que, como acentuou Pietro Perlingieri, "a desigualdade mais odiosa e mais penosa não se estabelece entre quem tem e quem não tem, mas sobretudo entre quem sabe e quem não sabe"[15].

Soma-se a isto a ausência de proposta doutrinária destinada à harmonização (nos planos legislativo e interpretativo) de tão intrincado sistema de fontes.

Pretendem alguns, equivocadamente, fazer aprovar um novo Código Civil, concebido nos anos 70, cujo Projeto de Lei toma hoje o n. 118, de 1984 (n. 634, de 1975, na Casa de origem), que pudesse corrigir as imperfeições do anterior, evidentemente envelhecido pelo passar dos anos, como se a reprodução da mesma técnica legislativa, quase um século depois, tivesse o condão de harmonizar o atual sistema de fontes[16].

O Código projetado peca, a rigor, duplamente: do ponto de vista técnico, desconhece as profundas alterações trazidas pela Carta de 1988, pela robusta legislação especial e, sobretudo, pela rica jurisprudência consolidada na experiência constitucional da última década[17]. Demais disso, procurando ser neutro

existenciais em plena estação globalizante, informada pelas demandas do mercado e pela otimização dos resultados. A conclusão, todavia, parece ser a de que o retorno aos sentimentos e aos valores da pessoa humana, por parte da cultura jurídica contemporânea, representaria não já uma contradição mas uma reação à lógica do mercado que caracteriza a globalização, talvez o último recurso para a salvaguarda das identidades culturais locais.

15 Pietro Perlingieri, discurso de agradecimento proferido por ocasião do recebimento do Título de Doutor *Honoris Causa* na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, em 24 de agosto de 1998, no prelo da Revista da Faculdade de Direito da UERJ, Renovar, n. 6-7, 1999.

16 Para uma crítica contundente à oportunidade do Projeto, v. Francisco Amaral, *A Descodificação do Direito Civil Brasileiro*, cit., p. 635 e ss.

17 Cfr. Antônio Junqueira de Azevedo, *Retrocesso no Direito de Família*, in *Tribuna do Direito*, OAB-SP, setembro de 1998, p. 16, para quem "Infelizmente, o Projeto de Código Civil, tal e qual aprovado pelos senadores, não assimilou e espírito dos novos tempos"... e "retrocede aos tempos anteriores à Constituição". O autor ocupa-se especialmente do direito de família, onde a discrepância é impressionante, anotando inúmeras incongruências do Projeto em relação à evolução social e mesmo jurisprudencial.

e abstrato em sua dimensão axiológica, como ditava a cartilha das codificações dos séculos XIII e XIX, reinstitui, purificada, a técnica regulamentar.

Vale-se o Projeto, é bem verdade, candidamente, de algumas poucas cláusulas gerais (particularmente as dos arts. 420 e 421, em tema de função social do contrato e da boa-fé objetiva), as quais, contudo, desassociadas de um conteúdo axiológico preciso, acabam por carrear insegurança às relações que procuram disciplinar[18].

Percebe-se, nesse passo, com maior evidência, a importância da análise acima conduzida, tomando por empréstimo a obra de Jayme. Torna-se indispensável que o legislador de hoje recorra à *técnica narrativa*, de algum modo *à retórica e aos sentimentos* (não subjetivos dele, legislador, mas da sociedade, recolhendo democraticamente os valores predominantes na realidade social), para que determine o conteúdo axiológico das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados.

Parece indiscutível a necessidade de se desenvolver, por parte do legislador e do intérprete, a técnica das cláusulas gerais, cuja adoção evita as profundas lacunas causadas pela evolução da sociedade; sendo impossível ao legislador acompanhar o passo dos acontecimentos, e infrutífera a tentativa de tipificar a totalidade das situações jurídicas que, assim como os bens jurídicos objeto do direito, multiplicam-se a cada momento.

Entretanto, as cláusulas gerais, se utilizadas como nos Códigos do passado, pouco contribuem para a superação da crise representada pela proliferação das fontes normativas. Percebe-se aí a diferença fundamental entre a cláusula geral admitida pela Escola da Exegese — e proposta novamente por esta espécie de neo-exegese que hoje se apresenta, na esteira do Projeto de Código Civil —, e a técnica das cláusulas gerais imposta pela contemporaneidade, que reclama, necessariamente, uma definição normativa (narrativa) de critérios interpretativos coerentes com a *ratio* do sistema, voltada para valores não patrimoniais, como quer, no caso brasileiro, o Texto Constitucional[19].

Confirma-se o entendimento acima lançado pela constatação de que o Código Comercial Brasileiro, já em 1850, em seu art. 131, introduzira o princípio da boa-fé contratual, que, no entanto, teve baixa — ou nenhuma — eficácia social, assim como o próprio BGB, de 1900, sendo certo que no exemplo alemão coube à doutrina elaborar o conteúdo do princípio em sua aplicação prática, ao longo do tempo[20].

Quer-se com isso demonstrar que uma cláusula geral, só por si, pouco ou nada significa. E que, utilizada do ponto de vista formal pelos codificadores do século passado, a sua introdução, pura e simples, não traduz novidade alguma, do ponto de vista da técnica legislativa.

O legislador contemporâneo, instado a compor, de maneira harmônica, o complexo de fontes normativas, formais e informais, nacionais e supranacionais, codificadas e extracodificadas, deve valer-se de prescrições narrativas e analíticas, em que consagra expressamente critérios interpretativos, valores a serem preservados, princípios fundamentais como enquadramentos axiológicos com teor normativo e eficácia imediata, de tal modo que todas as demais regras do sistema, respeitados os diversos patamares hierárquicos, sejam interpretadas e aplicadas de maneira homogênea e segundo conteúdo objetivamente definido.

Supera-se, dessa forma, a desconfiança gerada pelas cláusulas gerais e pelos conceitos indeterminados no passado, cuja definição era subjetivamente atribuída ao magistrado ou à doutrina, sem um critério seguro que respondesse à lógica do sistema.

No caso brasileiro, a cláusula geral da boa-fé, prevista no Código Comercial, não teve repercussão, e as do Código Civil, como é o caso do art. 554, em matéria de direito de vizinhança, dependeu de construção doutrinária e jurisprudencial que lhe foi muito posterior[21]. Nos dias de hoje, ao revés, inúmeras são as cláusulas gerais que, previstas pelo legislador contemporâneo, no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto da Criança e do Adolescente, por exemplo, vêm sendo amplamente utilizadas pelos operadores.

Recupera-se, então, o papel da jurisprudência e da doutrina, diante da generalizada crise de legitimidade, difusamente apregoada (das instituições, da dogmática tradicional, das técnicas legislativa e interpretativa e das fontes)[22]. Afasta-se o pretenso caráter abstrato do legislador e, no plano metodológico,

18 Em sentido contrário, cf. Judith Martins Costa, *O Direito Privado como um "Sistema em Construção"- As Cláusulas Gerais no Projeto do Código Civil Brasileiro*, in *Revista dos Tribunais*, vol. 753, p. 24 e ss. A culta autora, após produzir a mais importante contribuição sobre cláusulas gerais do direito brasileiro, *Sistema e Cláusula Geral (A Boa-Fé objetiva no Processo Obrigacional)*, expressão de sua Tese de doutorado apresentada no Programa de Pós-Graduação da USP, 1996, dá-se por satisfeita, surpreendentemente, com as previsões de cláusulas gerais do Projeto de Código Civil.

19 Conforme adverte Francisco Amaral, *ob. cit.*, p. 649, "O direito reafirma-se como uma categoria ética e como uma prática social. E o civilista surge como um intelectual crítico, empenhado, não mais na defesa de uma classe, a burguesia, mas da pessoa e dos seus interesses inalienáveis".

20 Como se sabe, segundo o parágrafo 242 do Código Civil Alemão, "O devedor está obrigado a efetuar a prestação como exigem a fidelidade e a boa-fé, em atenção aos usos do tráfego". Sobre o conteúdo da boa-fé objetiva, construído pela doutrina e pela jurisprudência alemãs, v., por todos, Enneccerus, *Derecho de Obligaciones*, in Enneccerus, Kipp e Wolff, *Tratado de Derecho Civil*, 2º t., vol. 1, Barcelona, Bosch, p. 18 e ss.

21 Cf. F. C. de San Tiago Dantas, *O Conflito de Vizinhança e sua Composição*, Rio de Janeiro, Forense, 1972, 2ª ed. (1ª ed. de 1939, em cujo prefácio o saudoso mestre revela o seu propósito: "quisemos elaborar um critério para o juiz...").

22 Claudia Lima Marques, *Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores,* cit., p. 67 e ss.

as bases interpretativas meramente formais, insuficientes a assegurarem a fidelidade do magistrado à tábua de valores do sistema, em favor de um conteúdo normativo flexível mas objetivamente indicado pelo Poder Legislativo.

6. Se o pluralismo ensejou a *desconstrução* do sistema fechado (o Código), das categorias e dos institutos jurídicos (basta pensar na propriedade e no negócio jurídico), inútil seria buscar recompor o sistema com um novo e unificado corpo legislativo, por melhor que fosse, sem que se altere, profunda e radicalmente, a cultura jurídica em cujo meio se pretenda inseri-lo[23].

No caso brasileiro, a introdução de uma nova postura metodológica, embora não seja simples, parece facilitada pela compreensão, mais e mais difusa, do papel dos princípios constitucionais nas relações de direito privado, sendo certo que doutrina e jurisprudência têm reconhecido o caráter normativo de princípios como o da solidariedade social, da dignidade da pessoa humana, da função social da propriedade, aos quais se tem assegurado eficácia imediata nas relações de direito civil[24].

Consolida-se o entendimento de que a reunificação do sistema, em termos interpretativos, só pode ser compreendida com a atribuição de papel proeminente e central à Constituição[25].

23 A advertência é de Stefano Rodotà, *Ideologia e tecniche della riforma del diritto civile*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1967, I, p. 83: "*la maturità di una riforma, infatti, non può mai misurarsi soltanto dal corpo di proposte tecniche che si è in grado di apprestare, ma dal rinnovamento che la cultura giuridica è riuscita a promuovere rispetto alle idee espresse nei testi bisognosi di revisione*".

24 V., na doutrina brasileira, Maria Celina Bodin de Moraes, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in *Revista de Direito Civil*, vol. 65, p. 21 e ss., além de nossos diversos estudos reunidos em *Temas de Direito Civil*, cit., e, ainda, Luiz Edson Fachin, *Elementos Críticos de Direito de Família*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 5 e ss. Dentre os constitucionalistas, destaca-se a reconstrução de critérios interpretativos proposta por Luís Roberto Barroso, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Saraiva, 1996, *passim* e, especialmente, p. 141 e ss. Na jurisprudência, são emblemáticos a sentença de São Paulo, prolatada em 1992, que considerou abusiva certa publicidade por atentar contra *a dignidade da pessoa humana* (in *Revista do Consumidor*, vol. 4, p. 260) e o voto vencido do Min. Ruy Rosado, proferido no STJ em 1994 (*Revista do Consumidor*, vol. 17, p. 179), em que considera o equilíbrio contratual como expressão do princípio da "*solidariedade social* (art. 3º, I, da CF)".

25 Cf. o estudo fundamental de Pietro Perlingieri, *Norme Costituzionali e rapporti di diritto civile*, in *Scuole, tendenze e metodi*, Napoli, Esi, 1989, p. 109 e ss. V., ainda, a recente conferência de Maria Celina Bodin de Moraes, *Direito Civil Constitucional*, in Margarida Camargo (org.), *1988- 1998. Uma Década de Constituição*, p. 115 e ss, onde a autora salienta (p. 127): "enquanto o Código dá prevalência e precedência às situações patrimoniais, no novo sistema de Direito Civil fundado pela Constituição a prevalência é de ser atribuída às situações existenciais, ou não patrimoniais, porque à pessoa humana deve o ordenamento jurídico inteiro, e o ordenamento civil em particular, dar a garantia e a tutela prioritárias. Por isto, neste novo sistema, passam a

A vigência do Código do Consumidor, a este propósito, tem sido fecunda: os princípios da boa-fé objetiva e do equilíbrio das prestações reduzem a importância da vontade individual, em obediência aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade social e da igualdade substancial, que integram o conteúdo do Estado social de Direito delineado pelo constituinte.

O legislador da década de 90, portanto, na experiência brasileira, assim como a jurisprudência mais atenta, estabelece um nexo de legitimidade entre a Constituição e as leis infraconstitucionais, bem como entre os princípios normativos e o conteúdo das cláusulas gerais[26].

Do ponto de vista interpretativo, conforme se observou, em doutrina, "a progressiva atribuição de eficácia normativa aos princípios vem associada ao processo, delimitável historicamente, de abertura do sistema jurídico. Num sistema aberto, os princípios funcionam como conexões axiológicas e teleológicas entre, de um lado, o ordenamento jurídico e o dado cultural, e de outro, a Constituição e a legislação infraconstitucional". A análise serve de base para ulterior conclusão: "a articulação entre a eficácia normativa dos princípios e a abertura do sistema jurídico através da aplicação dos princípios constitucionais é o que serve a fundamentar metodologicamente a reconstrução do direito civil em chave constitucional"[27].

Diante do art. 51, IV, do Código do Consumidor, que considera nula a cláusula contratual incompatível com a boa-fé objetiva, sustenta-se a necessidade de "buscar na normativa constitucional critérios de interpretação e densificação desta noção que a funcionalizem à proteção da pessoa, de sua dignidade — onde e para onde, em última análise e definitiva instância, se radicam e convergem os princípios constitucionais"[28].

Na mesma esteira, pondera-se que "a boa-fé é uma cláusula geral cujo conteúdo é estabelecido em concordância com os princípios gerais do sistema

ser tuteladas, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescente, dos idosos, dos consumidores, dos não-proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família, das vítimas de acidentes anônimos".

26 Sobre o ponto, v. Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípios da Boa-Fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998

27 Maria Celina Bodin de Moraes, no *Prefácio* a Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, cit., pp. IV-V. A autora conclui, ainda: "o princípio da boa-fé reaparece (...) funcionando como o elo entre o direito contratual e os princípios constitucionais. Sob a ótica civil-constitucional, a boa-fé representa, pois, a valorização da pessoa humana em oposição à senhoria da vontade expressa pelo individualismo jurídico. O contrato vem configurado como um espaço de desenvolvimento da personalidade humana; uma relação econômico-jurídica em que as partes devem colaboração umas com as outras com vistas à construção de uma sociedade que a Constituição quer livre, justa e solidária".

28 Teresa Negreiros, *ob. cit.* p. 81.

jurídico (liberdade, justiça e solidariedade, conforme está na Constituição da República) numa tentativa de concreção em termos coerentes com a racionalidade global do sistema"[29].

Assim estando as coisas, há que se estar atento diante das reformas legislativas que, a exemplo do Projeto de Código Civil em discussão, proponham uma racionalização estática, vale dizer, uma adequação das leis às transformações pregressas da sociedade, sem se preocuparem com a realidade econômica, política e cultural, cuja contínua transformação faz do direito um fenômeno social (não já uma ciência pura).

Ao propósito, fundamental se apresenta a página crítica de Stefano Rodotà contra a reforma das bases formais e técnicas da legislação vigente (*opera di formica*), quando a legislação já não mais responde aos anseios da sociedade, prescindindo-se das discussões de política legislativa (como se isso não fosse da alçada do jurista)[30]. Assim procedendo, o legislador corre o risco de produzir um corpo de normas que, a despeito do rigor ou da atualidade técnica, esteja de costas para a sociedade.

Mais grave ainda, anotou Rodotà, é considerar a tarefa do jurista apartada das ciências sociais, cabendo-lhe tão-somente racionalizar o conjunto de transformações ocorridas na sociedade, cuja análise, no entanto, estaria a cargo dos historiadores, filósofos, economistas e sociólogos. Em imagem eloqüente, projetou-se a figura de um legislador que apenas chancela as transformações sociais, sem protagonizá-las: nada além de um *tabelião da história*[31].

Daí a tendência a reduzir a categorias técnicas os fenômenos culturais, tratados pelos reformadores como meros indicadores da necessidade de uma revisão formal das previsões legislativas[32].

29 Ruy Rosado de Aguiar Junior, *A Boa-Fé na Relação de Consumo*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 14, p.21-22. O autor é invocado por Teresa Negreiros, ob. cit., p. 81, segundo a qual a perspectiva "importa uma profunda revisão da conceituação dos princípios jurídicos e, bem assim, da própria idéia de sistema, fundado constitucionalmente".

30 Stefano Rodotà, *Ideologia e tecniche*, cit., p. 83.

31 Afirma Stefano Rodotà, *Ideologia e tecniche*, cit., p. 88, com refinada ironia: *"Vi è qualcosa di grandioso e di nobile in questo disegno di alta conservazione in cui si inscrive l'opera del giurista, per il quale non a caso se era foggiata l'espressione, solenne e seducente, di* ***notaio della storia***".

32 Stefano Rodotà, Ideologia e tecniche, cit., p. 86: "ogni intervento di mera stabilizzazione rischia d'essere, all'atto stesso in cui si produce, invecchiato ed inefficace; in una parola, vano, manifestazione della illusione faustiana di arrestare nell'attimo l'inesorabile trascorrere del tempo". Mais ainda (p. 89): "E per il giurista positivo, massime per il giurista riformatore, questo riconoscimento (che processo storico e processo di riforma si confondono) assume valore particolare: per lui la storia non è soltanto riflessione sui fatti passati, ma è già giudizio sul presente e previsione del futuro, intesi come le dimensione temporali in cui il regolamento giuridico è destinato ad operare. Ed è quindi inadeguata al suo fine una riforma intesa come mera razionalizzazione dei fatti del passato, poiché le uniche riforme meritevoli di questo nome sono ormai quelle soltanto che vogliono essere creatrici d'avvenire".

No Brasil parece ocorrer situação semelhante. Como na página clássica de Giacomo Leopardi, em Gattopardo, em que o nobre siciliano percebe a necessidade de realizar uma *completa* transformação para que tudo pudesse permanecer como sempre fora, pretende-se, com o Código projetado, alterar tecnicamente institutos, vestindo-lhes com indumentária renovada, de molde a que se ressuscite o conceptualismo e a cultura jurídica mais do que ultrapassados pelas demandas sociais contemporâneas[33].

Pode-se dizer, em conclusão, que uma reforma legislativa, na atual experiência brasileira, só se justifica com a adoção de princípios normativos e de cláusulas gerais que não sejam meras estruturas formais e neutras mas, vinculados a critérios expressamente definidos, exprimam a tábua de valores da sociedade, consagrada na Constituição[34]. Ao lado disso, o legislador deve absorver cuidadosamente a experiência constitucional dos últimos dez anos, consciente da realidade sócio-cultural contemporânea, não se afastando da história, para meramente chancelá-la. Como advertiu, recentemente, Caio Mário da Silva Pereira, o decano dos civilistas brasileiros, "*passou a hora de legislar conseqüências*"[35]. Ao jurista do tempo presente há que se reservar missão mais nobre do que a de ser simplesmente o tabelião da história.

33 A preocupação com o contexto histórico, cultural e ideológico sobreleva-se na análise de Luiz Edson Fachin, *A Reforma no Direito Brasileiro: novas notas sobre um velho debate no direito civil*, in Margarida Camargo (org.), *1988-1998. Uma Década de Constituição*, cit., p. 129 e ss., acerca da reforma do Código Civil: " E aí uma leitura mais atenta da temática quiçá recoloque os termos da questão, para volvermos as preocupações *menos* para a moldura e *mais* para o objeto fotografado" (p. 136).

34 Cf., ainda uma vez, Stefano Rodotà, *Ideologia e tecniche*, cit., p.95, "*queste indicazione non possono essere intese come un appello alla coscienza individuale dei giudici, alla loro capacità di essere voce viva e vera del tempo e della società: una legislazione, come quella indicata, non può esprimersi che come* ***espansione dei princìpi costituzionali, che costituiscono il filtro attraverso il quale le esigenze della società possono penetrare nell'ordine giuridico***" (grifou-se).

35 *Discurso* proferido em 12 de março de 1998, in *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, Renovar, vol. 5, p. 316.

PERSPECTIVAS DO DIREITO CIVIL BRASILEIRO PARA O PRÓXIMO SÉCULO*

HELOISA HELENA BARBOZA**

1. Direito Civil: concepção e abrangência. 2. A nova ordem constitucional. 3. Perspectivas para o próximo século: meta a ser alcançada.

1. Direito Civil: concepção e abrangência. Ensina PERLINGIERI que o estudo do Direito não pode prescindir da análise da sociedade na sua historicidade local e universal, já que tem como ponto de referência o homem na sua evolução psicofísica, "existencial", que se torna história na sua relação com outros homens.[1] Para compreensão do Direito Civil, portanto, impõe-se analisar o contexto em que foi criado, na dimensão espaço e tempo.

O mundo romano adotava tal expressão em sentido etimológico: direito civil (ius civile) era o direito privativo do cidadão (civis) romano, contrapondo-se ao direito das gentes (ius gentium)[2] que se aplicava aos estrangeiros (escravos e peregrinos) ou às relações entre romanos e estrangeiros[3]. Em face desse privilégio dos cidadãos romanos, SAVATIER entende que o jus civile — o direito dos cidadãos — era essencialmente uma noção de direito público, já que dirigido ao homem que fazia parte de uma cidade ou de um Estado[4]. A nacionalidade, a categoria do homem na estrutura romana, determinava o direito que o regia.

1 PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. p. 1.
2 COSTA, Mário Júlio de Almeida. Noções de Direito Civil. p. 9.
3 DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. p. 21.
4 SAVATIER, René. Du Droit Civil au Droit Public. p. 3.

* Aula inaugural do 2º semestre de 1999, proferida na UNI-RIO em 24.08.99.

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

Ao lado desses direitos, havia o direito pretório ou honorário (ius pretorium ou honorarium), sistema jurídico introduzido pelos detentores do poder jurisdicional, com a intenção de interpretar, suprir ou corrigir o ius civile, insuficiente em seu formalismo e simbolismo, bem como em seus processos morosos de elaboração, para atender o ritmo do progresso da vida social e econômica.[5]

A queda do Império Romano alterou o significado dessas denominações, passando Direito Civil a designar todo direito elaborado pelos romanos, consubstanciado em seus grandes monumentos legislativos, ou sejam, as coletâneas organizadas sob a égide do imperador Justiniano, no século VI — Instituições, Digesto, Código e Novelas — em época na qual já se haviam fundido o direito civil, o direito das gentes e o direito pretório. Com essa concepção de "direito comum" penetrou o direito romano na Idade Média, afirmando SAN TIAGO DANTAS que, no mundo medieval, Direito Civil confunde-se com o Direito Privado[6].

As fontes justinianéias, quando de sua primeira edição impressa em conjunto, receberam o nome de Corpo de Direito Civil (Corpus Iuris Civilis), por contraposição ao Corpo de Direito Canônico (Corpus Iuris Canonici), denominando-se *civilistas* os que se dedicavam ao estudo do direito romano, de acordo com os métodos e as perspectivas das escolas que se sucederam: a dos glosadores (século XII), a dos comentadores (século XIV), a dos humanistas (século XVI) e a pandectista alemã (fins do século XVIII).[7]

Essa unidade de conceituação, contudo, vem a quebrar-se no fim da Idade Média, na época que confina com o Renascimento, em virtude das corporações profissionais em que se agrupavam os comerciantes. Necessitavam esses últimos de normas especiais, privativas dos homens de sua classe e que disciplinassem as relações que travavam, fazendo surgir um "direito dos comerciantes", origem remota do hoje denominado Direito Comercial. Vislumbra-se nessa fase a existência de dois ramos do direito: um destinado às atividades do comércio e outro que se aplicava de maneira geral, onde não cabível o primeiro. Esse outro direito, de caráter genérico, abrangendo todos os espaços não ocupados pelas normas criadas para os comerciantes, era o direito comum que passa a corresponder ao Direito Civil.[8]

Atualmente o Direito Civil ainda guarda uma certa ligação com sua primitiva raiz etimológica, sendo, por excelência, o direito dos cidadãos, abrangendo as relações civis aquelas que mais intimamente acompanham o homem desde

5 COSTA, Mário Júlio de Almeida. ob. cit. p. 9.
6 DANTAS, San Tiago. ob. cit. p. 22.
7 COSTA, Mário Júlio de Almeida. ob. cit. p. 10.
8 DANTAS, San Tiago. ob. cit. p. 23.

seu nascimento até a morte[9] e mesmo antes de nascer e depois de morrer. Compreensível, portanto, que até o presente haja referência ao Direito Civil como o "direito comum"[10].

Contudo, a concepção do Direito Civil, como hoje conhecemos, veio a ser formulada no Código Napoleão, em virtude da sistematização levada a efeito por Jean Domat, quem primeiro separou as leis civis das leis públicas, e que serviu de delimitação para o conteúdo do citado código, sob cuja inspiração foram elaboradas as codificações civis do século XIX[11].

A partir do século XIX, passou o Direito Civil a ter um conteúdo mais restrito, constituindo um dos ramos do Direito Privado, identificado com o Código Civil, regulando as relações de pessoa a pessoa, reconhecendo a autonomia desta, disciplinando as formas de vida que são o núcleo íntimo e a razão de ser da organização social, enfim regulando a vida quotidiana do homem comum[12]. Compreendidas nessas relações interpessoais estão as relações patrimoniais. Em outras palavras, disciplina o Direito Civil: as relações entre as pessoas privadas, seu estado, sua capacidade, sua família e, principalmente, seus bens economicamente apreciáveis, enfeixados na propriedade, resguardados durante a vida e após a morte.

Consagrou-se nessa época a liberdade individual, tutelando-se juridicamente o indivíduo para que, isoladamente, pudesse desenvolver com plena liberdade sua atividade econômica. As limitações eram as estritamente necessárias a permitir a convivência social. A propriedade, instituto central do Código Napoleão, consistia no direito de gozar e dispor dos bens da maneira mais absoluta[13].

O Código Civil Brasileiro, hoje vigente, resultou do projeto de autoria de CLÓVIS BEVILAQUA, professor de legislação comparada na Faculdade de Direito de Recife, convidado a fazê-lo em 1899, considerada a "data mental" do Código, não sendo errôneo dizê-lo o antepenúltimo Código do século passado, segundo PONTES DE MIRANDA[14]. Após intensa tramitação legislativa, veio finalmente a ser sancionado e promulgado em 01 de janeiro de 1916, passando a vigorar em 01 de janeiro de 1917.

Elaborado no apagar das luzes do século XIX, a fonte primordial do nosso Código é o direito romano, visto que a legislação ibérica, consubstanciada nas

9 COSTA, Mário Júlio de Almeida. ob. cit. p. 10.
10 AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. p. 26.
11 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. "A caminho de um direito civil constitucional". p.22.
12 PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. p. 44.
13 TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. ob. cit. p. 22.
14 MIRANDA, Pontes de. Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro. p. 85.

Ordenações, que só vieram a ser revogadas pelo artigo 1.807 do Código Civil, portanto em 1917, bem como o Código Napoleônico de 1804 e o Código Alemão de 1896, que tiveram nítida influência sobre o nosso, inspiraram-se, diretamente, na legislação justinianéia[15]. Razoável afirmar-se que a Lei Civil brasileira refletiu todo espírito civilista, na concepção então predominante acima apontada, do século XIX.

Registre-se, contudo, que a persistência da monumental obra de BEVILAQUA até os dias que correm é prova cabal de sua excelência, mormente no Brasil, país em que a prolixidade e efemeridade da legislação tornaram-se, lamentavelmente, características.

O Código Civil, em sua concepção original, como não podia deixar de ser, traduzia as doutrinas individualistas e voluntaristas do século XIX, cujo valor fundamental era o indivíduo, como sujeito 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 riquezas, adquirir bens como expansão da própria inteligência e personalidade, sem restrições ou entraves", assumindo o Código verdadeira feição de Constituição do Direito Privado, que tinha como preocupação central, insista-se, garantir a estabilidade das relações econômicas[16].

Em face da dicotomia clássica entre pessoas e coisas, posicionou-se o Código de 1916: pessoa humana, privilegiada na lei na figura daquele que pertencia ao gênero masculino, era o indivíduo capaz de direitos e obrigações, particularmente de natureza econômica, personificado nas figuras do proprietário, do marido-pai — chefe da família, do contratante e do testador; as coisas, predominantemente de natureza corpórea, submetiam-se aos donos para que delas usassem, fruíssem e dispusessem, segundo seus interesses pessoais.

Mesmo as relações familiares que, necessariamente, envolvem valores não econômicos, encontravam-se infiltradas fortemente por fatores patrimoniais, estabelecendo-se uma série de binômios poder-dever entre os membros da família que preteriam as ligações afetivas.

Alguns aspectos de nossa Lei Civil demonstram as assertivas acima. A personalidade civil do homem começa com o nascimento com vida, protegidos os direitos do nascituro, entendido como o ser em gestação, no tocante a direitos patrimoniais. Da mesma forma a regulamentação da proteção dos incapazes, aí incluídos os alienados mentais e indevidamente os surdos-mudos, revela a preocupação maior com os *bens* do que com a própria pessoa do incapaz, fato que se torna patente no que se refere aos menores de idade, submetidos ao pátrio poder. Um referência numérica torna-se senão indicativa, ao menos curiosa: o

15 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. v. 1. p. 8.

16 TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. p. 2.

instituto do pátrio poder dedica um único artigo aos deveres dos pais quanto à *pessoa* dos filhos e sete quanto aos *bens* dos filhos. Na mesma linha, o tratamento dado aos efeitos jurídicos do casamento contém vinte e seis artigos relativos aos direitos e deveres dos cônjuges, de natureza *pessoal*, e cinqüenta e oito destinados a suas relações *patrimoniais*.

O direito de propriedade tem tratamento individualista, sendo soberana a propriedade imóvel. A posse é, antes de mais nada, um atributo do direito de propriedade, na medida em que possuidor é quem de fato exerce algum dos poderes inerentes ao domínio ou propriedade.

No direito das obrigações impera a autonomia da vontade, facultando-se aos contratantes a livre estipulação de acordos, como se *todos* fossem efetivamente iguais economicamente, a permitir verdadeiro equilíbrio entre as partes.

A parte do Código que cuida do direito das sucessões disciplina a transmissão do patrimônio do indivíduo quando de sua morte, predominando as disposições sobre a sucessão testamentária (cento e quarenta e três artigos), que obedece à vontade do autor da herança, sobre a legítima (vinte e dois artigos), que se opera de acordo com a previsão legal.

Este, em muito breves pinceladas, o panorama do Código Civil de 1916. Já abalado em suas concepções pelo crescente processo de industrialização e pelos movimentos e agitações sociais que se intensificaram, culminando com a eclosão da Primeira Grande Guerra, o Direito Civil brasileiro corporificado no Código, foi atingido diretamente pela intervenção estatal, cada vez mais necessária, na tentativa de se corrigir o desequilíbrio verificado no quadro social, em decorrência da ordem liberal, em que os ricos se tornavam cada vez mais ricos, explorando pobres, cada vez mais pobres, reproduzindo, em certa medida, as situações de iniqüidade que, justamente, o ideário da Revolução Francesa procurara debelar[17].

Mal havia entrado em vigor o Código Civil e já o legislador lançava mão de leis extravagantes, ou sejam, que se encontravam fora do corpo do Código, que contrariavam os princípios ali insculpidos, mas aceitas por seu caráter *excepcional*, impostas que foram pelas ingentes demandas sociais.

Essa legislação, então considerada de emergência, regulava relações privadas em situações não previstas pelo Código, que se imaginavam passageiras, autorizando a intervenção do Estado, na época visto como defensor dos interesses comuns dos cidadãos. Mantinha-se, assim, íntegro o sistema do Código Civil, como verdadeira "constituição" das relações privadas, admitindo-se, porém, em casos específicos a chamada *legislação de emergência.*

Contudo, o que deveria ser *emergencial, passageiro, casuístico*, revelou-se duradouro. A partir dos anos trinta proliferaram as leis extravagantes, desen-

17 TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. p. 4.

volveram-se teorias, exigidas pelos conflitos sociais que se acentuavam. Perdeu o Código Civil seu caráter de exclusividade na regulação das relações privadas, retornando, de certo modo, ao seu papel de "direito comum", aplicável aos "casos comuns", eis que surgira, em paralelo à codificação, um "direito especial", constituído pela legislação extravagante, destinada a regular novos institutos, fruto, principalmente, das transformações econômicas, geradoras de novos fatos sociais, não contemplados pelo Código[18].

As relações do trabalho, os acidentes do trabalho, a responsabilidade civil no transporte ferroviário, ganharam regimentos especiais. A soberania da vontade das partes nos contratos foi igualmente limitada, tornando-se forte o denominado "dirigismo contratual"; os juros contratuais não eram mais de livre estipulação; na mesma linha, a locação residencial urbana acabou por receber tratamento especial, onde a vontade do particular deve se subordinar à do legislador, em nome do interesse maior dos economicamente menos favorecidos. Autoriza-se a desapropriação por utilidade pública e interesse social. Até algumas das relações familiares, aparentemente imutáveis, recebem regulamentação à parte: permite-se o reconhecimento de filhos havidos fora do casamento; já em meio do século emancipa-se a mulher casada e se chega por fim à dissolução do casamento com a admissão do divórcio. Os menores abandonados, produto imediato da crise econômica, ganham estatuto próprio. Enfim, constrói-se um verdadeiro quebra-cabeça de leis que exige do aplicador esforço constante na sua harmonização.

Indispensável, porém, o estabelecimento de princípios que garantissem e estabilizassem os novos institutos criados no seio do mosaico legislativo existente. Passam as Constituições a conter, pouco a pouco, os compromissos sociais, de caráter garantidor e estabilizador das relações sociais, demarcando os limites da autonomia privada, do alcance do direito de propriedade, que passa a ter função social, do controle de bens, da base estrutural da família. A Constituição brasileira de 1946 é um marco dessa nova tendência que só veio a se concretizar com a Constituição Federal de 1988.

2. A nova ordem constitucional. Ao ser elaborada a Constituição de 1988 este, em resumo, o quadro do Direito Civil brasileiro que se pode dizer ainda vigente: de um lado o Código Civil, que por sua qualidade técnica, resistia e resiste como direito comum, e de outro, um verdadeiro cipoal de normas especiais que disciplinam as relações privadas, muitas ainda não harmonizadas com a nova ordem constitucional.

18 Sobre a perda do papel unificador do direito privado do Código Civil, ver Gustavo Tepedino, "Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil". ob. cit. pp.1-22.

De início, necessário é que se enfatize o ponto central dessa nova ordem jurídica, especialmente no que respeita às relações privadas: substituiu-se a ótica liberal, individualista, patrimonialista do século passado, por uma visão que se pode denominar humanista. O homem continua como centro de estruturação do sistema jurídico, porém, não mais como produtor e motor da circulação de riquezas, e sim como ser humano, que deve ser respeitado e assegurado em todas as suas potencialidades *como tal*. O patrimônio deixa de ser o eixo da estrutura social, para se tornar *instrumento* da realização das pessoas humanas. Em outras palavras, o homem não mais deve ser ator no cenário econômico, mas regente das atividades econômicas. Insista-se: o homem deve se servir *do* patrimônio e não *ao* patrimônio.

A simples leitura comparativa da Constituição anterior com a atual demonstra esta profunda alteração: a Carta de 1969, revelando sua origem e vocação, dedica todo seu Título I à "organização nacional", ou seja, à estruturação da União, Estado e Municípios, do Sistema Tributário e dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, relegando os "direitos e garantias individuais" ao capítulo IV, do seu Título II; já a Constituição Federal vigente, promulgada em 1988, elege em seu Título I os princípios fundamentais da República — a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, disciplinando em seu Título II "os direitos e garantias fundamentais" e do Título III em diante a organização do Estado, seus poderes, o sistema tributário etc. Pode-se dizer que, na hipótese apresentada, "*a ordem dos fatores altera o produto*".

Ao lado dessa profunda reformulação de valores, promoveu a Constituição de 1988 verdadeira reunificação do sistema jurídico, deslocando para "a tábua axiológica" da Constituição da República o ponto de referência antes localizado no Código Civil"[19]. Conseqüência inevitável desse processo é a série de questões novas que se seguiram ou antigas que se robusteceram: fundiram-se Direito Público e Privado, pondo fim à tradicional dicotomia? Terminou a era das codificações, na medida em que os Códigos perderam o papel de unificadores dos sistemas, dando lugar aos denominados "microssistemas", consubstanciados em diversos "estatutos", que normatizam matérias inteiras, verdadeiros sistemas isolados, a prescindir do Código Civil, de que são exemplos o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Defesa do Consumidor, o Código de Propriedade Industrial e tantos outros, resultantes da expansão e aprimoramento das leis especiais? Que papel resta aos Códigos, especialmente ao Civil, uma função meramente residual, lei comum a regular em caráter genérico o que escapasse desses sistemas isolados?

19 TEPEDINO, Gustavo. ob. cit. p. 13.

Essas e muitas outras indagações têm preocupado juristas de renome que as analisaram e apontaram, com fundamentos adequados e rigor científico, os caminhos a seguir em diversas obras cuja leitura é de todo recomendável[20]. No momento, em que dez anos já são passados do início da vigência da Constituição da República, impõe-se a releitura dos valores ali estabelecidos, muitos dos quais têm sido esquecidos, negligenciados, ignorados, transformando-os em ideais distantes do cotidiano social.

3. Perspectivas do Direito Civil: meta a ser alcançada. Diante desse quadro, é preciso que aqueles que fazem as leis e, particularmente, os que as estudam ou aplicam se aferrem as esses valores, dando às normas, antigas ou novas, interpretação condizente com os mesmos e, sobretudo, com nossa realidade social, tornando efetivos os objetivos fundamentais da República, os quais se podem resumir no estabelecido no inciso I, do artigo 3º, da Constituição: construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Infelizmente não é o que se tem verificado no Direito Civil. O Código Civil, na parte que não colide com a Constituição, clama por interpretação atual, à luz dos princípios constitucionais. Não uma interpretação acadêmica, no sentido do convencionalismo estreito, hostil a qualquer inovação, que na verdade, se deixa guiar por valores do antigo sistema; mas uma interpretação de natureza científica que, com a correta utilização da técnica jurídica, conduza ao adequado entendimento da norma, consoante os ditames constitucionais.

Do mesmo modo, deve-se banir de vez a interpretação das novas leis, muitas elaboradas após a Constituição de 1988, sob a regência dos princípios superados. Lamentável ouvir-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor, o Estatuto da Criança e do Adolescente, assim como o recente Código Nacional de Trânsito são leis que não se adaptam a nossa realidade.

Tal afirmativa só pode partir daqueles que não entenderam ou não querem entender um dos objetivos de tais normas: promover a alteração dessa realidade. Já não é novidade a "função promocional do direito", preconizada por NORBERTO BOBBIO e que deve ser alargada, consubstanciada exatamente na promoção de certas atividades ou comportamentos, almejados pelo legislador, através de normas que incentivam os destinatários, mediante oferecimento de vantagens individuais, deixando o direito de ser *instrumento de controle social*, para ser *instrumento de direção social*[21].

Contudo, é a resistência ao novo, o apego aos antigos valores, um dos fatores que têm gerado uma aplicação das novas normas, que não raro se

20 Nesse sentido recomenda-se especialmente: GIORGIANNI, Michele – "O Direito Privado e as suas atuais fronteiras". RT 747/35-55. TEPEDINO, Gustavo. ob. cit. pp. 1-22.

21 TEPEDINO, Gustavo. ob. cit. p. 9-10.

constata, a qual se pode qualificar de "esquizofrênica". Não é mais admissível que se privilegie o casamento como formador da família, preterindo outras entidades familiares, ou sejam, a união estável entre homem e mulher e a constituída por um dos genitores e sua prole, como "famílias de segunda classe".

Do mesmo modo, impossível tratar-se dos problemas da infância e da juventude sem levar em conta a plena igualdade entre os filhos, qualquer que seja a sua origem, e principalmente, os direitos peculiares às pessoas em desenvolvimento, aos quais a Constituição assegura prioridade absoluta, sem estendê-los a *qualquer* criança ou adolescente, inclusive os pertencentes à grande massa dos carentes.

As relações patrimoniais, de há muito, já não se submetiam à vontade das partes; o constituinte foi além, impregnando de deveres extrapatrimoniais tais relações, que de fato contribuem para a concretização dos direitos da personalidade e tutela da dignidade humana. Em outras palavras: o legislador, na esteira do constituinte, "mais e mais condiciona a proteção de situações contratuais ou situações jurídicas tradicionalmente disciplinadas sob ótica exclusivamente patrimonial ao cumprimento de deveres extrapatrimonais"[22].

Assim, por exemplo, as relações de consumo, objeto do Código de Defesa do Consumidor, estão comprometidas com a proteção da parte economicamente mais fraca, promovendo o real equilíbrio da relação contratual, assegurando-lhes direito à qualidade de produto e serviços, diretamente vinculados à melhor qualidade de vida. Do mesmo modo e pela mesma razão, as relações de inquilinato impõem ao locador-proprietário uma série de deveres, criando para os locatários direitos, procurando facilitar o acesso à moradia.

A função social da propriedade não é mais uma "cláusula genérica", um conceito jurídico indeterminado, uma vez que foi especificada e instrumentalizada pela Constituição. O proprietário de imóvel urbano hoje não é mais o senhor de prerrogativas exclusivas, mas titular de um direito que compreende, em seu próprio conceito, deveres que lhe são inerentes, como o de dar-lhe adequado aproveitamento, compatível com as exigências fundamentais de ordenação da cidade, sob pena de parcelamento ou edificação compulsórios, imposto progressivo e desapropriação.

Igual ou maior rigor encontra-se no tratamento dado à propriedade rural, cuja função social é cumprida quando atendidos diversos requisitos, dentre eles o de uma forma de exploração que, não só observe as disposições que regulam as relações de trabalho, como também favoreçam o bem-estar dos trabalhadores.

Impositivo, por conseguinte, que o estudo das normas relativas ao direito de propriedade reconheçam tais deveres do proprietário, alterando inteiramente

22 TEPEDINO, Gustavo. ob. cit. p. 10.

a ótica tradicional. Nessa linha, a posse há de ser analisada e normatizada também à luz de sua função social. Na verdade, os modos de aquisição de propriedade e de posse necessitam de revisão, especialmente o primeiro, revestido de exigências cartorárias e atrelado ao sistema registral acessível apenas à pequena parcela da população brasileira que constitui quase uma casta de verdadeiros proprietários.

Os casos mencionados são meramente exemplos dos muitos que estão a exigir novo tratamento jurídico, sintonizado com o tempo presente que já apresenta novos fatos não contemplados na Constituição Federal, mas cuja regulamentação necessariamente há de observar os princípios nela contidos, com prevalência do respeito à dignidade humana, bem maior a ser preservado, como têm reconhecido todos os povos.

Encontra-se dentre esses fatos novos a maioria dos fenômenos provocados pelo crescente e acelerado avanço da biotecnologia e da biomedicina, responsáveis por inúmeras questões postas à Ética e ao Direito que estão longe de obter uma resposta. Se de um lado o progresso encanta, acenando com a solução de antigos e cruciais problemas da humanidade, tais como melhor cura de doenças, fim da infertilidade, longevidade, mais e "melhores" alimentos, de outro muitas dúvidas surgem.

Os transplantes de órgãos retirados após a morte foram objeto de recente discussão — devem todos ser obrigados a doar? A eutanásia deve ser admitida, diante dos admiráveis e diários progressos da medicina? As técnicas de reprodução assistida, que permitem praticamente a todos seres humanos se reproduzirem, devem ser de algum modo controladas, como nos casos em que milhares de embriões humanos restam congelados indefinidamente ou são simplesmente descartados? O embrião deve ser considerado um ser humano? É de se admitir a clonagem humana? Que utilizações devem ser permitidas com relação ao código genético, é ele direito indisponível do indivíduo?

Como encarar e responder essas e outras milhares de perguntas que a genética, anunciada, ao lado da informática, como a ciência do próximo século, enseja e que podem ser resumidas nas seguintes: que "preço" é pago para tanto, que valores temos que alterar ou sacrificar, o que é bom ou não para o ser humano?

Contudo, tais modernas maravilhas não resolveram antigos problemas que parecem se agravar a cada dia: a fome, a miséria, a discriminação econômica e social.

Apesar dos princípios humanísticos e de todos os direitos assegurados na Constituição Federal, notadamente a plena igualdade, constata-se que há no Brasil de hoje — de fato — duas classes bem distintas: a primeira composta pelos *reconhecidos* pela lei, porque tiveram a sorte de a ela se adaptar; a segunda integrada por verdadeiros "inexistentes jurídicos". Na primeira encontram-se

os verdadeiros cidadãos: têm nome, bem ou mal, pai e mãe, certidão de nascimento, carteira de trabalho, CPF, o direito de votar, às vezes de estudar, geralmente de morar, raramente à assistência médica de qualidade, mas certamente "direito" de pagar impostos e, quem sabe um dia, com a ajuda de Deus, até poderão ser legítimos proprietários.

Na segunda categoria, bem mais numerosa, estão os incontáveis excluídos do sistema jurídico, Marias e Josés por força do batismo, que até 1988 sequer podiam constituir família legítima, porque não se casavam "no civil". "Sem lenço ou qualquer dos documentos" que os possam incluir no mundo dos verdadeiros cidadãos e seus decorrentes direitos, vivem milhares de brasileiros que acabaram por criar um "sistema" próprio, nascido do convívio com seus iguais e que guarda correspondência com o sistema legal. Tais práticas têm inspirado juristas mais sensíveis, quando não naquilo que diz respeito à criação de novas figuras jurídicas, pelo menos quanto à aceitação desse "direito". Diversos são os exemplos: aposição da impressão digital, normalmente do polegar, é "firma reconhecida" de analfabeto; instrumentos redigidos à mão, datilografados ou digitados, em papel de embrulho, folha de caderno ou papel "chamex", evidentemente dependendo do *status* econômico, são "escrituras" pelas quais se transmite a "propriedade" de bens imóveis. O registro no Cartório do Registro de Imóveis, um dos modos de aquisição da propriedade previstos pelo Código Civil é desconhecido da maioria da população, havendo, infelizmente, até advogados que não distinguem uma certidão passada por um Tabelionato de outra, oriunda de um Registro de Imóveis, essa sim, único documento hábil a comprovar a propriedade.

O domínio do imóvel, em tais casos, foi adquirido de igual modo ou se constituiu pelo "uso" contínuo de determinado espaço físico, muitos dos quais não podem ser classificados no gênero das casas. A referência a "uso" é feita no sentido comum da palavra, visto que tais ocupações juridicamente "uso" não são, havendo talvez posse, sendo a detenção a figura jurídica encontrada com maior freqüência, cabendo lembrar que a mesma não goza de qualquer proteção legal.

Do mesmo modo realizam-se locações, sublocações, mútuos, comodatos e toda sorte de negócios jurídicos. Ressalte-se que a existência de um documento, ou seja, de um papel, já demonstra a possibilidade ou a preocupação de formalização, visto que, na maioria das vezes o negócio se dá mediante contrato verbal, ou na linguagem popular "de boca".

Embora totalmente à margem das leis e códigos, na maioria dos casos fora do sistema legal de provas, tais negócios são plenamente reconhecidos e exigíveis entre as partes, dentro do "ordenamento" por elas criado, as quais muito se espantam ao constatar a falta de eficácia jurídica de seus contratos diante do Judiciário que muito se esforça para validá-los.

Assim também são feitas sub-rogações de dívidas, transferindo-se direitos e obrigações perante o Sistema Financeiro da Habitação que de todo ignora os denominados "contratos de gaveta", os quais aguardarão o término dos longos prazos de amortização para ser regularizados.

A dissolução da sociedade conjugal se dá pela saída de um dos cônjuges da morada comum. A guarda e tutela de crianças pelo acolhimento, daquelas que têm tal sorte, por algum parente, amigo ou vizinho. A adoção pelo simples registro de nascimento da criança como se filho natural fosse, prática denominada na doutrina como "adoção à brasileira" e que caracteriza o crime definido no artigo 242 do Código Penal. Em todas as hipóteses o atendimento aos requisitos legais somente se dará diante de grave conflito de interesses para o qual se busque solução junto ao Judiciário ou por exigência de órgãos "oficiais", como acontece no caso de novo casamento dos separados, representação dos menores junto a escolas ou repartições públicas para recebimento de eventuais pensões.

Todas essas questões envolvem, de algum modo, o Direito Civil, em maior ou menor dimensão, visto que, mesmo após sua constitucionalização, continua a ser "o direito comum", o ramo do Direito que mais intimamente acompanha o homem desde seu nascimento até a morte e mesmo antes de nascer e depois de morrer.

Os não-cidadãos só conhecem do direito o que lhes foi tirado: não sabem o direito que têm, o que podem fazer, apenas o que não têm ou não podem. A existência desse sistema paralelo conduz a uma lamentável conclusão: o Direito Civil, nos moldes atuais e principalmente quando apartado das diretrizes constitucionais que encontram na garantia da dignidade humana seu ponto comum, assume sua feição primitiva: é o direito dos *cidadãos* acima referidos, classe privilegiada para a qual existe um direito próprio: o que está nas leis e códigos.

Indispensável, portanto, que todos aqueles que lidam com o Direito Civil, a qualquer título, tratando de velhos ou novos conflitos, estejam atentos e impeçam, a todo custo, que se mantenha, ainda que de forma velada, tal situação. Impõe-se imediata consciência da realidade social e a busca de soluções jurídicas que simplifiquem os processos de aquisição, transmissão e defesa de direitos, adotando-se modalidades efetivamente viáveis dentro dessa realidade.

Não há, nem deve haver, em resumo, outra perspectiva para o Direito Civil, senão a de se tornar — de fato, o direito que permita — a todos, indistintamente, se tornarem verdadeiros cidadãos. Esta a meta a ser alcançada.

Bibliografia

AMARAL, Francisco. Direito Civil Introdução. Rio de Janeiro. Renovar. 2ª ed. 1998.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Noções de Direito Civil. Coimbra. Almedina. 2ª edição. 985.

DANTAS, San Tiago. Programa de Direito Civil. Rio de Janeiro. Editora Rio. 4ª tiragem. 1979.

GIORGIANNI, Michele. "O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras". Revista dos Tribunais. v. 747/35-55.

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

PEREIRA, Caio Mário da Silva Pereira. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro. Forense. 1980. v. I.

PERLINGIERI, Pietro. Perfis do Direito Civil. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro. Renovar. 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil. Coimbra. Coimbra Editora. 3ª edição atualizada. 1996.

RODRIGUES, Silvio. Direito Civil. São Paulo. Saraiva. 13ª edição. 1983. v.I.

SAVATIER, René. Du Droit Civil au Droit Public. Paris. Librarie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2ª edição. 1950.

TEPEDINO, Gustavo. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro. Renovar. 1999.

TEPEDINO, Maria Celina B. M. "A Caminho de um Direito Civil Constitucional". Revista de Direito Civil. jul.-set./1993. pp. 21-32.

FORMAÇÃO DO CONTRATO DE COMPRA E VENDA INTERNACIONAL DE MERCADORIAS

PATRÍCIA BEZERRA DE M. GALINDO DA FONSECA*

I. Apresentação II. Preceitos Gerais III. Formação do Contrato III. 1. Oferta III. 2. Aceitação III. 3. Contraproposta IV. Controvérsia V. Conclusão

I. *Apresentação*

A nossa participação, na qualidade de juíza arbitral, no "Fifth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot"[1], ocorrido em abril do ano de 1998 na cidade de Viena deu ensejo às considerações abaixo relacionadas. Neste encontro universitário internacional são discutidas, fundamentalmente, as normas substantivas componentes da Convenção de Viena de 1980 sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias. Discute-se, também, a Lei Modelo da Arbitragem Comercial Internacional e as Regras de Arbitragem, ambas elaboradas pela UNCITRAL[2], a Convenção de Nova

1 "Fifth Annual Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot", ocorrido no período do dia 01º ao dia 06 de abril de 1998.

2 UNCITRAL é a sigla, em língua inglesa, da Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional. A UNCITRAL foi criada pela Resolução nº2205 (XXI) da Assembléia Geral da ONU de 17 de dezembro de 1996, com o objetivo de promover a progressiva harmonização e uniformização do direito do comércio internacional, conforme disposto no art. 8º da Resolução AG [XXI] de 17/XII/66.

* Professora na Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense; *Scholar in Residence* na *Pace University School of Law*.

Iorque de 1958[3] e os Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais do UNIDROIT[4].

O objetivo maior do "moot" é a divulgação das normas que compõem a Convenção de Viena de 1980 sobre contrato de compra e venda internacional de mercadorias[5]. Na presente data, mais de cinqüenta Estados[6] inseriram tais normas nos seus respectivos ordenamentos jurídicos internos. Cada um destes Estados dispõe dois diferentes conjuntos de normas jurídicas regulamentando o contrato de compra e venda internacional: a lei interna, nacional, assim como a Convenção da ONU, segundo a seleção das matérias prescritas no art. 4º.[7] A uniformidade na aplicação das normas dispostas na Lei Uniforme é o grande desafio dos tribunais. O estudo comparativo das disparidades entre os diferentes sistemas jurídicos[8] uniformiza a aplicação das normas da Convenção.

3 Convenção para Reconhecimento e Execução de Sentencas Arbitrais Estrangeiras, ratificada em abril de 1998 por 116 (cento e dezesseis) Estados.

4 O Instituto Internacional para a Unificação do Direito Privado (UNIDROIT), também conhecido como Instituto de Roma, foi criado pela então Liga das Nações, no ano de 1926. Fruto de um trabalho do UNIDROIT iniciado na década de setenta, os "Princípios dos Contratos Comerciais Internacionais" constituem-se, hoje, na opinião de conceituados doutrinadores estrangeiros, ao lado da Convenção de Viena de 1980, em autêntica expressão da nova "*Lex Mercatoria*".

5 Sobre o assunto, ver na INTERNET a página brasileira sobre a matéria, resultado de uma parceria estabelecida entre o Instituto de Direito Comercial Privado Internacional da Faculdade de Direito da Pace University e da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, cujo endereço eletrônico é http://www.cisg.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff. A *homepage* nacional integra o chamado convênio internacional eletrônico universitário, ao lado da página espanhola, oriunda da Universidade Carlos III de Madrid (http://www.uc3m.es/cisg), da página francesa proveniente da Universidade de la Sarre (http://www.jura.uni-sb.de/FB/LS/Witz/cisg.htm), da página alemã da Universidade de Freiburg (http://www.jura.uni-freiburg.de/ipr1/cisg), da página finlandesa da Universidade de Turku (http://www.utu..fi/oik/tdk/cisg.htm), da página japonesa da Universidade de Kyushu (http:www..law.kyushu-u.ac.jp/sono/cisg/index.htm) e da página norte-americana da Pace University (http://www.cisg.law.pace.edu)

6 Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bielarrússia, Bélgica, Bósnia-Herzegovina, Bulgária, Burundi, Canadá, Chile, China, Croácia, Cuba, Dinamarca, Equador, Egito, Eslováquia, Eslov6enia, Espanha, Estados Unidos da América, Estônia, Finlândia, França, Geórgia, Grécia, Guiné, Holanda, Hungria, Ioguslávia, Iraque, Itália, Látvia, Lesoto, Lituânia, Luxemburgo, México, Moldova, Mongólia, Noruega, Nova Zelândia, Polônia, República Tcheca, Romênia, Rússia, Singapura, Síria, Suécia, Suíça, Ucrânia, Uganda, Uzebaquistão e Zâmbia.

7 Artigo 4º.

Esta Convenção regula apenas a formação do contrato de compra e venda e os direitos e obrigações do vendedor e comprador emergentes desse contrato. Salvo disposição expressa em contrário da presente Convenção, esta não diz respeito, em especial, a:
a) validade do contrato ou de qualquer das suas cláusulas, bem como à validade dos usos;
b) os efeitos que o contrato possa ter sobre a propriedade das mercadorias vendidas.

A hipotética situação jurídica, apresentada no encontro de Viena, tratava de um contrato de compra e venda celebrado entre "Deep Well Drilling, Inc.", vendedor, localizado no Estado de Equatoriana, e "Speculative Drilling, Co." localizado no Estado de Mediterrâneo, controvérsia julgada por tribunal arbitral situado em um terceiro país, Danúbia. Dentre as diversas questões que foram discutidas, a questão de direito substantivo essencial dizia respeito à formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias.

O presente estudo não pretende esgotar o tema da formação do contrato, segundo disciplinado pela Convenção. Os aspectos de tal tema *infra* comentados referem-se, exclusivamente, àqueles que foram objeto de debate no *Moot* ocorrido em abril último, em Áustria. Foi, na ocasião, discutida grande controvérsia jurídica relativa 'ao critério utilizado pela Lei Uniforme de Viena referente ao momento da perfeição do contrato. Antes de ingressarmos na discussão doutrinária proposta, uma breve análise dos dispositivos sobre o assunto faz-se necessária.

II. *Preceitos Gerais*

As disposições estabelecidas na primeira parte da Lei Uniforme de Viena constituem-se em ferramentas indispensáveis ao estudo de qualquer das matérias de direito material disciplinadas em seus capítulos posteriores. O artigo 4º bem como o artigo 6º e os preceitos que se seguem até o artigo 13 representam importantes normas jurídicas relativas ao tema "formação do contrato", instituto jurídico eminentemente de direito substantivo.

O artigo 7º[9] tratando da interpretação dos dispositivos componentes da Lei Uniforme de Viena, em particular no que diz respeito às suas eventuais lacunas, preceitua que a utilização da lei interna nacional é um recurso a ser só empregado posteriormente à utilização dos princípios gerais previstos na própria Convenção. No parágrafo primeiro daquele dispositivo são elencados a internacionali-

8 Sobre o assunto, ver DOLLINGER, Jacob. *Aplicação, prova e interpretação do direito estrangeiro: um estudo comparado de direito internacional privado.* Revista de Direito Renovar, n. 5, pp. 15-68, maio/agosto 1996.

9 Artigo 7º:

1. Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional.
2. As questões referentes às matérias reguladas por esta Convenção que não forem expressamente resolvidas por ela, serão dirimidas segundo os princípios gerais que a inspiram ou, na falta destes, de acordo com a lei aplicável segundo as regras de direito internacional privado.

dade, o objetivo da uniformidade assim como a boa-fé[10]. Objeto de controvérsias quando dos trabalhos preparatórios da UNCITRAL, o parágrafo segundo do dispositivo constitui-se em uma solução de compromisso, nos termos seguintes:

> *At the Vienna Conference, a number of delegates again urged that gaps in the CISG be filled by general principles reflecting the international spirit of the CISG. Their proposal, however, received strong criticism for failing to settle certain questions definitively. As an alternative, other delegates proposed that domestic law determined by rules of private international law should be utilized to fill gaps in the CISG. Rather than choose one proposal over the other, the delegates reached a compromise embodied in article 7(2) by combining the general principles of the CISG and rules of private international law.* ***The structure and language of article 7(2), however, directs that courts first turn to the general principles of the CISG, indicating the delegates' preference that courts use the general principles to fill gaps in the CISG whenever possible.***[11]
> (grifos nossos).

O artigo 4º exclui do âmbito da aplicação da Convenção questões relativas à validade do contrato[12], não definindo porém o que se entende por "validade". Dos mais proeminentes estudiosos do assunto, o Professor Jonh Honnold[13], da universidade norte-americana de Pittsburgh, e o Professor Peter Scheletriem[14], da universidade alemã de Freiburg, afirmam que determinadas questões, como os vícios da vontade e a capacidade das partes compõem a essência deste conceito. Questões relativas à validade confundem-se, com freqüência, com aquelas referentes à conclusão do pacto contratual, devido à estreita relação que ambas as matérias apresentam. A melhor maneira de lidar com eventuais divergências suscitáveis à luz do conceito da validade é entendê-la sob o prisma

10 Ver COSTA, Judith Martins *Os Princípios informadores do contrato de compra e venda internacional na Convenção de Viena de 1980* in Revista de Informação Legislativa, pp. 155 e ss. O trabalho é também encontrado na INTERNET em http://www.cisg.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff.

11 Trecho extraído do artigo *The United Convention on Contracts for the International Sale of Goods and the "Battle of the Forms"*, de autoria de Christine Moccia, publicado em "Fordham International Law Journal", vol. 13: 649, pág. 663.

12 Artigo 4º. Ver nota 6 *supra.*

13 HONNOLD, Jonh "*Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*". Kluwer, 1982.

14 SCHLECHTRIEM, Peter "*Uniform Sales Law: The U. N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods*". 1986.

da uniformidade proposto pela própria Convenção no art. 7º, isto é, desassociando-a das definições nacionais. Todos os aspectos relativos à formação do contrato tratados pela Lei Uniforme são por ela regulamentados, independentemente de determinada matéria for caracterizada como matéria de validade contratual pelo direito interno.

De grande importância prática, o artigo 8º[15] é freqüentemente utilizado em tribunais superiores em questões atinentes a ter ou não sido o contrato devidamente concluído[16]. Em havendo controvérsia em função dos atos cometidos pelas partes, o artigo 8º[17] estabelece regras interpretativas atinentes à conduta dos sujeitos contratuais. O caráter subjetivo do comportamento (previsto no parágrafo primeiro) é priorizado quando a outra parte estava ou deveria estar ciente da intenção do sujeito ativo. A conduta objetiva da parte (regra disposta no parágrafo segundo) será avaliada, apenas, quando não aplicável a norma referente à conduta subjetiva. Em ambas as situações, todas as circunstâncias relevantes devem ser consideradas na interpretação das declarações ou de outros comportamentos adotados, elencando o preceito alguns destes atos, como "as negociações que possam ter havido entre as partes, as práticas que se tenham estabelecido entre elas, os usos e todo e qualquer comportamento ulterior das partes." O prof. norte-americano Jonh Murray afirma que o parágrafo segundo

15 Artigo 8º:
1. Para os fins desta Convenção, as declarações e a conduta de um contraente devem ser interpretadas segundo a intenção deste, sempre que o outro contraente tenha tido conhecimento ou não pudesse ignorar tal intenção.
2. Não sendo aplicável o parágrafo anterior, as declarações e a conduta de um contraente devem ser interpretadas segundo o sentido que teria sido dado por pessoa razoável, com qualificação igual e na mesma situação do outro contraente.
3. Para determinar a intenção de um contraente, ou o sentido que teria sido dado por pessoa razoável, devem-se levar em consideração todas as circunstâncias pertinentes ao caso, particularmente as negociações, quaisquer práticas que os contraentes hajam estabelecido entre si, os usos e a conduta subseqüente dos contraentes.

16 A jurisprudência norte-americana mais recente, em que foi aplicada a Convenção de Viena de 1980, diz respeito ao "caso" julgado pelo Tribunal Federal *U.S. Circuit Court of Appeals (11 Circuit)* em 29 de junho último. O art. 8º da Lei Uniforme constituiu-se no preceito fundamental, disciplinador da controvérsia relativa à não aplicação do princípio pelo qual um documento escrito não pode ser alterado por uma declaração verbal — princípio conhecido no sistema jurídico do *common law* como *parole evidence rule* . As partes em litígio eram a empresa norte-americana "Marble Ceramic Center", compradora, e a empresa italiana "Ceramica Nuova S.p.A.", vendedora.

17 No direito comparado, tal dispositivo corresponde aos parágrafos 133 e o 157 do *BGB* alemão, aos artigos 1.156 ao 1.164 do *Code Civil Français*, aos artigos 1.362 ao 1.371 do *Codice Civile* italiano, entre outros. O Código Civil Brasileiro, em sua regra geral prescrita no art. 85, reza que "nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

conduz a uma interpretação em conformidade com o entendimento que uma pessoa razoável, semelhante ao outro sujeito contratual, teria tido nas mesmas circunstâncias[18]. Recomenda o autor citado que os juízes, ao aplicarem as normas da Convenção, atentem para o crédito que o dispositivo em foco inspira.

O dispositivo seguinte, art. 9º[19], ao prescrever a vinculação das partes pelos usos que consentiram[20] e pelas práticas estabelecidas[21], distingue tal vinculação daquela pertinente ao costume internacional "largamente conhecido e regularmente observado", que as partes conheciam ou deviam conhecer. O uso convencional e as práticas negociais terão força vinculante apenas no que diz respeito àquilo acordado entre as partes, ou às habituais condutas estabelecidas entre elas. A aplicação tácita do costume mercantil internacional, ao contrário, dispensa um comportamento concreto por parte dos sujeitos contratuais. A eficácia do costume internacional é a regra, independentemente da atuação volitiva das partes.

O artigo 6º[22], que preceitua o princípio da liberdade contratual, e o dispositivo 11[23], que estabelece a liberdade da forma, constituem-se, igualmente em notáveis ordenamentos jurídicos a serem observados na questão da formação do contrato de compra e venda internacional de mercadorias. O Prof. Peter Winship, da *Southern Methodist University of Law*, esclarece a "*ratio legis*" do preceituado no art. 6º:

18 MURRAY Jr., J. "*An Essay on the Formation of Contracts and Related Matters Under the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*", 8 J. L. & COM. 11, 1988.

19 Artigo 9º:

(1) As partes estão vinculadas pelos usos em que consentiram e pelas práticas que entre elas se estabeleceram.

(2) Salvo convenção em contrário das partes, entende-se que estas consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado.

20 Quaisquer espécies de acordos firmados entre as partes, desde que relativos a uma matéria específica, isto é, devem ser acordos determinados.

21 O conceito de "práticas comerciais estabelecidas entre as partes", do art. 9º da Lei Uniforme de Viena, caracteriza-se, fundamentalmente, pela habitualidade das condutas adotadas. Coincide com a definição estabelecida no *Uniform Commercial Code* norte-americano, na Seção 1-205.

22 Artigo 6º:

As partes podem excluir a aplicação da presente Convenção ou, sem prejuízo do disposto no artigo 12, derrogar qualquer das suas disposições ou modificar-lhe os efeitos.

23 Artigo 11:

O contrato de compra e venda não tem de ser concluído por escrito nem de constar de documento escrito e não está sujeito a nenhum outro requisito de forma. O contrato pode ser provado por qualquer meio, incluindo a prova testemunhal.

> *"In other words, although the buyer may not unilaterally exclude the convention after the sales contract is concluded he may agree with the seller at any time to exclude the convention or to accept terms varying the effect of the convention. If the contract has not yet been concluded the buyer may also exercise control by conditioning acceptance of his offer upon exclusion of all or part of the convention. In effect, Article 6 embodies a vigorous affirmation of the principle of party autonomy. As the Swiss government noted in its pre-conference comments on the 1978 UNCITRAL draft, "traders, who are generally wary of being subjected to unfamiliar rules, should instead feel reassured" by non-mandatory or "enabling statute" nature of the convention"*[24]

III. *Formação do Contrato*

A Convenção das Nações Unidas sobre Contrato de Compra e Venda Internacional de Mercadorias disciplina o contrato de compra e venda através da análise dos dois momentos fundamentais constitutivos da relação contratual: a oferta e a aceitação da proposta contratual[25]. Uma eventual discordância entre os termos de um e outro ato jurídico contratual será verificada tendo em vista os critérios estabelecidos no artigo 19 (dezenove)[26]. O momento em que a oferta contratual torna-se efetiva, a sua excepcional irrevocabilidade, assim como a aceitação tardia são, entre outros, os temas disciplinados pela Parte II da

24 "*International Sales The United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods*". Parker School of Foreign and Comparative Law Columbia University, Ed. Nina M. Galston and Hans Smith, 1984. Chapter 1, &1.02 pp. 1-33 e ss.

25 O tradicional enfoque adotado pela Convenção de Viena de 1980 ao tratar deste assunto é o mesmo daquele utilizado pela Convenção de Haia de 1964 sobre a Formação dos Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias.

26 Artigo 19:

1. A resposta que pretenda constituir aceitação da oferta mas contenha aditamentos, limitações ou outras modificações, representa recusa da oferta e constitui contraproposta.

2. Se, todavia, a resposta que pretenda constituir aceitação da oferta contiver elementos complementares ou diferentes que não alterem substancialmente as condições da oferta, constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou advertir a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato são as constantes da proposta com as modificações contidas na aceitação.

3. São consideradas alterações substanciais das condições da oferta as adições ou diferenças relativas, em particular, a preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de um contraente perante o outro, e solução de controvérsias.

Convencão de Viena de 1980[27]. Temas objetos de freqüentes aplicações práticas nas relações de troca internacionais, a relevância da determinação do momento em que foi o contrato de compra e venda internacional concluído verifica-se, sobretudo por ser esta espécie de contrato celebrado entre sujeitos localizados em diferentes Estados, eventualmente oriundos de diversas culturas jurídicas. Não obstante, o contrato faz, em qualquer hipótese, lei entre as partes, regra básica relativa aos contratos, assim como a liberdade de contratar que precede à vinculação das partes ao pactuado[28].

Composta por onze dispositivos (artigos 14 ao 24), a segunda parte da Lei Uniforme trata exclusivamente da formação do contrato[29]. A matéria regulamentada nos quatro primeiros dispositivos é a oferta. Em seguida disciplina-se a manifestação de vontade do ofertado — a aceitação — nos artigos 18 ao 23. Ao fim da Parte II, aborda-se a questão do momento em que o contrato é concluído. A formação do contrato é disposta de forma mais pragmática, sendo maior a identificação com o sistema jurídico do *common law system*, visto que o enfoque adotado pela Lei Uniforme na regulamentação da matéria releva temas como práticas e usos comerciais na solução das controvérsias relativas à formação do contrato. O consenso positivado na Parte II reflete o compromisso assumido pelos representantes dos sessenta e dois Estados que participaram da Conferência Diplomática ocorrida em março e abril de 1980, quando da aprovação do texto final da Convenção, depois de mais de duas décadas ininterruptas de debates, propostas e entendimentos[30].

27 Ver GREBLER, Eduardo, "O contrato de venda internacional de mercadorias", in Revista Forense, vol. 319, 1992, pp. 310 — 317. O trabalho é também encontrado na INTERNET em http://www.cisg.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff.

28 Ver DOLLINGER, Jacob, *Direito Civil Internacional*. Rio de Janeiro, Renovar, 1997, vol. 2.

29 A Convenção, em seu art. 92, permite que os Estados Contratantes, que desejarem, afastem a incidência de toda a sua Parte II (Formação do Contrato) ou a sua Parte III (Compra e Venda de Mercadorias). Os países escandinavos, quais sejam, Finlândia, Noruega, Dinamarca e Suécia, procederam a reserva atinente à segunda parte da Lei Uniforme, excluindo, assim, a aplicação das normas relativas à formação do contrato. Segue a transcrição do disposto no art. 92:
1. Qualquer Estado Contratante pode declarar, no momento da assinatura, ratificação, aceitação, aprovação ou adesão, que não adota a Parte II ou a Parte III da presente Convenção.
2. Qualquer Estado Contratante que tenha feito a declaração prevista no parágrafo anterior com relação à Parte II ou à Parte III da presente Convenção, não se considera Estado Contratante para os efeitos do parágrafo 1 do Artigo 1 da presente Convenção, no que concerne às matérias que sejam regidas pela Parte a que se referir a declaração.

30 A chamada história legislativa da Convenção pode ser dividida em três etapas distintas. A primeira fase refere-se ao elaborado pelo Grupo de Trabalho da UNCITRAL, que data de 1970 a 1977. De 1977 a 1979, a Comissão Geral promoveu a revisão do texto proposto pelo Grupo de Trabalho. A terceira e última fase caracteriza-se pelos debates finais ocorridos na Conferência

III.1. *Oferta*

Uma proposta converte-se em oferta mediante a satisfação dos requisitos essenciais dispostos no artigo 14: a suficiência da precisão dos seus termos[31] e a intenção do ofertante em se vincular em caso de aceitação pelo ofertado, bem como a determinação do destinatário da oferta.

> *Artigo 14*
> 1. Para constituir oferta, a proposta de contrato feita a pessoa ou pessoas determinadas deve ser ***suficientemente precisa*** *e indicar a* ***intenção do*** proponente de obrigar-se, *em caso de aceitação. A proposta é considerada* suficientemente precisa quando designa as mercadorias e, expressa ou implicitamente, fixa a quantidade e o preço, ou prevê meio para determiná-los.
> 2. A proposta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada apenas como convite para apresentação de ofertas, salvo se o autor da proposta houver indicado claramente o contrário.
> (grifos nossos)

O dispositivo do art. 14 é identificado com o disposto na lei interna norte-americana[32]. A melhor doutrina[33], entretanto, diverge no que diz respeito

Diplomática. O Prof. Jonh Honnold que atuou como Secretário da UNCITRAL, compilou os trabalhos preparatórios que antecederam a elaboração do texto final em "*Documentary History of the Uniform Law for International Sales. The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*". Kluwer Law and Taxation Publishers, Philadelphia, 1989

31 As versões francesa (*suffisamment précise*) e a espanhola (*suficientemente precisa ...*) utilizam a mesma expressão, enquanto a versão em língua inglesa (*...sufficiently definite*) tende mais à noção de exatidão.

32 O *Uniform Commercial Code*, dos Estados Unidos, refletindo o sistema jurídico do *common law* reputa a vontade das partes como elemento fundamental dos contratos, seu princípio gerador, definindo na Seção 1-201 (3) o *agreement* como "*the bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance as provided in this Act*". Dispõe, a seguir, que "*[a] course of dealing between parties and any usage or trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware give particular meaning to and supplement or qualify terms of an agreement.*", Seção 1-205 (3)

33 O Prof. Jonh Honnold, de formação jurídica originária do *common law system*, sustenta ser o elemento subjetivo a base de contrato de compra e venda estatuído na Convenção. Ver HONNOLD, Jonh "Uniform Law for International Sales Under the United Nations Convention" 2nd. ed. Deventer, 1991, p. 184. Estudiosos romanistas, de formação juspositivista, priorizam os elementos objetivos, tais como o Prof. Philippe Khan. Ver *La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises*, em Revue International

a uma eventual preponderância de um ou outro elemento, seja o primeiro, de caráter objetivo, seja o de caráter volitivo ou subjetivo.

A verificação do elemento subjetivo[34] é feita com base no disposto no art. 8º e no art. 9º, especialmente na hipótese de, durante a fase inicial de negociações, o ofertado entender que foi o contrato concluído. A intenção do ofertante de vincular-se, em caso de aceitação, deve ser examinada tendo em vista todas as circunstâncias discutidas quando da análise dos dispositivos supracitados. Na proposta endereçada abstratamente a várias pessoas, anônimas e indeterminadas, não pode ser identificada a intenção do ofertante em se obrigar. A não especificação do ofertado, a quem a proposta se dirige, reflete mero convite para que a outra parte se manifeste, como ocorre com os catálogos e os prospectos dirigidos ao público, em geral. Excepcionalmente, porém, um catálogo enviado para específica (s) pessoa (s) converte-se em oferta.

A oferta que, em princípio, parece não satisfazer os requisitos estabelecidos no art. 14, pode, eventualmente, ser viabilizada através da utilização dos usos e costumes, bem como pelas práticas estabelecidas entre as partes, conforme preceituado no art. 9º. No ano de 1992, o Tribunal Metropolitano de Budapeste proferiu decisão neste sentido, apesar da falta de clareza da comunicação oral emitida pelo vendedor alemão, em virtude do " uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que, no comércio internacional, seja largamente conhecido e regularmente observado pelas partes nos contratos do mesmo tipo, no ramo comercial considerado."[35] As negociações comerciais anteriores ocorridas entre as partes provocaram, no litígio húngaro, a determinação implícita da quantidade, qualidade e preço das mercadorias. Aquele mesmo vendedor, em outras ocasiões, havia se conduzido da mesma forma, tendo o então comprador pago normalmente o preço e, posteriormente, recebido as mercadorias[36].

Satisfeitas as condições prescritas no art. 14, a proposta converte-se em oferta.

du Droit Comparé, 1981, vol. 2, pp 952 / 986. A Profª. Maria del Pilar Perales Viscasillas, da *Universidad Carlos III*, de Madrid, entende serem ambos os elementos citados no art. 14, tanto aquele de aspecto subjetivo quanto o de aspecto objetivo, de igual importância, não havendo preponderância entre um e outro. Ver *"La Formacion del Contrato en compraventa internacional de mercaderías"* Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pp. 269 e ss.

34 A manifestação do consentimento deve, como ato jurídico, estar livre dos vícios de vontade. Tal verificação é feita à luz do direito interno dos Estados Contratantes onde estão situadas as partes contratuais, visto que a Convenção não disciplina os aspectos relativos à validade, conforme preceituado no art. 4º.

35 Artigo 9º, parágrafo segundo.

36 *Metropolitan Court of Budapest* de 24 de março de 1992, "caso" cujos dados foram encontrados na página do Instituto de Direito Comercial Privado Internacional da *Pace University School of Law*, no endereço eletrônico http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/920324h1.html

III.2. *Aceitação*

Artigo 18

1. Constitui aceitação a declaração ou outra conduta do destinatário manifestando seu consentimento à oferta. O silêncio ou a falta de ação, por si só, não vale aceitação.
2. A aceitação da oferta torna-se eficaz no momento em que chega ao proponente a manifestação de consentimento. Não produz efeito a aceitação se a manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, na falta desta estipulação, dentro de prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, em especial a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da oferta verbal deve ser imediata, salvo se outra coisa resultar das circunstâncias.
3. Se, todavia, em decorrência da oferta, de práticas estabelecidas pelos contraentes entre si ou dos usos, o destinatário da oferta puder manifestar seu consentimento através da prática de ato relativo, por exemplo, à remessa das mercadorias ou ao pagamento do preço, sem comunicação ao proponente, a aceitação produz efeito no momento em que tal ato seja praticado, desde que o seja nos prazos previstos no parágrafo anterior.

O art. 18 parágrafo primeiro define a aceitação da oferta**: toda declaração que indique assentimento a uma oferta**. Para que a resposta do ofertado seja considerada aceitação, é preciso que seja indicada aquiescência aos termos da oferta[37]. O consentimento caracterizador da aceitação pode ser manifestado através de uma declaração ou por qualquer espécie de conduta, desde que, nos termos do parágrafo segundo do art. 18, "chegue" ao proponente. A Lei Uniforme não exige a inserção de determinadas palavras ou expressões específicas, que, em geral, tipificam o assentimento. A verificação se um formulário comercial padrão de confirmação caracteriza, ou não, aceitação será feita em vista do disposto no parágrafo segundo do art. 8º. O art. 18 (1) consagra o princípio da liberdade de forma disposto no art. 11[38], já que, fundamentalmente, preceitua que a aceitação pode realizar-se de qualquer maneira. Normalmente, porém, ocorre sob a forma de uma declaração escrita ou oral do ofertado dirigida ao ofertante em que seja comunicada a sua intenção de aceitar a proposta. Não

37 A simples confirmação de recebimento ou agradecimento pelo envio da oferta são, portanto, irrelevantes. Ver FARNSWORTH, Allan em Bianca / Bonell, " *Commentary on the International Sales Law The Vienna Sales Convention*". Giuffrè Milan, 1987, pp. 165 e ss.

38 ver nota supra nº 20.

é necessário o emprego, pelo aceitante, do mesmo meio utilizado pelo ofertante[39]. O princípio da liberdade de forma da aceitação é afastado se expressamente for determinada uma forma especial por parte do ofertante, aplicando-se o disposto no art. 13[40], caso seja exigida a via escrita. O preceito 24[41] da Lei Uniforme estabelece, igualmente, a liberdade de forma dos atos jurídicos constitutivos do contrato de compra e venda, bem como de qualquer manifestação de vontade.

O silêncio ou a inação não são considerados aceitação, como expressamente determina o art. 18, parágrafo primeiro *in fine*. *A contrario sensu*, em conjunto com outras circunstâncias, podem perfeitamente indicar assentimento à oferta e, portanto, aceitação[42]. As circunstâncias podem tanto ser aquelas estabelecidas no art. 9º, parágrafo segundo[43], como aquelas preceituadas no art. 8º, parágrafo terceiro.[44] O Professor Claude Witz, da *Université de la Sarre*, comentando duas diferentes decisões alemãs[45], onde o art. 18 foi aplicado, alerta para a tênue

39 Uma oferta oral pode ser aceita de forma escrita, ou vice-versa, sendo lícito à parte a escolha do meio de comunicação que melhor lhe aprouver.

40 Artigo 13:
Para os fins desta Convenção, o termo "escrito" abrange o telegrama e o telex.

41 Artigo 24:
Para os fins desta Parte da Convenção, considera-se que a oferta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção "chega" ao destinatário quando efetuada verbalmente, quando seja entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual.

42 Ver decisão da corte federal norte-americana no litígio entre Filanto, SpA v. Chilewitch International Corporation, encontrada na *homepage* do Instituto de Direito Comercial Privado Internacional da *Pace University School of Law*, no endereço eletrônico http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html#us. Em determinado momento, tal decisão estabelece: "*in view of the extensive previous transactions between the parties the offeree (= the seller) ought to have objected to the arbitration clause in the offer (and thus to the offer itself); **his silence and certain other indications showed the seller's intention to be bound by the terms of the offer.***." destaques nossos.

43 Artigo 9º:
2. *Salvo acordo em contrário, presume-se que os contraentes consideraram tacitamente aplicáveis ao contrato, ou à sua formação, todo e qualquer uso de que tinham ou devessem ter conhecimento e que seja geralmente reconhecido e regularmente observado, no comércio internacional, por contraentes em contratos de mesmo tipo, no ramo comercial em causa.*

44 "Todas as circunstâncias pertinentes ao caso, particularmente as negociações, quaisquer práticas que os contraentes hajam estabelecido entre si, os usos e a conduta subseqüente dos contraentes".

45 A primeira diz respeito ao litígio apreciado pelo Tribunal distrital de Krefeld, *Landgericht*, em 24/11/1992, encontrado na INTERNET em http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/921124g1.html. A segunda decisão alemã refere-se à caso julgado pelo Tribunal Regional Superior de Cologne, *Oberlandesgericht*, encontrado na INTERNET em http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/wais/db/cases2/911127g1.html

linha divisória que, por vezes, pode ocorrer, entre o silêncio ou a inação e o consentimento, tendo em vista a não prescrição da forma da aceitação:

> *"La frontière entre le silence ou l'inaction qui, à eux seuls, ne peuvent valoir acceptacion (art. 18, al. 1, phrase 1) d'une part, et le comportement du destinataire indiquant qu'il acquiesce à une offre (art. 18, al. 1, phrase 1) d'autre part, n'est pas toujours facile à établir. Le Tribunal régional de Krefeld a été confronté à cette difficulté. Un acheteur allemand passe commande de marchandises auprés d'un fabrican italien, l'enterprise B representée par l'enterprise Z. Celle-ci lui adresse une contre-offre, ainsi qualifiée par les juges, car il est précisé dans la réponse que la vente doit être effectuée par elle-même et non par l'enterprise B. Les juges de Krefeld décident que "le client allemand a accepté de manière concluante cette contre-offre, en ce qu'il n'a pas contredit la confirmation de commande et accepté d'être livré par l'enterprise Z." Ce dernier élément était ainsi déterminant.*

A la différence des juges de Krefeld, qui ont ainsi passé sous silence l'article 18, alinéa 1, ceux du Tribunal régional supérieur de Cologne ont expressément mis en ouevre cette disposition à propos d'une résolution conventionelle: "sans doute le silence ne vaut-il pas consentment (art. 18, al. 1, CISG). Un silence peut toutefois, en liaison avec d'autres circonstances, avoir la portée d'une déclaration et valoir acceptacion d'une offre de résolution".[46]

O último parágrafo do dispositivo disciplina a aceitação que ocorre sem que tenha havido comunicação expressa ao ofertante. A vinculação do ofertante a esta espécie de aceitação subsiste já que, nos termos do preceito, "*sem comunicação ao proponente, a aceitação produz efeito no momento em que tal ato seja praticado.*" O recurso ao disposto no art. 8º (3), assim como ao determinado no art. 9º, faz-se, mais uma vez, necessário de forma a esclarecer quais as práticas ou usos que caracterizam a intenção do aceitante em efetivamente consentir com os termos da oferta. O assentimento através da prática de determinado ato é exceção ao princípio geral regedor da aceitação estabelecido no parágrafo primeiro. Sendo o ato praticado dentro do prazo acordado, o contrato perfecciona-se desde então. Portanto, a oferta torna-se irrevogável a partir da prática do ato, já que nos termos do art. 16.1, a revocabilidade da oferta tem como pressuposto não estar o contrato concluído[47].

46 "*Les premierès applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale (Convention des Nations Unies du 11 avril 1980)*". LGJD, 1995, pp. 57 / 58.

47 Ver BERNSTEIN H./LOOKOFSKY J. "Understanding CISG in Europe" Kluwer Law Intenational, 1997, pp. 41 e ss.

III.3. *Contraproposta*

> *Artigo 19*
> 1. A resposta que pretenda constituir aceitação da oferta mas contenha aditamentos, limitações ou outras modificações, representa recusa da oferta e constitui contraproposta.
> 2. Se, todavia, a resposta que pretenda constituir aceitação da oferta contiver elementos complementares ou diferentes que não alterem substancialmente as condições da oferta, constituirá aceitação, salvo se o proponente, sem demora injustificada, objetar verbalmente às diferenças ou advertir a respeito delas. Não o fazendo, as condições do contrato são as constantes da proposta com as modificações contidas na aceitação.
> 3. São consideradas alterações substanciais das condições da oferta as adições ou diferenças relativas, em particular, a preço, pagamento, qualidade e quantidade das mercadorias, lugar e momento da entrega, extensão da responsabilidade de um contraente perante o outro, e solução de controvérsias.

A resposta do ofertado que não correponder aos termos da oferta constitui-se em uma rejeição, caracterizando uma contraproposta[48]. O segundo parágrafo do dispositivo flexibiliza a regra geral disposta no parágrafo anterior, disciplinando aquela resposta que não altere substancialmente as condições da oferta. A demarcação entre uma e outra espécie de resposta é, por vezes, tarefa difícil, sendo, porém de suma importância visto que a alteração material caracterizará uma nova oferta, e, conseqüentemente, um novo contrato. Nesta hipótese, é preciso que a contraproposta satisfaça os requisitos do parágrafo primeiro do art. 14, isto é, suficiência da precisão dos seus termos e intenção do ofertante de obrigar-se. A alteração não material, por outro lado, constitui-se em aceitação à oferta inicial, estando a partir de então o contrato original concluído. O parágrafo terceiro do art. 19 elenca os elementos cujas modificações provocam, via de regra, alteração material à oferta. O dispositivo deve ser analisado tendo em vista os usos consentidos e as práticas estabelecidas, assim como as negociações prévias e as manifestações de intenção emanadas pelas partes[49]. Eventualmente, o disposto no art. 4º será argüido, já que alguns dos elementos relacionados no parágrafo terceiro do art. 19 podem caracterizar-se como matéria de validade[50].

48 Os países componentes do *common law system* conhecem esta norma como *mirror image rule*. Ver MURRAY JR., Jonh E. *Murray on Contracts* Parágrafo 47, 3a. ed., 1990.

49 Art. 9º, parágrafo primeiro e art. 8º.

50 Ver decisão argentina da *Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial*, número 45.626,

A doutrina não é pacífica ao tratar a questão proposta no art. 19, sendo a questão conhecida, no universo jurídico anglo-saxão como *battle of forms*.

IV. *Controvérsia*

A formação do contrato é objeto de enfoques inteiramente antagônicos por parte das duas grandes famílias jurídicas. É exemplo clássico de conflito jurídico-doutrinário entre o sistema jurídico civilista e o sistema do *common-law*[51].

Uma das tarefas mais árduas enfrentadas pelos redatores da Convenção, quando dos trabalhos preparatórios por parte da UNCITRAL, foi determinar o momento em que o contrato de compra e venda internacional de mercadorias se perfecciona. O consenso foi encontrado na fórmula prevista no art. 23, que resume todo o disposto na Parte II da Convenção, ao determinar:

> *O contrato considera-se celebrado no momento em que a aceitação da oferta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.*

A aceitação da oferta, no mais das vezes, ocorre nos termos do disposto na primeira parte do dispositivo 18, parágrafo segundo[52], isto é, torna-se eficaz no **momento em que chega ao proponente**. Conforme o preceituado no art. 24, *Para os fins desta Parte da Convenção, considera-se que a oferta, a manifestação de aceitação ou qualquer outra manifestação de intenção "chega" ao destinatário quando efetuada verbalmente, quando seja entregue pessoalmente por qualquer outro meio, no seu estabelecimento, endereço postal, ou, na falta destes, na sua residência habitual.*

É este, pois, o momento a partir do qual a manifestação do consentimento tem eficácia, e, conseqüentemente, a partir de quando reputa-se estar o contrato

de 14 de outubro de 1993, relativa ao litígio entre vendedor italiano e comprador argentino encontrada na página do Instituto de Direito Internacional Comercial da Pace University School of Law em http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/text/casecit.html#argentina.

51 Neste sentido, ver GARRO, Alejandro M., *"Reconciliation of Legal Traditions in the U.N. Convention on Contracts for the International Sale of Goods"*, International Lawyer n. 23, pp 443 / 483, 1989.

52 Art. 18 (2):
A aceitação da oferta torna-se eficaz no momento em que chega ao proponente a manifestação de consentimento. Não produz efeito a aceitação se a manifestação não chegar ao proponente dentro do prazo por ele estipulado ou, na falta desta estipulação, dentro de prazo razoável, tendo em vista as circunstâncias da transação, em especial a velocidade dos meios de comunicação utilizados pelo proponente. A aceitação da oferta verbal deve ser imediata, salvo se outra coisa resultar das circunstâncias.

concluído[53]. A expressão *"entregue pessoalmente por qualquer outro meio"* pode significar o recebimento através de um terceiro, isto é, um representante munido de autorização expressa da parte representada.

A Convenção de Viena de 1980 adotou, em princípio, a Teoria da Aceitação ou Teoria da Recepção, diretriz doutrinária eminentemente civilista. Acrescente-se, ainda, que o seu art. 15 torna expresso tal entendimento ao preceituar que "*a oferta torna-se eficaz quando chega ao destinatário*". O efetivo recebimento da resposta pelo aceitado é requisito de validade da aceitação e, por conseguinte, da validade do contrato segundo a Teoria da Aceitação. Nesta corrente doutrinária, dois elementos distintos e sucessivos são identificados. O ato volitivo emanado por parte do aceitante, elemento de aspecto subjetivo, precede e viabiliza a ocorrência do segundo elemento, de caráter objetivo, isto é, a própria recepção, por parte de aceitado, da resposta enviada. A razoabilidade desta teoria materializa-se no momento último, quando perfecciona-se o contrato através da verificação objetiva do recebimento da manifestação de vontade. O risco pelo envio da aceitação, segundo a corrente romanista, é assumido pelo ofertado/aceitante por ter este a opção da escolha do meio de comunicar a sua aceitação. Por essa razão, atribui-se a esta parte a responsabilidade pelo desvio ou atraso da aceitação. Qualquer contingência que afete a sua declaração de vontade deverá ser suportada pelo aceitante.

Segundo a Teoria da Expedição, adotada pela *common law system*, ao contrário, o contrato é concluído desde quando o ofertado/aceitante envia a sua resposta ao ofertante/aceitado[54]. A conduta positiva por parte do aceitante, o momento em que este desvincula-se da sua declaração de vontade, é priorizada. A sua maior conseqüência é recair sobre o ofertante/aceitado o risco pelo atraso ou perda da comunicação, já que a outra parte enviou a sua resposta através de um meio, de alguma forma, autorizado pelo primeiro. A aplicação desta norma pressupõe que certos requisitos, atinentes ao envio da aceitação, sejam satisfeitos. É necessária a atuação diligente do ofertado, de forma que a sua resposta

53 Sobre o tema da resolução contratual segundo disciplinado pela Lei Uniforme de Viena, ver FRADERA Vera Maria Jacob de *O conceito de inadimplemento fundamental do contrato no artigo 25 da lei internacional sobre vendas da Convenção de Viena de 1980* in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Porto alegre, RS, 11, 1985. O trabalho é também encontrado na INTERNET em http://www.cisg.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff.

54 É a chamada "*mailbox rule*", onde a eficácia do contrato é condicionado tão-só ao envio da resposta escrita. Ver DATE-BAH, "*The United Nation Convention on Contracts for the International Sale of Goods, 1980 Overview and Selective Commmentary*". 11 Rev. Gh. L. 50, 59, 1979; CARLINI, P. "*La Formazione del contratto tra persone lontane: un aspetto della revisione della comparazione tra common law e civil law nel quadro di un diritto comune*" RTDPC, 1984, pp. 114 / 164.

tenha sido apropriadamente dirigida ao ofertante. A subscrição do endereço correto e o devido pagamento dos selos postais são pressupostos que a jurisprudência considera indispensáveis. O meio de comunicação empregado pelo aceitante para enviar a sua manifestação de assentimento deve ser um meio expressa ou tacitamente aceito pelo ofertante. Isto é, em não havendo autorização expressa para a utilização de determinado meio de comunicação, entende-se por autorização tácita o emprego, pelo aceitante, da mesma forma de comunicação empregada pelo ofertante quando do envio da proposta.

Considera a doutrina ser a *mailbox rule* uma regra de conveniência comercial para as partes[55], já que a instituição correio foi utilizada por ambas, seja para a oferta, seja para a aceitação[56]. Vários são os argumentos utilizados pelos representantes do *common law system*. Sendo uma regra de conveniência, entendimento pacífico entre os representantres desta família jurídica, a atribuição da responsabilidade pelos riscos (demora ou perda) da comunicação ao aceitado não é impositiva, se o resultado a que a *mailbox rule* conduz é absurdo ou inconveniente.[57] A jurisprudência formulou esta teoria visando proteger o ofertado do amplo poder revocatório que dispõe o ofertante. Remonta a Inglaterra do início do século XIX, em virtude da célebre decisão do litígio entre Adam v. Lindsell[58]. O ofertante, inadvertidamente, enviou proposta de venda a endereço errado, provocando, portanto, atraso na resposta por parte do aceitado. Após o envio da aceitação e antes da sua recepção pelo aceitado, este vendeu as mercadorias a uma terceira parte. Alegando descumprimento contratual, o ofertado obteve sentença favorável.

A Lei Uniforme de Viena adota, porém, em seu art. 18 parágrafo terceiro, a Teoria da Expedição. Quando executa o aceitante um ato relativo à execução do contrato, seja em virtude dos termos da oferta ou das práticas que as partes estabeleceram entre elas[59], o entendimento civilista é afastado. A execução do ato deve realizar-se dentro do prazo fixado para a manifestação da aceitação, ou, na hipótese de não haver prazo fixado, dentro de um prazo razoável. Nestas condições, considera-se o contrato concluído a partir da execução do ato já que, desde então, a aceitação produziu os seus efeitos. O critério adotado é, desta

55 ANSON, W. R. "*Law of Contract*" Oxford: Clarendon Press, 1984, 26th ed., p. 41; CHITTY, T. "*On Contracts. Vol. I General Principles*" London: Sweet&Maxwell, 1989, 26 ed., pp. 54 e seguintes.

56 Neste sentido, WINFIELD, P.H. em "*Some Aspects of Offer and Acceptance*". The Law Quarterly Review, 1939, nº.55, pp. 508 e seguintes.

57 CHITTY, T., ob. citada, pp. 56 e seguintes; MURRAY, J. E. *On Contracts*. Charlottes (Virginia): The Michie Company, 1990, 3rd. ed., no 47, pp. 148 e seguintes.

58 Adams v. Lindsell, 1 Barn & Ald. 681 (K. B. 1818)

59 GARRO A./ZUPPI A. "*Compraventa Internacional de Mercaderías Convencion de Viena de 1980*" Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, pp.108 e ss.

forma, o que fundamenta a Teoria da Expedição pois como o pagamento do preço a expedição das mercadorias são condutas que comprometem o patrimônio do aceitante, a *ratio legis* do preceito é a proteção do aceitante.

A revocabilidade da oferta assume contornos importantes na presente discussão. O artigo 16 preceitua que pode a oferta ser revogada até que seja concluído o contrato, nos termos seguintes:

> *Artigo 16*
> 1. A oferta pode ser revogada até que seja concluído o contrato, se a revogação chegar ao destinatário antes deste expedir a aceitação.
> 2. A oferta não pode, porém, ser revogada:
> a) se fixar prazo para aceitação, ou por outro modo indicar que seja irrevogável;
> b) se era razoável que o destinatário a considerasse irrevogável, e houver agido em conseqüência da oferta.

A Convenção da ONU de 1980 adota o princípio da revocabilidade da oferta, entendimento característico do *common-law system*, conforme preceitua o parágrafo primeiro do dispositivo *supra*. A liberdade do ofertante de revogar uma oferta já enviada, mas ainda não aceita, é a postura tradicional deste sistema jurídico, conduta adotada, por exemplo, pela Inglaterra. No sistema jurídico civilista, o princípio é ser a oferta irrevogável, a menos que as partes estabeleçam a sua revocabilidade. Via de regra, porque nos Estados de tradição jurídica romano-germânica é concedido ao ofertado prazo para sua manifestação, a irrevocabilidade pode também ser estabelecida por um tempo determinado, exceto, novamente, se de outra forma tenha estabelecido o ofertante.[60]

A Lei Uniforme afasta-se da corrente civilista, adotando, para efeito de revogação, a principal conseqüência da Teoria da Expedição: a revogação só é válida se chegar ao ofertado **antes dele expedir a sua aceitação**. Se o ofertado receber a notícia da revogação após ter enviado a aceitação, presume-se a validade da sua manifestação de consentimento, por ter a revogação chegado tarde demais. A revocabilidade disposta na Convenção tem como termo o envio da aceitação pelo ofertado. Tal momento (a expedição do assentimento) não se

60 O nosso Código Civil determina a obrigatoriedade da oferta durante um tempo, nos termos do art. 1.080:
A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso. No mesmo sentido, art. 145 do BGB alemão, art. 1.806 do Código Civil Mexicano do Distrito Federal, art. 1.137 do Código Civil Venezuelano e art. 5º do Código das Obrigações da Suíça. A questão é tratada, pela lei interna francesa, de forma mais casuística, embora a jurisprudência incline-se a adotar a irrevogabilidade da oferta por prazo determinado.

confunde com o momento da conclusão do contrato, nos termos do art. 23 combinado com o art. 18 (2)[61]. A rigor, tivesse a Convenção adotado por inteiro a Teoria da Recepção, a primeira parte do preceito (*a oferta pode ser revogada até que seja concluído o contrato*) provocaria um efeito diferente, visto que o contrato, ao perfeccionar-se quando do recebimento da aceitação pelo ofertante, poderia ser revogado até então. Logo, a interpretação segundo a qual o ofertante pode, nos termos do dispositivo *supra*, revogar a oferta enquanto não estiver o contrato concluído, deve ser feita com reservas. O momento que a aceitação é enviada ao ofertante não perfecciona o contrato, mas extingue o direito do ofertante revogar a sua oferta.

Como ocorre no ordenamento jurídico norte-americano[62], a revocabilidade da oferta preceituada pela Convenção de Viena também é passível de exceções, preceituadas nas alíneas "a" e "b" do parágrafo segundo do art. 16. A primeira exceção diz respeito à irrevocabilidade expressa, reconhecida unanimamente pelos países componentes do sistema jurídico romano-germânico[63]. A última exceção refere-se à hipótese de, por ser razoável que o destinatário considere a oferta irrevogável, teria ele agido em conseqüência da sua boa-fé.

O art. 15, parágrafo segundo[64], disciplina o instituto da retratação da oferta. A retratação somente pode ocorrer antes da oferta ser dotada de força vinculante, isto é, anteriormante à produção dos seus efeitos. A oferta é irretratável se a aceitação ocorre nos termos dispostos no art. 18, parágrafo terceiro. A retratação é, nesta hipótese, afastada já que a aceitação ocorre quando da execução do ato, considerando-se, a partir de então, o contrato concluído. Caso a Lei Uniforme tivesse adotado a Teoria da Expedição[65], seria a oferta de todo irretratável, pois,

61 Artigo 23:
O contrato considera-se celebrado no momento em que a aceitação da oferta se tornar eficaz, de acordo com as disposições desta Convenção.
Artigo 18 (2):
A aceitação da oferta torna-se eficaz no momento em que chega ao proponente a manifestação de consentimento.

62 A legislação interna norte-americana sobre o assunto, o *Uniform Commercial Code* estabelece algumas exceções à regra geral da revocabilidade, como aquela estatuída na Seção 2-205: "*An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed writing which by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such period of irrevocability exceed three months; but any such term of assurance on a form supplied by the offerree must be separately signed by the offeror.*"

63 É, todavia, objeto de controvérsia doutrinária já que os países componentes do *common law system* interpretam o dispositivo de maneira distinta.

64 2. A oferta, ainda que irrevogável, pode ser retirada desde que a retratação chegue ao destinatário antes ou simultaneamente à oferta.

65 Ver item IV *supra*.

segundo este entendimento, a partir do seu envio, tem a oferta força vinculante[66]. É preciso, porém, que, tanto a oferta quanto a aceitação "cheguem" aos seus respectivos destinatários[67] para produzirem efeitos jurídicos. Portanto, poderão ambas ser retratadas se a retratação chegar ao seu destino antes ou até simultaneamente[68] seja da oferta, seja da aceitação.[69] Trata-se de uma das conseqüências da adoção, pela Convenção, da Teoria da Recepção, visto que nem a oferta tampouco a aceitação são dotadas de força vinculante quando são expedidas.

V. *Conclusão*

As práticas e os usos comerciais assumem, especialmente na matéria pertinente à formação do contrato, um importante papel no processo de ponderação jurídico-positiva entre o sistema do *common law* e o sistema civilista. O movimento de unificação internacional das regras jurídicas disciplinadoras do contrato de compra e venda tem como fundamento o que a doutrina intitula ética comercial, conforme precisa lição dos Professores argentinos Alejandro Garro e Alberto Zuppi:

> *A fin de poder apreciar en toda su magnitud los alcances del principio general que otorga fuerza vinculante a la oferta desde el momento de su recepción, es necessario adquirir una visión de conjunto de la problemática que presenta la formación del contrato, incluyendo en este análisis las normas que se refieren a la retractación y revocación de la oferta. Recién entonces uno puede adquirir una idea cabal de cuándo se perfecciona el contrato en la Convención. Se podrá apreciar entonces que la Convención opta por un sistema complejo de retractatión, revocación, caducidad e irrevocabilidad, etapas que surten efecto ya sea al momento de su expedición o recepción, según consideraciones de ética comercial interpretadas a la luz de los usos y prácticas del comercio internacional. Estas reglas complejas y particularizadas dejan de lado las teorías clásicas en torno al dogma del consentimiento en la formación de los contratos, que exigen la coincidencia psicológica de los voluntades simultáneas de igual o correspondiente contenido para la creación de la relación contractual.*[70]

Fundamentalmente, no processo de formação do contrato, há um determinado e inevitável momento que uma das partes não tem ciência de estar o contrato concluído, independentemente da corrente doutrinária agasalhada. As Teorias adotadas pelos sistemas jurídicos romano-germânico e pelo anglo-saxão propõem formas alternativas de proteger a parte desconhecedora da perfeição do contrato, a parte que, naquele momento encontra-se mais fraca. A divergência dos enfoques assume grandes proporções em razão mais da evolução histórica do pensamento jurídico, da forma de se pensar o direito, do que propriamente dos resultados práticos que a adoção deste ou daquele entendimento acarretará.

A posição adotada pela Convenção das Nações Unidas no que se refere à conclusão do contrato[71] fundamenta-se em um ponto de equilíbrio entre as Teorias *supra* analisadas. Equilíbrio construído sob os pilares propostos no próprio texto da Lei Uniforme, de maneira que, na medida do possível, a utilização da norma nacional não seja necessária. As relações mercantis internacionais apresentam, pela sua própria natureza, o estigma da *possível* insegu-

66 Ver FERRÁNDIZ, G. "*Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia*" . Revista Jurídica de Catalüna, 1986, pp. 105/126.

67 Artigo 15 (1):
A oferta torna-se eficaz quando chega ao destinatário.
Artigo 18 (2):
A aceitação da oferta torna-se eficaz no momento em que chega ao proponente a manifestação de consentimento.

68 Artigo 15:
2. A oferta, ainda que irrevogável, pode ser retirada desde que a retratação chegue ao destinatário antes ou simultaneamente à oferta.
Artigo 22:
A aceitação pode ser retirada, caso a retratação chegue ao proponente antes ou no momento em que a aceitação tornar-se-ia eficaz.

69 O ordenamento jurídico brasileiro adota o mesmo entendimento, prescrevendo o Código Civil Brasileiro, em seu artigo 1.085:
Considera-se inexistente a aceitação, se antes dela ou com ela chegar ao proponente a retratação do aceitante.
No mesmo sentido o BGB alemão, art. 130, o Código de Comércio de México art. 1.807, o Código Civil de Peru, art. 1.373 e art. 1.374 e o Código Civil de Uruguay art. 1.265, entre outros.

70 GARRO A./ZUPPI A. "*Compraventa Internacional de Mercaderías Convencion de Viena de 1980*" Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1990, pp.108 e ss.

71 O presente estudo restringe-se à análise do texto da Convenção pertinente à formação do contrato, tendo em vista, tão-só, a divergência entre os dois sistemas jurídicos dominantes. Advertimos ao leitor que a Comissão das Nações Unidas para o Direito Mercantil Internacional (UNCITRAL), quando dos trabalhos que precederam a unificação do direito mercantil internacional, deparou-se, igualmente, com outras dificuldades. As questões relativas à diversidade dos sistemas econômicos, à desigualdade social dos países e à disparidade dos interesses em função da posição ocupada no contrato de compra e venda, isto é, comprador e vendedor, foram também analisadas. É a Lei Uniforme de Viena o resultado do entendimento baseado em compromissos e, sobretudo, em princípios formadores de um sistema jurídico uniforme que caracteriza-se como flexível e autônomo.

rança. A estabilidade das relações de troca, objetivo a ser alcançado com a uniformidade proposta pelo texto vienense, não afasta a indispensável agilidade caracterizadora do comércio internacional[72]. A internacionalidade, apontada no art. 7º[73] como princípio interpretativo primeiro a ser observado, traduz a acuidade com a permanente evolução das regras que compõem o direito uniforme.

72 Para um estudo acerca da posição do Brasil relativamente à Convenção da ONU sobre os Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias, ver GALINDO da FONSECA, Patricia Bezerra de M. *O Brasil perante uma nova perspectiva de Direito Mercantil Internacional* in Revista Forense. Rio de Janeiro, vol. 341, abril de 1998, pp. 193 — 211. O trabalho é também encontrado na INTERNET em http://www.cisg.law.pace.edu/galindo-da-fonseca/brasil-uff.

73 Artigo 7º:
1. Na interpretação desta Convenção ter-se-ão em conta seu caráter internacional e a necessidade de promover a uniformidade sua aplicação, bem como de assegurar o respeito à boa-fé no comércio internacional

NORMAS CONSTITUCIONAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS

PIETRO PERLINGIERI

Senhor reitor, caros colegas, caros estudantes, vou dar uma aula bastante esquematizada, não muito fácil, mas vou me esforçar para proceder por argumentações claras. Partindo do que é ciência jurídica e do que é conhecimento jurídico, a ciência jurídica é uma ciência prática, que tem por fim práticas concretas. Esta premissa é extremamente importante para que sejam evitadas algumas conseqüências negativas de uma ciência jurídica muito abstrata, muito teórica, muito linda em sua construção mas que não se adere à realidade. O conceito de ciência jurídica tem uma função prática, não tanto apenas de conhecimento e de descrição teórica, porque é aplicativa, ou seja, ela é necessária para que sejam resolvidos os problemas civis e os problemas concretos dos seres humanos. Observe-se que o conhecimento jurídico é duplo: não são apenas as leis o objeto do conhecimento jurídico, como também o são os fatos concretos (os casos concretos) estudados, considerados e qualificados à luz das disposições legislativas. O objeto da ciência jurídica é unitariamente a realidade concreta, os fatos concretos e a norma jurídica, fato e norma concretas que estão em contínua dialética. A realidade não pode ser dividida, mas sim estudada unitariamente. Não há realidade econômica distinta da realidade jurídica; igualmente não há realidade social separada da realidade jurídica, como também não há realidade ética ou religiosa divorciada da realidade jurídica. A realidade é una, é unitária, e o seu aspecto (o seu perfil) nada mais é que um aspecto de realidade unitária. Por isto o Estado de Direito não pode se limitar ao estudo das leis. Os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as definições, os conceitos não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos para o conhecimento desta realidade. Por isto, devem ser instrumentos adequados à realidade. Não existem instrumentos válidos em todos os tempos e em todos os lugares: os instrumentos devem ser construídos pelo jurista levando-se em conta a realidade que ele deve estudar.

O conhecimento jurídico é uma ciência jurídica relativa: precisa se levar em conta que os conceitos e os instrumentos caracterizam-se pela sua relatividade e por sua historicidade. É grave erro pensar que, para todas as épocas e para todos os tempos haverá sempre os mesmos instrumentos jurídicos. É justamente o oposto: cada lugar, em cada época terá os seus próprios mecanismos. Isto na História encontra afinidade na composição jurídico-literária, tanto no tocante à sincronia como no tocante à diacronia. O estudo dos ordenamentos jurídicos, dos diferentes sistemas jurídicos, aponta-nos que as noções, que os instrumentos, que os conceitos, enfim, definidos e utilizados pelo jurista de cada sistema são muito diferentes entre si. Um ponto em essencial deve se frisar: saber todo o conhecimento da dinâmica e do movimento. São dois elementos objetivos que a ciência jurídica deve observar. A realidade é social, econômica, ética, religiosa, mas está sempre em movimento, em transformação, em dinamismo. Ao mesmo tempo, as leis, os princípios e os valores jurídicos também estão em mutação, rápida (mais ou menos rápida, embora nesta época rapidíssima); a velocidade de mutação daqueles (máxime nos tempos atuais) obriga o jurista a adequar seus meios de ação à realidade, o instrumento do conhecimento jurídico à realidade objetiva do conhecimento da ciência. Todo problema jurídico se volta em torno do conhecimento do Direito.

O ponto de partida é este: cada instrumento, cada realidade deve ser sempre estudada em dois perfis, quais sejam, os perfis da estrutura da realidade e da função do instrumento do Direito. Quanto ao perfil da estrutura da realidade, este é mais individualmente considerável. Vejamos o caso do contrato, uma estrutura bilateral (duas partes elaboram um contrato). Mas a pergunta mais importante não é feita para saber a estrutura do instituto, mas sim a sua função. Para que ele serve? Por que é ele aplicado a esta realidade? Qual a sua razão justificativa? Qual a sua função? A estrutura e a função indicam a natureza dos instrumentos jurídicos. Tal premissa nos consente saber melhor em relação de uma forma, o que é o formalismo jurídico, a saber, a atitude de aplicação do Direito de forma exacerbada, excessiva em relação à estrutura e em relação à função da letra da lei posta, relativa ao espírito e à substância da lei, dos interesses protegidos pelo formalismo da lei. O dogmatismo jurídico, por sua vez, é a utilização exasperada dos conceitos, dos dogmas do Direito, esquecendo-se de que a aplicação dos conceitos vem da análise do ordenamento jurídico e da realidade, para não se tornarem aqueles preconceitos (pré-noções estanques e fossilizadas que guardam inteira dissonância com as novas realidades em que sobrevivem à força). O dogmatismo jurídico é, então, a valorização exasperada dos conceitos, dos dogmas, sem a averiguação oportuna dos interesses e dos valores que são objeto da investigação jurídica. Aqui se tem a informação de que tais dogmas são ubíquos (são onipresentes em todas as realidades de tempo

e de espaço). Grande equívoco esta informação contém em si. Esquece ela que o inquirir jurídico da realidade prevê a historicidade e a realidade dos conceitos.

Por outro lado temos o pragmatismo jurídico. Deve-se, aqui, ir em frente face àquilo que não se conhece e inquirir o que ele é. É a vitória da natureza das coisas, das forças das coisas. Partindo da empostação do caso concreto, busca-se neste a solução para seus problemas. O pragmatismo se baseia na efetividade: é assim porque é assim. Isto é a negação do Direito, porque o Direito é o dever-ser. O Direito promove a mudança da realidade, e para tal não pode sucumbir aos fatos. A primazia do Direito é a primazia da decisão política face à natureza das coisas. Nem sempre o Direito fotografa a realidade, porque pretende mudá-la. O Direito é justamente isto, uma força de transformação da realidade. O pragmatismo é o contrário disto, é a negação da força de transformação do Direito. Assim se entende a análise do Direito em oposição ao pragmatismo, este sendo a contribuição ao Direito parcial que não explica toda a realidade. A realidade é também econômica, e não só econômica. A realidade econômica é apenas um ponto de referência do que consiste a realidade para a construção jurídica, mas o pragmatismo a enxerga como se fosse *a* realidade. Por isto, se assim é, precisamos de encontrar um ponto de equilíbrio entre a forma e a substância. A interpretação e o conhecimento do Direito não se podem limitar à letra da lei, mas devem compreender o desafio dialético entre a lei e o fato, entre a realidade e a lei, entre o individualismo da lei (e os valores que estão em jogo) e o caso concreto.

A Teoria da interpretação, a base do conhecimento jurídico em particular, deve encontrar soluções mais adequadas, mais razoáveis, cabendo destaque aqui para os princípios de adequação e de razoabilidade. A solução dada ao caso concreto deve ser adequada, côngrua, razoável. Não é, portanto, a interpretação jurídica uma interpretação mecânica; não é uma operação mecanicista, esquemática. A velha empostação e a arcaica interpretação, que previam a subsunção do caso concreto, ou seja, a inserção deste à previsão abstrata da norma, não leva em consideração muitas coisas, principalmente a afirmação de que nem todas as normas são do tipo regra, nem todas elas se caracterizam pela previsão realista, detalhista, uma vez que há normas (mais importantes) que exprimem princípios. E este é o pensamento fundamental: a Teoria Moderna da interpretação da Norma deve levar tal relação de princípios que explicam as normas do ordenamento jurídico. Os princípios são normas jurídicas: devem ser aplicados tal qual estas o são.

Outra conclusão a ser tirada é a de que nem todas as normas, atualmente, têm a mesma força. O sistema jurídico se compõe de normas constitucionais, de normas internacionais, de normas comunitárias (supranacionais), de normas regionais e de normas municipais. Isto cria uma hierarquia. Não se pode aplicar ao caso específico a norma específica. É que tal norma deve ser relida, inter-

pretada e aplicada a todas as normas superiores a ela. A norma não assume só seu significado em si mesma ou no Código em que se insere, mas sim no sistema ao qual pertence (no caso do Direito Civil, o Código Civil e a Constituição Federal). A Carta Constitucional representa o momento da realidade interna do ordenamento jurídico. Significa que não é mais possível distinguir o Direito Constitucional do Direito Civil, que não é mais possível se falar em Direito Público e em Direito Privado. Todo o ordenamento jurídico tem os mesmos valores e os mesmos princípios fundamentais para todo o sistema. A verdadeira interpretação jurídica não pode ser literal, não pode ser só lógica: deve ser sistêmica e axiológica. Quando se diz interpretação sistêmica diz-se que o valor da norma varia de acordo com os valores do sistema em que ela se insere. Uma norma feita há trinta anos pode ter um valor diferente, porque mudou quer a realidade (econômica, social, ética), quer a realidade jurídica em que ela reside (e que acompanhou a evolução social). Normas que antes tinham um caráter especial podem atualmente expressar princípios gerais; da mesma forma, normas gerais de outrora hoje podem exprimir princípios setoriais. Na interpretação axiológica temos o momento mais importante de nossos dias. A interpretação axiológica significa uma interpretação avaliadora; leva ela em consideração que todo o ordenamento jurídico se baseia em valores que têm como base os valores do mundo, a filosofia da vida. O Código Napoleônico tratava da propriedade, dos contratos, das rendas, enfim, dos valores de uma sociedade burguesa em ascensão. Era esta a constituição da sociedade da época. A exemplo do Código Civil Italiano de 1942, muda-se a idéia norteadora. Com este Código, porém, não é mais aquela a propriedade ou a renda, mas sim o empreendimento; o contrato (não o de sociedade) só se valoriza nesta nova lógica, a de produzir mais. Os contratos devem ser dinâmicos, e não mais estáticos. Mais um valor de uma época. Num terceiro plano evolutivo, as constituições modernas deslocam o valor fundamental não mais para a propriedade ou para as rendas, mas sim para o ser humano e seus direitos fundamentais. A propriedade e a renda são agora encaradas como instrumentos para a realização da dignidade da pessoa humana. O Estado, da mesma forma, não é mais um fim em si mesmo, não é mais a encarnação de um governante poderoso, mas sim um instrumento da sociedade, dos interesses do indivíduo. Muda-se mais uma vez a filosofia da realidade do sistema. Isto muda na lei. A interpretação axiológica significa que o interesse da norma se faz levando em conta os princípios fundamentais de todo o sistema. Isto significa reler todo o ordenamento jurídico à luz da constituição e dos valores fundamentais nos quais ele se baseia. Pensar em autonomia dos particulares não é mais aquele ato de vontade egoisticamente entendido, mas sim que tal ato de vontade deve ter seu mérito, a sua avaliação positiva, para que o ordenamento jurídico possa considerá-lo válido. Por que consentiríamos em deixar os sujeitos realizarem condutas de desvalor face ao ordenamento normativo? Não há mais sentido nisto. Idem quanto ao Estado de Direito. O Estado como instrumento das aspirações sociais deve significar divisão de poder e garantia do poder jurisdicional livre face ao Poder Executivo. A engenharia estatal em sua organização mais moderna pressupõe divisão de poderes e controle dos poderes entre si. O Estado de Direito pôde significar, como significou pelos idos de 1800, a tutela das garantias e das situações adquiridas. O Direito fotografa a realidade moderna que passa. Com a mudança do Estado Liberal de Direito para o Estado Social de Direito, lá onde o Estado não garante mais a liberdade, mas sim por meio dele se garante a promoção do bem-estar social, o Estado Social de Direito faz a promoção fundamental do Direito no Estado Moderno, que não se fixa só a conceder garantias fundamentais aos seres humanos, como também é contemporâneo na exigência dos deveres destes para com a coletividade. Trata-se do solidarismo jurídico: é o reverso da medalha do Estado Social de Direito.

Solidarismo, princípio da igualdade (quer formal, quer material), princípio especial da igualdade social, estas são as novas perspectivas de valores para a caracterização do Estado jurídico moderno. O jurista deve levar isto em consideração. A submissão do jurista à lei a ser aplicada não se dá face à letra desta, mas sim à letra da lei interpretada face à realidade mutante e aos novos sistemas jurídicos que ela engendra.

O drama da realidade moderna consiste na dúvida: mercado ou Estado? Se tudo couber ao Estado, a falência deste será uma questão de tempo. Vide o caso dos países socialistas do Leste Europeu. A previsão de todas as atividades sociais na lei, engessando-as no sentido de melhor conduzi-las, é pura veleidade. Por outro lado, voltar tudo ao mercado não é muito inspirador. Os poderes dos Estados Modernos devem ser voltados contra abusos. O legislador não deve legislar de encontro à legislação constitucional, pois nada pode fazer contra ela. E é justamente na Constituição que os princípios coibitivos dos abusos do mercado estão.

O debate hoje entre os civilistas europeus (atingindo, inclusive, proporções mundiais) é a prevalência da *lex mercatoria* quer sobre os organismos multinacionais, englobando a validade dos contratos, quer em relação à realidade (como atos simples ou como atos complexos). Estes contratos não deverão gerar valores dissonantes dos dados valorativos fundamentais do sistema. O mercado não é apenas um conjunto de regras econômicas, mas um estatuto de regras, um conjunto de normas jurídicas. O ato de mercado não se justifica *de per si*, mas nos princípios jurídicos, que são a alma do sistema jurídico nacional e internacional. Isto vale tanto no plano macroeconômico como no plano microeconômico e envolve instrumentos mais técnicos de Direito Civil, por exemplo, o Direito das Obrigações, construído como um santuário (são assim mesmas as obrigações, e ponto final). Mas as obrigações lidas assim não são só uma escolha

técnica, sendo principalmente uma escolha axiológica. Um dos aspectos mais técnicos das obrigações pode ser resumido no seguinte exemplo: se um trabalhador pára a sua função na linha de produção para assistir um companheiro seu que esteja passando mal, poderia se considerar este ato causa justa bastante para a sua demissão pelo empregador. Um absurdo, se considerarmos que o valor da pessoa, em sua integralidade física e psíquica, é hierarquicamente superior do que o cumprimento das obrigações avençadas no contrato de trabalho. A interrupção, portanto, da cadeia de montagem para ajudar alguém pode significar uma causa de legitimidade e de inimputabilidade ao agente.

Desta maneira, os conceitos com os quais fundamentamos uma discussão nos revelam que o Direito Civil não pode ser para sempre um conjunto de valores isolados da realidade jurídica em que está. Não pode ser só obrigações, propriedade e negócio jurídico. O caso supracitado evidencia o problema no âmbito das obrigações. Quanto à propriedade, esta pode ser urbana, rural, de engenho, entre outras qualificações. Há, enfim, não *a* propriedade, mas *as* propriedades. Devemos ser cuidadosos ao construir uma identidade de valores de pouca força e importância. Por sua vez, o negócio jurídico é uma coisa; o reconhecimento de paternidade é outra, o contrato de compra-e-venda é outra, as associações são outras, o contrato de doação, mais outro assunto. Para que serve a constituição do ponto didático Negócio Jurídico e da Teoria Geral dos Contratos quando apenas o mínimo dos negócios jurídicos e dos contratos em geral é pouca coisa? O fundamental é levar em conta as particularidades do sistema sem violentá-las.

Outro ponto de bastante problemática é o do direito subjetivo, do sujeito abstrato, da parte no contrato. É um aspecto difícil (se o sujeito é uma pessoa humana ou uma pessoa jurídica, em que há o direito ao lucro, neste caso havendo quer direito de lucro, quer dever de mútua assistência). Não há aqui direito, mas uma pluralidade de situações que mostra haver os sujeitos de direito. A noção de pessoa é muito importante na época em que vivemos. Devemos adequar os desejos à capacidade de mutação das coisas. Por que hoje parece estar em crise uma idéia bastante importante décadas e décadas atrás como o foi a noção de direito subjetivo? Há interesses diversos, situações diversas, pelas quais o titular de direitos é, também, titular de deveres jurídicos. A situação jurídica não pode ser considerada só do plano ativo (quanto aos direitos), como também do plano passivo (dos deveres). Haveria, então, uma crise do direito subjetivo? Ao contrário de estudarmos o direito isoladamente, uma realidade egoisticamente considerada, cada interesse deve ser correlato a todos os outros. Toda a situação jurídica deve ser coligada às outras, à situação fundamental à constituição do sistema. É a ligação entre as situações. Vejam o Estado Social de Direito. A mesma defesa da juridicidade pressionou o Estado Racional de Direito. Concluindo, então, por que aplicar as normas constitucionais às relações

intersubjetivas? Vamos mudar a pergunta: por que não aplicá-las? Se as normas constitucionais são normas jurídicas tais quais as outras, não há nada de errado nisto. A norma constitucional não se dirige só ao legislador, no sentido de que não deve ele emanar leis contra ela. Hoje, ao contrário deste parco interesse, as normas constitucionais são normas jurídicas, podendo suprir as normas infraconstitucionais. O restante das normas jurídicas não é só legislação que se move segundo os preceitos da Carta Magna, mas também englobam valores em si, valores que devem ser conformes aos da lei maior. As normas constitucionais não são apenas normas de interpretação das normas ordinárias, como também elas próprias são parâmetros de seu entendimento e de sua aplicação, princípios de que o juiz não deve se esquivar, pois, se o fizer, ferirá letalmente o princípio da legalidade (principalmente a legalidade constitucional). Assim, podemos aplicar tranqüilamente as normas constitucionais junto às normas de caráter ordinário, por exemplo, em função de um artigo *x*, e por aí vai. A norma constitucional é assim (concreta).

Todas as cláusulas legais contidas na legislação ordinária (diligência, boa-fé, e tantas outras) não serão aplicadas se não tiverem valores conformes aos valores fundamentais insertos na Carta Magna. Desta forma, a diligência das relações de trabalho não terá apenas um sentido produtivo, como também um sentido de solidariedade civil. As normas constitucionais tratam de todos os efeitos, da maneira interna de se interpretar a Constituição. As normas constitucionais se aplicam por si mesmas, mesmo que faltem normas *ad hoc* ordinárias. Que se apliquem, portanto, as normas ordinárias, mas de acordo com os valores constitucionais, caso elas existam; em não existindo, que não haja falsos pudores na aplicação das normas constitucionais quanto aos fatos concretos. Há, portanto, uma necessidade em se aplicar a uniformidade em prol da legislação constitucional, utilizando todas as potencialidades ínsitas ao ordenamento jurídico, no respeito substancial ao mesmo. Isto não é Jusnaturalismo, porque tais valores de tutela da pessoa e os valores fundamentais a ela inerentes não se entendem *de per si*, não são apenas uma relação abstrata, mas a norma constitucional contém determinações escritas que os prevêem. Assim, isto não é Jusnaturalismo. O assunto valorativo não fica ao léu: antes disto, diz respeito às normas constitucionais e, como já foi dito aqui, normas constitucionais são, antes de tudo, *normas*.

Trata-se, pois, de uma escolha política e de uma escolha ética. Se o jurista notar que a legislação ordinária não representa valores, mas sim desvalores, deve ele procurar, tal qual os juristas da época nazi-fascista na Alemanha e na Itália, encontrar termos formais (palavras) para defender o indefensável naquelas realidades. Esta é a missão do jurista. Há também, uma queda de princípios e de normas que não podem ser superados.

Antes de concluir tal apresentação lembro que o jurista tem a obrigação de motivação, obrigação que deve cultivar mais que todos os indivíduos da sociedade em que vive. Havia uma época em que se dizia quem estava certo e quem estava errado. O jurista falava se havia ou não razão na pretensão da parte que ingressava em juízo, se fazia sentido aquela posição ou não. O Estado de Direito, por sua vez, passou a exigir que o juiz, ao entregar a prestação jurisdicional a tutelar o conflito de interesses, dê a fundamentação que o levou à aquela conclusão. Daí a Teoria Moderna da interpretação da Norma, para que pela interpretação se controle ao processo axiológico a conclusão judicial. Assim o sujeito que ficou insatisfeito com a prestação jurisdicional entregue pelo juiz pode conhecer a razão da sentença emitida e dela se defender. Até aos civilistas isto traz um amplo campo de pesquisas, gerando idéias com as quais uma nova geração irá se comprometer.

Tratando dos princípios e dos instrumentos fundamentais da ciência jurídica, devemos substituir os instrumentos tradicionais à luz do juízo adequado de proporção valorativa, para adequar as técnicas tradicionais ao esforço moderno e, em particular, à Teoria Moderna da interpretação da Norma que, aliás, deveria ser ensinada no início dos cursos de todas as Faculdades de Direito. Se há um lastimável engano nas Faculdades, com certeza é o de que primeiro se deve dar um conjunto de noções iniciais para que depois sejam estas postas em discussão, uma vez que quando nossa cabeça é *tabula rasa* e primeiro se diz o que se é para que depois se discuta, não haverá, de fato, uma discussão. Deve se colocar aquele conceito num primeiro momento como uma realidade passível de transformação, enfim, como algo que não é perene. Na Itália houve progressos neste sentido, removendo os conceitos da matéria jurídica para a luz do saber constitucional. Não se pode entender o conjunto de particularidades do sistema jurídico sem a análise dos princípios fundamentais.

A sensação a se deixar é a de que o Direito não se pode transmitir em comprimidos, sem se adquirir uma sensibilidade, o sentido amplo pela cultura. O Direito é cultura; o juiz deve ser culto, deve conhecer o máximo do que puder. E o que sempre é importante ressaltar: as raízes culturais, as razões jurídicas não devem ser estudadas só em sentido abstrato (o Marxismo, o Estruturalismo e o Positivismo abstratos, entre outras fontes metajurídicas). Não é preciso saber a ferro e fogo tais teorias soltas. O que deve se saber é a importância histórica, o compromisso histórico por elas realizado, o caminho dialético entre o caminho político e o caminho do Direito. Quando os especialistas dizem que o Direito Constitucional é um Direito Político, eles estão certos, já que o Direito Constitucional é um conjunto de valores sobre os quais se constrói o pacto de convivência entre os indivíduos em sociedade. Não deve o jurista considerar isto algo sem importância jurídica, dizendo respeito à Ciência

Política. Impõe-se que os princípios constitucionais se respeitem desde sempre: eles são normas. Muito obrigado.

Perguntas:

1) Gostaria de inquiri-lo, Professor Perlingieri, a respeito do movimento de recodificação no Brasil. Na palestra que o Professor Enzo Roppo nos concedeu dois anos atrás, disse ele que depois do movimento de descodificação estávamos assistindo a movimentos de recodificação. No Brasil, como deve o senhor bem saber, está em andamento na Câmara dos Deputados um projeto de Código Civil. Os autores do projeto dizem que ele facilitará a vida dos juristas, uma vez que regulará os assuntos das leis especiais de novo em tom geral no Código. Daí a presença do novo Código Civil em bases contemporâneas. Como o senhor vê isto?

A meu ver, uma codificação faz sentido quando representa o momento inteiro, o resultado de uma forte elaboração cultural em mutação. Na Itália assistimos a um debate muito forte entre os que não achavam que o Código tinha um valor geral, querendo criar tanto pequenos sistemas legais, e os que conferiam tal valor ao Código, repudiando tais sistemas. Antes de mais nada, precisamos de poucas e bem claras leis, porque o princípio *ignorantia legis neminen excusat* exige a presença de leis certas no ordenamento, facilitando o seu conhecimento pelos cidadãos. Assim, as codificações podem ajudar neste processo. Mas é necessário um tempo para que se chegue a um conjunto de leis organizadas que mostre tal evolução. A codificação é uma síntese, ao contrário da legislação em geral, comprida. Primeiro, então, deve se elaborar, em doutrina e em jurisprudência, um conjunto de conceitos principais para que depois estes sejam codificados.

Na Europa está acontecendo algo de diferente. A Europa está conhecendo uma necessidade de se harmonizarem os sistemas jurisdicionais com a legislação dos países daquela área que, se não pode ser idêntica, ao menos deve ter traços de semelhança com aqueles. Exemplo disto é o princípio translativo dos contratos. Numa compra-e-venda, por exemplo, deve valer o princípio do Código Napoleônico Francês, pelo qual o contrato de compra-e-venda transmite *de per si* a propriedade (o que também é seguido pelos Direitos Civis Espanhol e, em parte, Italiano), ou deve ser a propriedade (vendida pela *emptio-venditio*) transferida pela *traditio* (princípio adotado pelo Direito Romano e, nos tempos atuais, pelo Direito Civil Alemão)? Há que se chegar à harmonia dos sistemas, não se passando por uma codificação, mas sim por várias regulamentações. Mas antes disto é necessário haver uma conjuntura européia rígida, dizendo os valores cabíveis a todo o território europeu.

No Brasil, em primeiro lugar é necessário haver dez, vinte, talvez trinta anos de debates na elaboração dos interesses civilísticos para tal codificação; senão, ela será apenas uma operação de fachada.

Outro plano de discussão trata da separação dos Direitos Civil e Comercial. Hoje há uma renascença na distinção entre as atividades comerciais e as atividades não-comerciais. As provas dos estatutos são diversas. O contrato celebrado por uma empresa tem uma diferença face a um contrato celebrado por qualquer um de nós. As codificações espanhola, italiana e francesa têm uma razão diferente da de hoje. A razão delas era tutelar a atividade do comerciante. Por isto eram estatutos. O Direito Comercial era o estatuto do empreendedor. Isto, hoje, está ao lado das duas novas exigências, quais sejam, os Estatutos do Trabalhador e do Consumidor. Num certo Direito, a comercialização das relações não são só as relações comerciais efetivadas pela empresa. É diferente porque trata-se de matéria atrativa das exigências, de um lado, e dos consumidores, do outro lado. Fazer um código sem levar em conta isto e tantas outras mudanças é só fazer um Código novo, e não um novo Código. Antes de chegar à codificação, portanto, deve haver a atuação jurisdicional e doutrinária que considere nesta tarefa os valores fundamentais, máxime os valores que exprimam interesses constitucionais.

2) Vivemos num tempo de inflação jurídica que só atenta contra o princípio *nemo ius ignorare censetur*. Por que então não se legisla através de claúsulas gerais?

Esta é uma pergunta que diz respeito à técnica legislativa. Antes de mais nada eu mandaria todos os parlamentares à escola para melhor fazerem leis. Uma vez se perguntavam os pareceres do ponto de vista técnico. Hoje não é esta a questão. A técnica legislativa é um problema sério. Fala-se atualmente em princípios gerais, e não em cláusulas gerais, que muitas vezes se confundem, princípios gerais como o princípio de não lesar o outro, por exemplo. Precisaremos não de mais leis com mais detalhes sob este esquema, em que o legislador tem comumente a veleidade de achar que pode prever tudo e sempre se esquece de algo por sua inabilidade ou pela evolução social. São necessárias mais leis-quadro, mais leis-princípio; aqui é necessário haver um poder jurisdicional muito bem organizado. A educação do juiz deve ser adequada à tarefa. Há assuntos nos quais nos regemos por princípios gerais, que não são organizados, de caráter patrimonial que acabem na auto-regulamentação, nos Códigos que disciplinam a deontologia geral e também no caráter da regulamentação que cai nas leis. Temos uma referência quanto aos direitos da pessoa, que não podem ser legiferados por técnicas abstratas, já que não há atos abstratos aqui, mas sim, por princípios de liberdade pessoal discricionária no Estado. Isto é um princípio. As previsões é que devem ser sempre aplicadas no princípio, elas é

que devem ter um limite. Mas aqui isto é uma garantia, um princípio. Exemplo: suponhamos que A queira andar por todo o Brasil. Pode ele fazer isto? Em regra sim, uma vez que tem ele o direito de ir e vir. Entretanto, se ele está com uma doença infecto-contagiosa não poderá fazê-lo, pois poderá colocar em risco a vida de outras pessoas. Mas o princípio se interpreta de maneira extensiva, e a situação, de forma restritiva. Assim, uma técnica diferente se deve ter quanto às situações patrimoniais, em certos casos. Neste caso, é possível se expressar com princípios gerais. Quanto às situações pessoais isto não serve. O juiz não poderia aplicar os princípios constitucionais, os valores fundamentais da maneira mais equilibrada nestes casos. A Constituição Italiana superou o princípio *neminen licet ignorare ius* com a determinação de que se note, por meio do uso do princípio da razoabilidade, ser aquele ato ilícito. Se isto ocorrer, com certeza a alegação do agente de que desconhecia o preceito legal é descabida. No homicídio isto parece bastante claro (não é necessário se saber onde está a norma penal sobre o assunto para se denotar a ilicitude deste ato). Entretanto, no Direito Tributário uma pequena norma pode tratar de um aspecto de ilicitude, e aí o caso é completamente diferente. Esta técnica legislativa dá crédito à alegação do agente de que desconhecia a lei, erigindo-se a escusativa que quebra o princípio *ignorantia legis neminem excusat*.

3) Para formular esta questão vou usar como premissa três momentos elencados pelo senhor em sua palestra, a saber, o Código enfatizador da propriedade (que teve como momento máximo o Código Napoleônico de 1804), o Código enfatizador da produtividade (do contrato entendido dinamicamente e da empresa) e as Constituições dos Estados na atualidade, ou seja, o Direito Civil girando em torno da pessoa humana como seu valor fundamental. Qual será, então, o quarto fundamento? Para onde caminharemos? Qual será o Direito Civil do Terceiro milênio? Qual o futuro da ciência civilística?

Não sou um futurista (risos). Há muitos anos organizamos um convênio sobre o Direito e a sua organização no futuro, e não foi grande coisa. A quarta fase... Eu acho que vamos assistir à globalização econômica, à globalização cultural e, pois, à necessidade de superar as concepções nacionalistas e estadualistas. Ainda na Itália se ensina a doutrina do Estado, mas esta doutrina do Estado hoje tem sentido relativo. Deveríamos estudar a doutrina de organização das sociedades (Qual? As nacionais? As internacionais?) O Estado está perdendo as suas prerrogativas. Vide o caso da Europa em confronto com a realidade dos Estados Unidos. Fazer moeda é ato de soberania (cabe ao Estado produzir a moeda que circula em seu território). Pois bem, a Europa conhecerá a moeda única, com o que vemos estar esta prerrogativa estatal derrogada. O Ministério da Defesa dos Estados tem atividades restritas, exceto à atuação da polícia, que não é uma atividade própria dele, na maior parte dos Estados. Na Europa há a

representação de todos os Estados Nacionais para desatar tais nós. Neste contexto continuaremos falando de Código Civil Brasileiro e de Código Civil Italiano. São identidades locais importantes a serem respeitadas, identidades locais importantes, mas que fazem sentido apenas quando ligadas à globalização da produção.

A quarta fase do Direito Civil não é tanto de mutação valorativa, mas sim de sua atuação efetiva. Ao afirmarmos o Direito da Pessoa limitamo-nos a afirmar tal princípio à realidade. Em verdade o princípio tem pouca atuação quando delimita situações. Os organismos de Estados governamentais nacionais e internacionais nesta nova ordem devem buscar exercer os direitos da pessoa de forma efetiva. Só assim chegaremos ao desenvolvimento da pessoa humana e de sua dignidade. O Estado, hoje, para ela se vira. Num mundo que atualmente se caracteriza por abissais injustiças sociais (gerando, inclusive, esta sorte de conflitos), falar nos direitos do ser humano pode ser um bom exercício teórico, mas de pouca valia prática. Deve haver *engenheiros* locais (constitucionais) para proporcionarem a organização do Estado Social no sentido de fazer efetivo o princípio da dignidade da pessoa humana. A fundamentação da distinção entre norte e sul, englobando as cidades dos países do mundo, não é só entre quem tem e quem não tem riquezas. É possível fazer quem tem barriga cheia ter barriga vazia. Mas há outro erro mais grave, qual seja, a liberdade da ignorância. Se não realizarmos a liberdade da ignorância dificilmente conseguiremos realizar a liberdade da realidade. Por isto a liberdade da ignorância trata da difusão da cultura pelo mundo. Quantos no mundo sabem o que falamos? Se nós não chegarmos a difundir a cultura (nas suas vertentes católica, marxista, liberal, entre outras) a maioria não conseguirá se libertar disto. O importante (com que todos devem concordar) é a questão do valor da pessoa.

Na quarta fase cada um dá a sua contribuição para que tais valores se realizem efetivamente. Os juristas têm nesta tarefa um máximo poder e uma máxima responsabilidade.

4) A Constituição Brasileira, tal qual a Constituição Italiana, elegeu a dignidade da pessoa humana como o valor fundamental do ordenamento jurídico. Como proceder o interesse diante da colisão entre os princípios fundamentais nas hipóteses em que ambos os princípios reconduzem à tutela da pessoa humana?

Esta é a pergunta mais difícil e mais interessante; meus cumprimentos a quem a colocou. Façamos um exemplo, com os direitos de ser informado e o direito à liberdade de imprensa. Ambos inspiram o direito à pessoa humana. A liberdade de imprensa é a máxima expressão da liberdade de opinião, logo é manifestação da pessoa. Verdade também é que também se organiza na atividade da empresa. O jornalista, no momento em que ele escreve um artigo, trata

de exercer o seu direito à informação. O direito à informação não existe sem o direito a ser informado dos indivíduos em sociedade. Quanto mais se informa mais se tem direito a ser informado. Mas há certos casos em que a uma pessoa se dá o direito à privacidade, outro direito imanente ao ser humano. Há assim, três problemas a serem enfocados, quais sejam, o direito de informar, o direito de ser informado e o objeto da informação (pode ser a respeito de uma pessoa ou não). Como resolver isto? Não há, é claro, uma receita mecânica. A atividade hermenêutica não é uma atividade mecânica, mas sim um jogo de princípios. Dizem as Cortes Constitucionais da Alemanha e da Itália que deve se proceder nestes casos a um balanceamento de valores sobre o caso. Se a pessoa de quem se fala nesta informação é um político, tem o indivíduo mais direito de saber o que com ela se passa do que se a informação fosse a respeito de um indivíduo qualquer. Mas até em sendo político há uma reserva a essa voracidade de informação, destinada à sua imagem. Exemplo: se sou liberal, o jornalista não pode escrever que eu sou um não-liberal ou um aliberal. Aqui tenho um direito à retificação da notícia. Mas se sou qualquer pessoa e o jornalista vai fundo na minha vida buscando informações que nada interessam à sociedade, tenho eu direito à privacidade. Eu fui violado nisto. Se o sujeito é, por sua vez, o Presidente da República dos Estados Unidos, seus fatos devem ser analisados, dadas as relações de confiança entre a sociedade e o governante. Deve se expressar um correto balanceamento de valores diferentes quanto à tutela da pessoa. Muito útil aqui é o trabalho da jurisprudência, no tocante aos princípios extraídos das Cortes Jurisdicionais (o balanceamento de valores pelo qual se resolvem os problemas individualmente, caso a caso). Eis a questão central.

5) Durante a conferência houve muitas referências a valores e princípios. Os valores são normas jurídicas e, portanto, dotados das características destas, como a coercibilidade. Em sendo assim, como exercê-los? O que utilizar como referência se acima dos valores nada mais há?

Quando nós falamos de valores pelo menos eu tentei falar de valores quase em contraposição aos bens. A Teoria dos Bens por nós, civilistas, é estudada antes de mais nada nos Direitos Reais. A Teoria dos Bens, os Direitos Reais, o Direito das Obrigações, os interesses patrimoniais, eis os grandes assuntos que mexem com os civilistas, principalmente a Teoria dos Bens e a Teoria dos Interesses Patrimoniais. Os valores, em senso lato, podem ser definidos como bens primários; não são bens patrimoniais. Os valores são um conjunto de interesses não-patrimoniais que devem ser tutelados porque estruturam-se coligados à existência e à vida da pessoa. Então, para as situações patrimoniais há os bens (*stricto sensu*), e para as situações não-patrimoniais há os valores. E os valores são normas. Se nós dizemos isto, podemos ser qualificados de jusnaturalistas. As normas protegem valores, encarnam-nos. Os princípios nor-

mativos enunciam valores. Sob este perfil, os valores são normas, mas não por terem valor normativo *de per si*. Há valores que não existem no ordenamento jurídico e que, portanto, não são normas. Valores são normas porque são justificativas delas, o motivo de sua existência. Devemos, então, conhecer duas hierarquias, quais sejam, a das pontas legislativas (normas constitucionais, normas ordinárias, etc.) e a de valores. No sistema jurídico-normativo aprendemos a honrar a hierarquia de valores. Também o direito à propriedade é um princípio, também a iniciativa privada é um princípio. Entretanto, se não dissermos, como disse a Carta Constitucional Italiana, que a iniciativa econômica privada deve se exercer para realizar uma utilidade social, e não para lesar a liberdade, a dignidade e a segurança do ser humano, não descobriremos que entre a atividade empresarial, expressa na iniciativa econômica privada (contendo um valor, um bem *lato sensu*) e a liberdade, a dignidade e a segurança do ser humano (outro valor) existe uma hierarquia. Aquele não pode se desenvolver sem esta. Na hierarquia de valores os valores referentes à pessoa humana vêm antes dos valores referentes ao patrimônio. Este é instrumental, aquela é essencial. Além da pessoa humana só há Deus. Não conheço um valor mais alto do que o da pessoa humana no mundo em que vivemos. Claro que há os valores do respeito ao meio ambiente, aos animais e às plantas, mas no principal o que se deve respeitar é a pessoa humana. Quem acredita em outros valores mais profundos que este está diante de um problema metafísico, que não diz respeito ao ordenamento regional. Desta forma, num conflito de valores relativos à pessoa humana e relativos ao patrimônio, aqueles vencem estes.

6) O senhor enfatizou ser o direito à pessoa humana o centro do ordenamento. De fato o princípio da dignidade da pessoa humana é básico nas Constituições Brasileira e Italiana. Além disto o senhor mencionou decisões das Cortes Constitucionais Alemã e Italiana. Vamos agora a um caso prático. Em alguns casos sobre a interrupção da gravidez de uma mulher, por parte do médico, a criança que veio a nascer foi considerada um dano, com o que considerou-se o médico responsável pelo erro. Em termos formais há outras soluções, mas a conseqüência jurídica disto é a de que esta pessoa é um dano. Na França, pelas informações que pude obter, a Corte não chegou a tal solução. Gostaria de saber a sua opinião a respeito do assunto.

Celina, você é má (risos). Não acredito que isto possa ser considerado um dano. Mas temos de fazer um esforço maior ainda. Os civilistas acham que o dano só é conseqüência do ilícito. Não é assim. O dano também pode ser conseqüência de uma atividade lícita, porque ela cria grandes dificuldades, grandes problemas à vítima. Aqui, pode se pedir ressarcimento sem que o ato gerador do resultado seja considerado um ilícito. O próximo passo que se deve ter é a superação subjetiva com a maior identificação com aquela pessoa. Se

lermos os livros mais antigos relembraremos que os interesses da pessoa no campo do Direito se dão também depois de morta (daí a figura pessoal do defunto) porque a personalidade também é a exposição do Direito que não existe mais. Assim, no que diz respeito ao concebido, raciocinamos que o sujeito de direito se identifica com a capacidade jurídica e esta, com o nascimento com vida. Logo, sujeito de direito é aquele que nasce. Mas há casos próprios. Exemplo: a doação em prol de um ente não conhecido. O interesse pode viver até prescindindo do titular dos direitos. Daí é um valor. Precisamos, então, de ver se este valor da pessoa tem que ser balanceado com um outro valor (a integridade física da mãe, no caso citado) e outros valores. Em outras palavras: é um valor a ser tutelado a ferro e fogo ou em balanço com os outros? É um valor principal: não é o nada — eis uma opinião. Outra: não pode ele ser tutelado a qualquer preço. Nem tudo é subjetivismo jurídico. A personalidade jurídica é a atitude de ser titular de direitos e de deveres. Este é um perfil apenas estrutural. Trata-se de um centro de estrutura subjetiva, enquanto a pessoa humana é um valor. Tal é a diferença.*

* *Palestra proferida em 25 de agosto de 1998, no salão nobre da Faculdade de Direito da UERJ — Degravada pelo Acadêmico Alexandre Helvécio Ferreira Monteiro Machado.*

DIREITO À HABITAÇÃO E DIREITO DE PROPRIEDADE

RICARDO PEREIRA LIRA

Considerações Introdutórias

1. Não é de hoje que em conferências nacionais da OAB, realizadas em anos anteriores, em palestras feitas no estrangeiro e em nosso país, temos chamado a atenção para o gravíssimo fenômeno do aumento descontrolado da densidade populacional nos centros urbanos[1].

A situação só se tem agravado e a realidade é que os urbanistas, os planejadores urbanos e os juristas, sobretudo no Brasil, não dedicam à questão a atenção que ela merece.

Como noticia a mídia, segundo projeções da Organização das Nações Unidas(ONU), em 2015, haverá no planeta 27 megalópolis com mais de 10 milhões de habitantes cada uma, onde a primeira delas será Tóquio, com 27 milhões e 800 mil habitantes. São Paulo aparece, na previsão, em terceiro lugar, com 17 milhões e oitocentos mil habitantes, e o Rio de Janeiro consta do elenco como vindo a ter 10 milhões e 200 mil habitantes![2]

São na maioria cidades que presentemente não têm tratamento de esgoto, coleta de lixo, hospitais, escolas e transporte público suficientes para atendimento de sua população.

1 Conferência pronunciada em Macerata, na Itália, no evento comemorativo dos 700 anos da Università Degli Studi di Macerata, em 1991, publicado no Brasil sob o título "Campo e Cidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro", ed. Riex, s/d, págs. 41/46, reproduzida no livro "Elementos de Direito Urbanístico", ed. Renovar, 1997, págs. 339/343; Anais da XVI Conferência Nacional da OAB, realizada em Fortaleza, Ceará, págs. 825/827; "Missões da Universidade: A Reforma Agrária e a Reforma Urbana", edição da Universidade do Estado do Rio de Janeiro — UERJ, 1997, págs. 19/22.

2 Revista VEJA, 28.07.1999, "Favelões Urbanos", pág. 70 e seguintes.

Jacarta, na Indonésia, já conta com 14 milhões de habitantes e o esgoto corre a céu aberto na cidade.

As projeções do Banco Mundial indicam que dentro de quinze anos Bombaim, na Índia, terá 27 milhões de habitantes, a maior parte deles miserável, exposta a epidemias de tifo e esquistossomose.

Em São Paulo, além da poluição, sujeira, alarmante violência urbana, os problemas de trânsito levam a cidade à beira da inviabilidade.

No Rio de Janeiro, além da sujeira, extrema violência urbana, déficit clamoroso na prestação dos serviços de saúde pública e educação, desponta significativo o déficit habitacional.

Desde alguns anos, os morros da Cidade do Rio de Janeiro se encontram dominados pelo tráfico de drogas, as guerras entre os grupos de traficantes é cíclica, com o sacrifício de cidadãos pelas balas perdidas, e as chacinas são uma constante, praticadas pelos grupos de extermínio. Há um poder paralelo, que confronta a autoridade formal, e a polícia nem sempre está imune à traficância.

É preciso, portanto, reinstitucionalizar a cidade, devolvendo-a a padrões de qualidade de vida aceitáveis

No Brasil, a Constituição da República de 1988 deu à cidade as galas de um tratamento constitucional, através de um programa de política urbana, que precisa deixar de ser letra morta, para ser instrumento de política pública.

Entre nós, jamais houve uma política habitacional definida e consistente, que viesse gradativamente sendo implantada, em consonância com uma política de desenvolvimento coerente e democrática.

Entre os problemas mais graves que envolvem em nosso país o crescimento demográfico está o déficit habitacional, que alcança, segundo dados não oficiais, a casa de 10 milhões de unidades!

Parece não haver dúvida quanto ao fato de que o Plano Real teria produzido um certo aumento no poder aquisitivo das classes mais pobres, todavia, parece claro que, com o esfacelamento da indústria nacional, o desemprego elevado, e outras circunstâncias correlatas, aumentou imensamente o contingente dos excluídos, que, sem teto, sem saúde, sem educação, sem o exercício de qualquer parcela de cidadania, foram ejetados para a miséria absoluta.

Entre os direitos que hão de ser preferencialmente atendidos está o direito de habitação, o direito de moradia, que há de ser propiciado a essa massa de seres humanos, sem abrigo de qualquer natureza, sem teto, sem abrigo, vivendo ao relento, morando nas ruas, sob os viadutos, e que nem acesso às favelas conseguem ter. São os personagens da imensa exclusão social, que vitima grande parcela daquelas pessoas que vivem sem a mais mínima parcela de cidadania.

O mínimo que se lhes pode oferecer é o direito de habitação, que, a nosso ver, é um direito individual, assegurado pela Constituição da República.

2. O direito de habitação, o direito à moradia, o direito ao mínimo de abrigo, o "shelter" (como dizem os anglo-saxônicos) é um direito individual assegurado na Constituição da nossa República, por isso que é instrumento indispensável à formação elementar da consciência de cidadania, instrumento indescartável na realização dos fundamentos da República, pois só com essa salvaguarda mínima se pode preservar a dignidade da pessoa humana (Art. 1º, inciso III, da Constituição da República de 1988), se pode erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais (Art. 3º, inciso III, da Constituição da República.).

Se todos são iguais perante a lei (Art. 5º, caput, da Constituição, se a casa é asilo inviolável do indivíduo (Art. 5º, inciso XI, da Constituição), é evidente que todos têm direito a esse asilo e a essa inviolabilidade.

Só essas considerações seriam suficientes para considerar o direito de habitação um direito individual assegurado pela Constituição.

Admita-se, gratia argumentandi, não estivesse ele inequivocamente previsto entre os direitos individuais elencados nos vários incisos do Art. 5º, da Constituição.

Ainda que se acolhesse tal objeção, o direito de habitação estaria entre aqueles direitos implícitos referidos no Art. 5º, § 2º, da Constituição, insculpido nos seguintes termos:

"Art. 5º.....

§1 .....

§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

3. É, por outro lado, evidente, que o direito de habitação é também instrumento inafastável do desenvolvimento urbano e, conseqüentemente, do direito ao desenvolvimento.

A Declaração sobre o Desenvolvimento Urbano (1986), em seu Art. 1º, reconhece o direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa humana e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades possam ser plenamente realizados. Na conformidade do Art. 2º dessa Declaração, a pessoa humana é considerada como o sujeito central do desenvolvimento e deveria ser participante ativo e beneficiário do direito ao desenvolvimento. Quanto aos Estados é atribuído o dever de formular políticas nacionais adequadas ao desenvolvimento, que visem ao constante aprimoramento do bem-estar de toda a população e de todos os indivíduos, com base em sua participação

ativa, livre e significativa no desenvolvimento e na distribuição eqüitativa dos benefícios daí resultantes.

O Art. 8º dessa Declaração atribui aos Estados o dever a nível nacional de tomar as medidas necessárias para a realização do direito ao desenvolvimento, e de assegurar a igualdade de oportunidade para todos em seu acesso aos recursos básicos, educação, serviços de saúde, alimentação, habitação (o destaque é nosso), emprego e distribuição eqüitativa de renda. Medidas efetivas devem ser tomadas para assegurar que as mulheres tenham um papel ativo no processo de desenvolvimento. Reformas econômicas e sociais apropriadas devem ser efetivadas com vistas à erradicação de todas as injustiças sociais. A defesa da democracia participativa e da cidadania ativa está prevista no inciso 2, do Art. 8º, que preceitua como dever dos Estados encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante do desenvolvimento e da plena realização do homem.

A Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento acima aludida foi adotada pela Resolução 41/128, da Assembléia das Nações Unidas.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, de 1966, de que o Brasil é signatário conforme o Decreto 572, de 06/07/92, estipula, no seu Art. 11, que "é reconhecido pelos Estados-partes do presente Pacto o direito de toda a pessoa a um nível de vida adequada, para si próprio e sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida, obrigando-se a tomar medidas apropriadas para assegurar a consecução desses direitos, reconhecendo para esse fim a importância essencial da cooperação internacional".

A Agenda Habitat (1996), adotada na II Conferência das Nações Unidas sobre Assentamentos Humanos — Habitat II, proclamou o desenvolvimento sustentável nos assentamentos humanos[3].

Dir-se-á que esses atos internacionais de que participou o Brasil, sobre desenvolvimento urbano, econômico, social e cultural, são pactos e declarações, não se inserindo no nível de tratados para os fins do Art. 5º, § 2º, da Constituição do Brasil de 1988. Assim o direito de habitação, embora consagrado em alguns desses atos internacionais, não consubstanciaria direito individual implícito para os fins do aludido texto constitucional.

Ainda que assim se possa considerar, o direito de habitação continua sendo um direito individual à luz do dito Art. 5º, § 2º, da Constituição: um direito

3 Os dados relativos a esses atos internacionais foram colhidos em "Novas Perspectivas do Direito Urbanístico Brasileiro. Ordenamento Constitucional da Política Urbana. Aplicação e Eficácia do Plano Diretor", de Nelson Saule Jr., ed. Sérgio Antonio Fabris Editor, 1997, pags. 63 e seguintes.

individual implícito decorrente do regime e dos princípios pelo texto maior, ou seja preservação da dignidade humana, erradicação da pobreza e da marginalização, redução das desigualdades sociais e reconhecimento da efetivação do direito de habitação como pressuposto inafastável de expressão da cidadania.

É curial que esse direito de habitação não pode ser entendido como exercitável contra o Estado, como obrigação positiva específica a ser por ele adimplida, pois será através de uma política consistente de desenvolvimento urbano, como parcela de realização do desenvolvimento econômico, social e cultural, que se chegará à meta optata, que constituem, na sua gama de princípios, os já citados fundamentos da República.

Não há um direito subjetivo individual à imposição ao Estado de uma política urbana e habitacional, quando estarão em jogo decisão política e disponibilidade de recursos alocáveis a essa política.

Vale, contudo, consignar que, sempre que possível, quando não estejam em jogo as circunstâncias impedientes antes mencionadas, o direito de habitação pode aparecer em toda a sua plenitude, como, por exemplo, em um caso concreto, posto perante o Estado, em que este, operando como Poder Judiciário, deva decidir entre a prevalência do direito de habitação sobre uma propriedade não utilizada ou pouco utilizada, que não observa a sua função social, caso em que, pelas razões acima deduzidas, deve ser prestigiado o direito de habitação.

Há precedentes judiciais consagrando esse prevalecimento do direito de habitação em face de uma propriedade a serviço da especulação imobiliária.

O direito de propriedade

4. Os pressupostos do desenvolvimento urbano levam necessariamente a uma concepção de propriedade em que ela não é uniforme, mas variável, nos contornos de sua senhoria, conforme o bem objeto do domínio seja um bem de uso ou de consumo, de um lado, e do outro a propriedade tenha por objeto um bem de produção ou um bem de capital.

Por força dessa razão, SALVATORE PUGLIATTI fala em propriedade e propriedades[4].

Essa concepção está bem presente na Constituição do Brasil de 1988, cuja leitura atenta deixa perceber essa distinção, bastando verificar o tratamento específico que merecem a propriedade agrária e a propriedade urbana, no texto constitucional vigente.

4 Pugliati, Salvatore, "La Proprietà nel Nuovo Diritto", Ristampa, Milano, Dott. Giuffré Editore, 1964, págs. 145 e seguintes.

É dever indeclinável do Estado, até mesmo em função dos atos internacionais em que se obrigou à adoção de uma política de desenvolvimento, fixar uma política habitacional, prevendo os novos instrumentos urbanísticos que possam conduzir a uma ocupação do espaço urbano equânime e justa, partindo exatamente do direito de habitação, reconhecido como um direito individual garantido pela Constituição, e partindo de uma noção contemporânea e democrática do direito de propriedade.

Alguns instrumentos urbanísticos

5. Vejam-se alguns desses instrumentos que podem ser alvitrados quando se pense na necessidade de racionalizar os assentamentos urbanos nas grandes cidades. E por que não dizer também nas pequenas e médias cidades?

Plano-diretor

6. Vale, como antessuposto de tudo o que se dirá adiante, observar que a ocupação do espaço urbano não se pode fazer aleatoriamente, impondo-se a formulação de um plano-diretor, consubstanciando um planejamento essencial à apropriação equilibrada do dito espaço, sem exclusões e segregações sociais, editado em nível legislativo assecuratório de sua não modificação por influência de interesses conjunturais.

No concernente aos instrumentos jurídicos a serem cogitados em uma política de ocupação, razoável e justa, do espaço urbano, podem ser enumerados os seguintes, sem pretensão de exaurir a listagem: direito de superfície, concessão do direito real de uso, edificação e parcelamento compulsórios, direito de preempção, operação interligada, urbanização consorciada, imposto progressivo sobre a propriedade urbana, o solo criado e o usucapião especial urbano.

O direito de superfície

7. A forma mais conveniente e direta de definir o direito de superfície será partindo do fenômeno da acessão, que deita suas raízes no direito romano.

Por força desse princípio tudo aquilo que acede permanentemente ao solo passa a ser da propriedade do dono do solo, por mais valioso que seja o incremento.

Existindo em determinado ordenamento jurídico o direito de superfície, duas pessoas podem convencionar entre si que a primeira possa construir sobre

o terreno de propriedade da segunda, de tal forma que a edificação seja do domínio daquela e o lote permaneça no patrimônio desta. Os sistemas poderão estabelecer que a pactuação seja perpétua ou provisória. No caso da superfície perpétua, haverá uma interrupção dos efeitos da acessão. No caso da superfície temporária, haverá uma suspensão dos efeitos da acessão.

Através do direito de superfície, é possível negocialmente separar o direito de construir do direito de propriedade do lote, pois quem constrói é o que recebe a concessão (superficiário). Exercido o direito de edificação, identificam-se duas propriedades: a propriedade do terreno, de que é titular o concedente; a propriedade da construção (propriedade superficiária), de que é titular o concessionário-superficiário. O instrumento é valioso por isso que amplia o leque de possibilidades de utilização da propriedade imobiliária, com as garantias de um direito real. O proprietário de um determinado terreno, pela aplicação do instituto da edificação compulsória, e pela lei de uso de solo vigente, tem a obrigação de edificar no aludido terreno, mas não dispõe de recursos ou por qualquer outra razão não deseja fazê-lo. O resultado urbanístico poderá ser obtido pela concessão do direito de superfície, remuneradamente a alguém, que se interesse pela construção naquele local, permanecendo com a propriedade da edificação durante o prazo ajustado na convenção, findo o qual a propriedade ingressa no patrimônio do dono do terreno, com ou sem indenização, dependendo das cláusulas da convenção.

Há sistemas que admitem a concessão da superfície no subsolo. Quando assim seja, uma municipalidade, titular de uma gleba, poderá dar em superfície a uma empresa a área superior para construção de um hospital de grande porte, a ser explorado pela dita empresa pelo prazo de 99 (noventa e nove) anos, findo o qual o complexo hospitalar ingressará gratuitamente no patrimônio da municipalidade. Na mesma gleba, a municipalidade poderá conceder o subsolo em superfície, para implantação de uma imensa área de estacionamento a ser utilizada, remuneradamente, pelos usuários do hospital.

São inúmeros os proveitos que se podem extrair, urbanisticamente, do direito de superfície.

A concessão do direito real de uso

8. A concessão do direito real de uso é o contrato pelo qual se transfere, a título de direito real, a fruição temporária, por prazo certo ou indeterminado, de terreno público ou particular, remuneradamente ou não, para fins específicos de urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, ou outra utilização de interesse social.

É semelhante ao direito de superfície e, segundo equivocadamente pensam alguns, seria o próprio direito de superfície. Todavia, identifica-se entre os dois institutos um ponto de diferença substancial. É que no direito de superfície ocorre a suspensão ou interrupção dos efeitos da acessão, o que significa dizer que o incremento é propriedade do superficiário, sendo, portanto, hipotecável. Tal não acontece na concessão do direito real de uso.

As utilidades desse instituto podem igualmente ser valiosas, sobretudo em uma política de regularização fundiária, para titulação de áreas de assentamento de populações de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares do ponto de vista dominial), prevendo-se no final do prazo da concessão uma opção de compra, com o que se ensejará a essas populações o acesso à propriedade da terra urbana.

A edificação e o parcelamento compulsórios

9. A edificação ou o parcelamento compulsórios são institutos da maior importância.

O primeiro deles importantíssimo como arma eficaz na repressão à especulação imobiliária. Em determinadas circunstâncias, relativamente a imóveis incluídos na lei de uso do solo urbano, o não-uso deixa de ser manifestação do exercício do domínio. Assim, o proprietário pode ser notificado para edificar, dentro do prazo estabelecido em lei, sob pena de desapropriação, devendo ser deduzidos do preço desta os benefícios hauridos pelo expropriado como resultado da especulação praticada.

O segundo deles, que possibilita o parcelamento compulsório, também pode valer como arma de repressão à especulação, e como fator de induzimento à densificação urbana, onde esse fenômeno seja desejável.

O direito de preempção

10. O direito de preempção consiste no direito de preferência que o município passa a ter, relativamente a imóveis em determinadas áreas definidas na lei de uso do solo urbano, na aquisição de imóvel urbano, objeto de transação entre particulares.

Não se verifica propriamente uma prelação, pois o município pretendente à aquisição não ficaria jungido ao preço imperante na operação ostensiva entre os particulares, reservando-se o direito de promover um arbitramento judicial para apuração do valor real de mercado apresentado pelo imóvel. Esse o ponto sensível desse instituto, pois esse arbitramento poderia tomar razoável tempo,

constituindo um fator de embaraço na circulação imobiliária, um fator de entrave na circulação da riqueza.

A concepção é urbanisticamente válida. O município sabe da vocação da expansão urbana em determinado sentido, e assim passa desde logo a adquirir imóveis em negociação entre particulares em condições mais vantajosas por que faria se já consumada naquela área a expansão prevista.

A operação interligada

11. Constitui operação interligada a alteração pelo Poder Público, nos limites e na forma definidos em lei, de determinados parâmetros urbanísticos, mediante contrapartida dos interessados, igualmente definida em lei.

Essa contrapartida poderá assumir a forma de (a) recursos para fundo municipal de desenvolvimento; (b) obras de infra-estrutura urbana; (c) terrenos e habitações destinados a populações de baixa renda: (d) recuperação do meio ambiente ou do patrimônio cultural.

A operação interligada, desde que criteriosamente aplicada, pode trazer benefícios urbanísticos à comunidade.

A urbanização consorciada

12. A urbanização consorciada será utilizada em empreendimentos conjuntos da iniciativa privada e dos poderes públicos, sob a coordenação desses últimos, visando à integração e à divisão de competência e recursos para a execução de projetos comuns.

Pode consubstanciar interessante forma de parceria entre a iniciativa privada e o Poder Público, com vistas à implementação de projetos urbanísticos.

O imposto progressivo

13. O imposto progressivo sobre a propriedade urbana pode configurar interessante forma de indução à atividade de construção, quando seja ela de interesse para o Poder Público.

O solo criado

14. Veja-se agora o solo criado.

Cria-se solo quando se gera área adicional de piso artificial, não apoiada diretamente sobre o solo natural.

Cria solo quem cria piso artificial.

Urbanisticamentre a idéia do solo criado pressupõe a adoção de um coeficiente único de aproveitamento do solo em determinada municipalidade ("plafond legal de densité").

Partindo-se dessa premissa, pode alcançar-se a noção stricto sensu de solo criado, quando se terá que solo criado é o excesso de construção superior ao limite estabelecido pela aplicação do coeficiente único de aproveitamento.

Todo aproveitamento de terreno, no subsolo, no solo e no espaço aéreo, implicando *criação de solo* (piso artificial além do limite), desde que consentida pelas condições peculiares do solo municipal, consubstanciará para o beneficiário obrigação de dar à comunidade uma contraprestação pelo excesso de construção, que geralmente determina uma sobrecarga sobre o equipamento urbano, implantado e operado às expensas de todos.

Essa contraprestação — onerando o beneficiário do solo criado — deverá preferencialmente ser representada pela cessão à comunidade de área correspondente ao excesso artificial gerado, para que ali se criem áreas verdes, se instalem equipamentos comunitários, se instituam praças, escolas, parques, módulos de lazer, etc...

Essa a versão urbanística do solo criado, em que o criador do solo artificial compensa a coletividade, pelo *plus* que consentidamente pratica, com a cessão de espaço correspondente em favor do grupo social.

Se, nas condições locais, for impossível a compensação em espaço comunitariamente útil, poder-se-á tolerar a versão financeira do solo criado (solução adotada no Código de Urbanismo francês), pela qual o criador do solo verteria à comunidade certa importância em dinheiro.

Para os titulares de imóvel tombado, com índice de ocupação do lote inferior ao coeficiente único, se admitiria a *cessão do direito de construir* correspondente ao saldo de impossível utilização em razão da existência do tombamento.

Embora sofisticado e exigindo manipulação registrária muito apurada, o instituto do solo criado pode apresentar-se como instrumento útil, sendo forma de controle do adensamento urbano, da utilização desordenada de lotes sem atenção aos equipamentos urbanos subjacentes, e, finalmente, pode constituir-se em meio razoável de volta de áreas ao Poder Público, sem a necessidade de vultosas expropriações (no caso do solo criado em sua *versão urbanística*), inclusive para o estabelecimento de áreas verdes e implantação de equipamentos comunitários.

Partindo-se da concepção do solo criado, imagina-se a instituição da possibilidade jurídica da *transferência do direito de construir*.

O usucapião especial urbano

15. Finalmente, o usucapião especial urbano.

Por força desse instituto, aquele que possuir como sua área urbana até determinada extensão fixada em lei, por determinado prazo, ininterruptamente e sem oposição, utilizando-a para sua moradia ou de sua família, adquirir-lhe-á o domínio, desde que não seja proprietário de outro imóvel urbano ou rural.

Esse é um utilíssimo instrumento a ser utilizado em uma política de regularização fundiária em que estejam assentadas populações de baixa renda (favelas, mocambos, palafitas, loteamentos irregulares), ao lado de outros instrumentos, como, por exemplo, a concessão do direito real de uso, com cláusula de opção de compra.

O procedimento destinado a obter a declaração do domínio pela via do usucapião especial urbano deve ser simplificado na sua forma e aberto a soluções alternativas adotadas ao longo do processo mesmo.

16. No processo de ordenação do espaço urbano, especial atenção é de ser dirigida a uma política de regularização fundiária, destinada à titulação das áreas de assentamento de favelas, mocambos, palafitas e loteamentos irregulares, intensamente articulada com uma política de urbanização e saneamento dessas áreas.

A par disso, é de ser implantada prioritariamente uma firme política nacional de habitação e de transportes, endereçada ao atendimento das necessidades dos desprovidos, dos excluídos e da classe média pauperizada, com o que se darão os primeiros passos para evitar novas favelizações.

Por outro lado, nos países em que a reforma agrária ainda não se implementou, resulta evidente que aquela e a reforma urbana têm de ser pensadas articuladamente, sob pena de resultar inócuo todo o esforço desenvolvido para a ordenação do espaço urbano, que se revelaria inútil sem uma consistente política de fixação do homem no campo, através de uma política fundiária rural e de uma política agrícola.

Conclusão

17. O que vale salientar é que vários dos instrumentos acima, como, por exemplo, o solo criado, a edificação compulsória e a preempção urbanística, ainda não foram suficientemente testados em sua operacionalidade e adequação aos fins colimados, e na sua repercussão no mercado imobiliário e sua influência no mercado de trabalho na construção civil.

Por outro lado, como visto, outros, como o usucapião especial urbano, precisam ser agilizados e simplificados.

Quando se fale em gerenciabilidade das cidades, é fundamental se tenha plena consciência da eficácia positiva dos instrumentos jurídicos utilizados.

Por força dessa razão, é que me valho dessa oportunidade, quando se realiza mais essa Conferência Nacional de Advogados, para um convite à reflexão sobre os perfis dos aludidos instrumentos jurídicos, para o fim de que possamos cada vez mais estar próximos de uma cidade mais justa e humana, privilegiada por uma melhor qualidade de vida.

Obrigado pela paciência com que me ouviram.

Direito Comercial e do Trabalho

A RESPONSABILIDADE NA SOCIEDADE POR QUOTAS

ALEXANDRE FERREIRA DE ASSUMPÇÃO ALVES

1. A origem da sociedade por quotas 2. A responsabilidade limitada dos sócios na sociedade por quotas — tipicidade. 3. O ato constitutivo: cláusula obrigatória. Omissão. 4. A integralização da quota e a realização do capital social. Forma e prazo. A situação do menor. 5. A solidariedade entre os sócios quotistas. A ação de integralização. 6. Responsabilidade ilimitada.

1. As primeiras sociedades comerciais surgiram da associação de comerciantes ou de pessoas em cooperação com comerciantes para, mediante a conjugação de recursos, desenvolver uma atividade mercantil em prol dos partícipes, ainda que alguns não se obrigassem pessoalmente pelo resultado das operações praticadas.[1] Estes grupos eram constituídos em virtude da figura dos integrantes (*intuitu personae*), sendo um traço preponderante a responsabilidade ilimitada e solidária de uns, alguns ou de todos os sócios. A sociedade comercial era concebida como uma "associação" de comerciantes, expressão ainda presente em certos dispositivos do Código Comercial (arts. 289, 291, 311, entre outros) e não como uma realidade técnica, presente no mundo jurídico e com existência distinta de seus integrantes — pessoa jurídica.

A responsabilidade ilimitada dos sócios, peculiar aos tipos clássicos de sociedade, representava, por um lado, uma segurança para os credores, mas por outro era um grave obstáculo para os empreendedores que desejavam explorar

1 Tem-se, à guisa de ilustração, a sociedade em comandita, originária do contrato de comenda, e considerada o mais antigo tipo de sociedade comercial. No contrato de comenda apenas o sócio comerciante realizava as operações **em nome próprio**, obrigando-se ilimitadamente pelo resultado das transações. O resultado positivo da atividade deveria ser repartido com os sócios comanditários ou prestadores de capitais, muito embora estes não fossem declarados no contrato social, nem mencionados nas operações realizadas pelo (s) comanditado(s).

uma atividade comercial de grande vulto e, por conseguinte, ensejadora de um investimento maior. O insucesso acarretaria aos sócios não apenas a cessação da atividade social, mas o comprometimento subsidiário de seu patrimônio pessoal.

A necessidade da aglutinação de vultosos capitais em decorrência das grandes navegações nos séculos XVI e XVII, a fim de possibilitar a colonização e a exploração econômica dos novos territórios motivou a criação, por Carta Régia, das Companhias de Comércio ou sociedades anônimas[2], a primeira sociedade a admitir a responsabilidade limitada para todos os sócios. Tal fato representou uma profunda mudança no direito societário, permitindo a disseminação das sociedades comerciais e o aumento considerável do número de sócios, haja vista que, até então, os tipos clássicos exigiam poucos participantes, quase sempre comerciantes individuais, com ambições bastante modestas e de atuação local ou regional.

O acionista, por sua vez, embora pudesse limitar sua responsabilidade ao valor de suas ações, não tinha (e não tem), via de regra, papel preponderante na sociedade anônima, uma vez que o principal interesse da sociedade é o de atrair investimentos que possibilitem a exploração do objeto social, sendo a sociedade constituída mais em função da contribuição para a formação do capital do que a pessoa dos sócios em si.

Estas considerações de cunho histórico são de extrema importância para uma adequada compreensão da sociedade por quotas e das razões que determinaram sua criação por decisão legislativa.

A sociedade por quotas é bem mais recente no cenário das sociedades comerciais, se comparada com os outros tipos, e não é produto dos usos comerciais ou de decisão governamental, mas do legislador.

Seu aparecimento é derivado da necessidade que os pequenos e médios empreendedores do século XIX tinham de um tipo de sociedade que conferisse

2 Não há consenso na doutrina comercial acerca da origem das sociedades anônimas. A tese clássica do historiador Goldschmidt atribui à Casa ou Banco *di San Giorgio*, surgida no século XV em Gênova, o protótipo da sociedade anônima, pelo fato de terem sido as quotas dos membros no capital divididas em frações iguais e que, posteriormente, eram livremente negociadas (à semelhança das ações). Jean Escarra contesta essa versão e afirma que tal entidade sequer era uma sociedade, mas sim uma comunhão de interesses entre os credores da República de Gênova, cujos créditos foram reunidos e administrados por um conselho gestor que representava os comunhantes. De acordo com este jurista, a origem das sociedades anônimas está nas Companhias de Comércio, termo aliás empregado pelo Código Comercial (Título XV, capítulo II) como sinônimo de sociedade anônima, tradicionalmente no direito pátrio, inclusive na Lei nº 6.404/76, que trata da matéria hodiernamente (art.1º). Para maiores informações sobre o tema, cf. Fran Martins, *Curso de direito comercial*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 304.

a todos os sócios responsabilidade limitada, mas pudesse ser fundada e administrada de modo simples, passível de ser organizada por duas pessoas com um capital modesto, e sem necessidade de autorização especial para sua constituição, elementos ausentes na sociedade anônima na época. Para atender a todos esses anseios não havia nenhuma sociedade, pois a companhia de comércio exigia requisitos especiais de constituição e de gestão, e a sociedade em comandita por ações, criada com a finalidade de atender aos empresários de menor porte, exigia a presença de sócios de responsabilidade ilimitada, na qualidade de gerentes.

Coube ao legislador alemão, em 1892, a primazia no tratamento legislativo das sociedades por quotas ao editar a lei de 20 de abril, que permitia a constituição da *Gesellschaft mit Beschränkter Haftung* (G.m.B.H.), denominada no direito brasileiro, por influência da lei portuguesa de 11 de abril de 1901, sociedade por quotas de responsabilidade limitada.

A sociedade por quotas é, praticamente, o único tipo de sociedade que se constitui nos dias atuais no Brasil[3], sendo que uma das razões que contribuiu para sua rápida disseminação e adoção pelos empresários brasileiros é a responsabilidade limitada dos sócios quotistas, responsabilidade esta bastante diferente da atribuída pelo texto legal aos acionistas, como será exposto oportunamente, embora persistam muitas dúvidas e opiniões equivocadas entre aqueles que desconhecem seu tratamento jurídico.

2. Observa com acuidade Carlos Fulgêncio da **Cunha Peixoto** que não é possível conceber uma noção universal de sociedade por quotas a partir do direito alemão; seu conceito deve ter em vista a lei de cada país, haja vista que, "de maneira geral, seus característicos divergem de uma legislação para a outra".[4]

Assim o é ao examinar-se o octogenário Decreto nº 3.708, de 10 de janeiro de 1919, resultado do projeto de lei nº 287, de autoria do deputado gaúcho Joaquim Luis Osório. O *nomen juris* — sociedade por quotas de responsabilidade limitada — é influência direta da lei portuguesa de 1901 e não guarda identidade com o direito alemão, como também diverge da norma contida no art.2º da lei brasileira referente à responsabilidade dos sócios. Ao contrário de

3 Decorridos oitenta anos da instituição da sociedade por quotas no Brasil, este é praticamente o único tipo de sociedade adotado, conforme demonstram os dados estatísticos do Departamento Nacional do Registro do Comércio (DNRC). Em 1998, das 226.902 empresas constituídas, 223.663 ou 98,57% foram sociedades por quotas, das quais 20.127 no Estado do Rio de Janeiro. Os dados estatísticos foram colhidos na página do DNRC na Internet (http://www.dnrc.gov.br)

4 PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da Cunha. *A Sociedade por Cota de Responsabilidade Limitada*. Vol.1. Rio de Janeiro: Forense, 1956, p. 50.

outros países, na sociedade por quotas concebida pelo legislador brasileiro não há número máximo de sócios, nem valor mínimo para o capital[5].

Os aspectos mais relevantes da sociedade por quotas, de acordo com o diploma que a disciplina, são:

- a responsabilidade limitada dos sócios à importância do capital declarada no contrato;
- o uso da firma ou denominação, seguida sempre da palavra "limitada";
- a responsabilidade solidária e ilimitada de todos os sócios pela parte que faltar para a integralização do capital, **em caso de falência**;
- o ato constitutivo deve ser elaborado com base nos dispositivos do Código Comercial, mas podem os sócios invocar, na omissão da lei e do contrato social e, no que com este for compatível, os dispositivos referentes à sociedade anônima (art.18).

O primeiro aspecto é aquele que imprime feição singular à sociedade por quotas. Diferentemente da maioria dos países, inclusive da própria Alemanha, a lei brasileira não circunscreve a responsabilidade dos quotistas ao valor nominal de suas quotas e sim **ao valor total do capital da sociedade**. Faz-se mister um esclarecimento do alcance desta norma e de sua exata compreensão.

Verifica-se, notadamente entre os pequenos empreendedores, um certo desconhecimento do verdadeiro sentido do dispositivo legal, especialmente em relação ao vocábulo "total". De acordo com o jurista mineiro João **Eunápio Borges**[6] "**cada sócio obriga-se solidariamente pela integralização do capital social. De** *todo* o capital e não apenas de sua cota." Traço marcante e peculiar a este tipo societário e bastante diverso da responsabilidade dos acionistas nas sociedades por ações.

A responsabilidade do sócio na sociedade por quotas, embora limitada, não é idêntica a do acionista; enquanto este responde pessoalmente até o preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas (art.1º da Lei nº 6.404/76), aquele permanece solidário juntamente com seus pares até a realização de todo o capital social[7]. Destarte, não basta que um ou mais sócios realize o valor nominal de

5 Cf., entre outras, a Lei francesa de 1966 (art. 36), fixando o máximo de 50 sócios, e a Lei portuguesa (art. 4º), em relação ao capital mínimo.

6 BORGES, João Eunápio. *Curso de Direito Comercial Terrestre*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967, p. 323.

7 Cabe advertir que esta solidariedade, de acordo com o Decreto nº 3.708, só se verifica em caso de falência da sociedade na hipótese dos bens sociais serem insuficientes para o pagamento de suas dívidas. A solução do direito brasileiro acerca do "limite" da responsabilidade dos sócios é um outro aspecto interessante que demonstra uma das peculiaridades da sociedade por quotas no Brasil. Na Argentina, por exemplo, a lei de 1972 que regula a sociedade por quotas estabelece que os sócios são responsáveis ilimitada, solidária e subsidiariamente pela integralização do capital (solução semelhante ao modelo brasileiro), enquanto que a lei colombiana

sua quota, ficando todos eles comprometidos por força da solidariedade *ex lege*, em caso de falência (art. 9º).

A partir do momento em que as quotas estiverem "liberadas" (termo usado pelo Decreto nº 3.708) — vale dizer a partir da "integralização" do valor nominal das quotas — nada mais devem os sócios à sociedade e nem podem ser compelidos a qualquer prestação suplementar.[8]

Fran **MARTINS** censura a redação do art. 2º justificando não ser ela consentânea com as leis alemã e portuguesa, fontes legislativas do Decreto nº 3.708, mas reconhece que "a responsabilidade dos sócios, no Brasil, é *sempre* pelo total do capital social".[9]

Esta também é a interpretação da jurisprudência brasileira, conforme é possível verificar nos julgados a seguir:

> "O limite da responsabilidade dos sócios é o capital social. Se o capital foi integralizado nenhum cotista pode ser compelido a fazer qualquer prestação."
> (TASP — 3ª C.Cível- Ap. nº 138.829 — rel. Martiniano de Azevedo. *In* Julgados do TASP, vol. 16, p. 256/7.)

> "EXECUÇÃO FISCAL. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Capital integralizado. Penhora de bens particulares do sócio — inadmissibilidade.
> A penhora em executivo fiscal proposto contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada cujo capital esteja integralizado não pode atingir bens particulares de sócio, dado que não respondem esses pelas dívidas sociais, ainda que de natureza fiscal.
> A responsabilidade dos sócios por tais dívidas se circunscreve à prática de atos com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos, em qualquer caso dirimível através de ação distinta."

de 1971 segue a mesma sistemática do direito francês, restringindo a responsabilidade dos sócios ao montante de sua contribuição no capital.

8 Obviamente que tal assertiva não pode ter um sentido absoluto, implicando numa proteção insuperável dos sócios conferida pela personalidade jurídica da sociedade. A lei, a doutrina e a jurisprudência admitem que, em certos casos, quando os sócios utilizam a sociedade e sua autonomia patrimonial para praticar atos fraudulentos ou com abuso do direito, possa ser superada a personalidade da sociedade (*lifting the corporate veil*) a fim de que sejam responsabilizados pessoal e ilimitadamente os autores e cúmplices destes atos. Vide, entre outros, Fábio Ulhoa COELHO, *Desconsideração da personalidade jurídica,* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

9 MARTINS, Fran. *Curso de direito comercial*. 22.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.274.

(TAMG — 2ª C. Cível — Ap. nº 9.263 — rel. Amado Henriques. *In* Revista dos Tribunais nº 519, p. 241.)

Não obstante as decisões supra, o digno e saudoso comercialista atribui sentido particular ao enunciado do art. 2º, sustentando que os sócios continuam a responder pela integridade do capital **durante toda a existência da sociedade, mesmo após a sua integralização**, caso venha a ser desfalcado, ou em caso de dissolução, verificada a sua insuficiência. O fundamento para esta tese estaria no próprio art. 2º ao estipular ser a responsabilidade limitada ao total do capital, podendo qualquer sócio ser compelido a completá-lo.

João **Eunápio Borges**[10], Rubens **Requião**[11], dentre outros, sustentam que a responsabilidade dos quotistas é equivalente à importância do capital social não integralizado.

Anota Waldirio **Bulgarelli**[12] **que a posição de Fran Martins é isolada, não encontrando amparo nem na doutrina nem na jurisprudência, sendo que esta tem se alinhado à corrente dominante.**

3. O ato constitutivo da sociedade por quotas será regulado pelas disposições do Código Comercial (arts. 300 a 302), por expressa invocação do Decreto nº 3.708. Destarte, deverá o contrato ser escrito (art. 300) e estar arquivado na Junta Comercial, sob pena de não ter validade perante terceiros e obrigar os sócios solidária e ilimitadamente pelas obrigações sociais (art. 301); no tocante ao art. 302, cumpre salientar que o mesmo encontra-se superado em virtude da legislação especial posterior (Lei nº 8.934/94 e Decreto nº 1.800/96), não constituindo mais um indicativo das cláusulas obrigatórias no contrato de sociedade comercial.

A Lei nº 8.934/94, que regula o Registro de Empresas Mercantis e Atividades Afins, dispõe em seu art. 35, *in verbis*:

> "Art. 35. Não podem ser arquivados:
> I — os documentos que não obedecerem às prescrições legais e regulamentares [...]"

O Decreto nº 1.800 regulamentou a Lei nº 8.934, enumerando no art. 53, inciso III, as cláusulas obrigatórias dos contratos de sociedade, sob pena de

10 *Op. cit.*, p. 334.

11 REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 1. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 429.

12 BULGARELLI, Waldirio. *Sociedades Comerciais*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 115, nota 1.

indeferimento do pedido de arquivamento, incluindo no rol a cláusula de responsabilidade dos sócios.

O Decreto nº 3.708 impõe a inclusão no ato constitutivo da cláusula de limitação de responsabilidade dos sócios em termos precisos: até a importância total do capital social, e não ao valor da quota de cada sócio, tornando-se ineficaz perante terceiros, **ainda que o contrato esteja arquivado**, disposição em sentido diverso.

Explica-se a exigência legal em face da responsabilidade ilimitada dos sócios ser presumida no direito brasileiro, podendo estes dispor em contrário, desde que o tipo de sociedade adotado o permita, mas é imprescindível ficar ostensivo para terceiros essa limitação. Prevendo o contrato que a responsabilidade dos sócios esgota-se com a integralização do capital, e sendo o documento levado a arquivamento, os integrantes da sociedade estão dando ciência de tal fato a terceiros, inclusive pela publicidade decorrente dos atos referentes ao Registro de Empresas Mercantis.

Se o contrato não contiver a cláusula de limitação de responsabilidade, todos os sócios responderão ilimitada, solidária e subsidiariamente pelas obrigações sociais. Idêntica situação ocorrerá na ausência de arquivamento, **ainda que o instrumento contenha cláusula de limitação da responsabilidade dos sócios**, configurando-se um dos casos de sociedade irregular.

Outra situação que deve ser lembrada pela sua importância no cotidiano das relações comerciais diz respeito ao uso do nome empresarial pelos sócios-gerentes. A firma social ou a denominação deverá estar sempre seguida da expressão "limitada", por extenso ou abreviadamente, sob pena de serem responsabilizados solidária e ilimitadamente os sócios-gerentes e aqueles cujo patronímico constar da razão social (art. 3º, § 2º, do Decreto nº 3.708).

Divergem os estudiosos do tema acerca da condição da sociedade por quotas cujo ato constitutivo omitir a cláusula de limitação de responsabilidade.

Waldemar Ferreira[13] é categórico ao admitir que a omissão de tal declaração, indispensável no contrato, "torna a sociedade irregular, trazendo como conseqüência, a ilimitada e solidária responsabilidade dos sócios, pelas obrigações sociais."

Rubens **Requião**[14] **reconhece que a sociedade por quotas passa a ser uma sociedade em nome coletivo, o que não modifica a posição de Waldemar Ferreira no tocante à responsabilidade dos sócios, haja vista que tanto nas sociedades irregulares, quanto na sociedade em nome coletivo a responsabilidade dos sócios é solidária e ilimitada.**

13 FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de Sociedades Mercantis*. Vol.1. São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 227.

14 *Op. cit.*, p. 412.

Waldirio **Bulgarelli**[15] e Fran Martins[16] desadmitem a existência de sociedade por quotas irregular ou de fato, uma vez que só é possível a limitação de responsabilidade dos sócios no direito brasileiro se cumpridas as formalidades legais, entre elas a inclusão de cláusula específica e o arquivamento do contrato. Trata-se, segundo estes autores, de uma sociedade irregular e não de uma sociedade por quotas de responsabilidade limitada.[17]

Rubens **Requião**[18] **acata esta mesma orientação, ao classificar as sociedades comerciais de acordo com o critério da personificação, incluindo entre as sociedades personificadas a sociedade por quotas.**

Em sentido contrário, apresenta o Prof. João **Eunápio Borges** seu parecer sobre o tema:

> "Se o contrato afirmar expressamente que a sociedade é de responsabilidade limitada e se de todo dele ressair a intenção de constituir, não uma sociedade em nome coletivo, mas a única sociedade regulada por aquele decreto, não é justo nem eqüitativo que, à falta da declaração exigida pelo art. 2º, se violente de tal maneira a vontade dos sócios, a ponto de impor-lhes um tipo de sociedade e uma responsabilidade ilimitada que não pretendiam constituir nem assumir.
> [...] Não resultando, porém, expressamente da lei a rigorosa sanção com que se quer punir a falta da declaração em exame, [...] de qualquer *terceiro de boa-fé*, lendo o contrato e não podendo alegar a ignorância da lei, sabe que em tal sociedade a responsabilidade dos sócios é limitada à totalidade do capital social [...]."[19]

4. Um outro aspecto crucial na sociedade por quotas, com repercussão direta na responsabilidade dos sócios, é a questão da forma e do prazo para a integralização do capital. Ao contrário de outros países — França e Itália, por exemplo — o direito pátrio filia-se ao sistema alemão, que permite a realização do capital em parcelas.

15 *Op. cit.*, p. 129.

16 *Op. cit.*, p. 275.

17 No que tange à sociedade anônima, é pacífico na doutrina nacional, em face da norma contida nos arts. 1º e 99 da Lei nº 6.404/76, que a este tipo de sociedade nunca pode ser considerada como irregular, ainda que não funcione regularmente, isto é, não tenha arquivado e publicado seus atos constitutivos. Verificada esta situação, os acionistas continuariam a responder até o preço de emissão de suas ações, recaindo a responsabilidade sobre os primeiros administradores, ou sobre a própria sociedade, se a Assembléia Geral deliberar em contrário (art. 99, parágrafo único).

18 *Op. cit.*, p. 334.

19 *Op. cit.*, p. 329.

O Decreto nº 3.708 é lacônico a respeito do prazo para a integralização do capital, não exigindo sequer um depósito inicial de parcela do valor das quotas subscritas, ao contrário da lei de sociedades por ações (art.80, III).

Sublinha Nelson Abrão[20] o fato do ordenamento jurídico nacional divorciar-se do grupo latino "que impõe a exigência da integralização imediata da quota subscrita". Assim sendo, poderão os sócios livremente pactuar se a realização do capital será simultânea ou sucessiva, bem como os valores exigidos a título de entrada e o prazo para a complementação do preço de emissão; o mesmo terá lugar nos aumentos de capital.

Ressalte-se que não é possível o contrato omitir a forma e o prazo de integralização, não obstante a lacuna contida no Decreto nº 3.708. De acordo com o art. 53, III, c, do Decreto nº 1.800/96 (cláusulas obrigatórias dos contratos de sociedades mercantis), é imprescindível a menção dos elementos indicativos nele previstos, *in verbis*:

> "Art. 53. Não podem ser arquivados:
> I — *omissis;*
> II — *omissis;*
> III — os atos constitutivos e os de transformação de sociedades mercantis, se deles não constarem os seguintes requisitos, além de outros exigidos em lei:
> [...]
> c) o capital da sociedade mercantil, a forma e o prazo de sua integralização, o quinhão de cada sócio, bem como a responsabilidade dos sócios."

A falta de norma jurídica que obrigue os sócios à integralização o capital simultaneamente com a constituição da sociedade, bem como a invocação aos arts. 300 a 302 do Código Comercial para regular o ato constitutivo, têm sido os argumentos apresentados para justificar o impedimento à participação de menores na sociedade por quotas.

Rubens **Requião**[21], embora reconheça que a doutrina e a jurisprudência brasileiras caminham em direção oposta, afirma, com supedâneo no Código Comercial (art. 308), ser vedada a participação de menores em sociedade comercial, salvo na sociedade anônima. Pelo fato de ser a sociedade por quotas uma sociedade de pessoas, quanto à sua natureza, as disposições do Código Comercial seriam aplicáveis supletivamente ao Decreto nº 3.708.

20 ABRÃO, Nelson. *Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada.* 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p.71.

21 *Op. cit.*, p. 427.

Egberto Lacerda Teixeira[22] pondera que existirá sempre o risco da responsabilidade solidária do menor pelo capital não integralizado, em caso de falência, já que a lei não obriga sua realização total no momento da constituição da sociedade. Ainda que o menor ingresse após a integralização, isto não impedirá que os sócios deliberem um aumento do capital sem integralizá-lo no ato, eis que a orientação adotada na fundação da sociedade não tem efeito vinculante nos aumentos futuros.

Esposando opinião contrária, De Plácido e Silva[23], Hermano de **Villemor do Amaral**[24] **e João Eunápio Borges**[25]**admitem a participação de menores na sociedade por quotas, sendo que o último apresenta os seguintes argumentos:**

- o art. 308 do Código Comercial não deve ser aplicado nas omissões do Decreto nº 3.708, por ser a sociedade por quotas de natureza capitalista ou *intuitu pecuniae*. A partir dessa premissa, se entre os herdeiros do sócio houver algum menor este poderá ser quotista, pois tanto na sociedade anônima, quanto na por quotas a responsabilidade dos sócios é limitada; a diferença é que na sociedade por quotas é preciso que o capital esteja integralizado.

- a partir da integralização do capital, "nenhum deles corre, como cotista ou acionista, o menor risco patrimonial, além da perda de suas quotas ou ações", bastando o menor ingressar na sociedade após a realização de todo o capital.

Waldirio **Bulgarelli** vê nos argumentos de **Eunápio Borges** uma ordem de idéias enganosas, "verdadeiro sofisma, pois que com base falsa"[26]. Segundo o mestre paulista, **Eunápio Borges** desprezou os princípios gerais do direito societário referentes ao ingresso em sociedade comercial, sobretudo a sua capacidade e função econômica, além do fato de ser a sociedade por quotas integrante do grupo das sociedades de pessoas, por força do art.1º do Decreto nº 3.708.

Aplaudindo o raciocínio de Egberto Lacerda Teixeira, Waldirio **Bulgarelli** propõe que só seja permitido o ingresso de menores em sociedade por quotas que tenha o capital integralizado, e em decorrência de sucessão, constando do ato constitutivo ou de alteração contratual que qualquer aumento de capital exigirá a integralização imediata, além da proibição do menor ser gerente. Tais

22 TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das Sociedades por Quotas de Responsabilidade Limitada.* São Paulo: Max Limonad, 1956, p.38.

23 SILVA, De Plácido e. *Noções Práticas de Direito Comercial.* 14.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p.227.

24 AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das Sociedades Limitadas.* Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia Editor, 1938, p.167.

25 *Op. cit.*, p. 342.

26 *Op. cit.*, p.135.

providências têm o fito de resguardar os direitos e o patrimônio do menor, até para evitar que, em casos extremos, a sociedade seja totalmente dissolvida, permitindo-se a conjugação dos tradicionais argumentos de cunho paternalista com o princípio da preservação da empresa.

Reconhece, entretanto, o professor paulista a inviabilidade prática de tais imposições e conclui, indagando a si próprio, qual seria o papel do menor na sociedade por quotas, se não pode ser gerente: o de mero receptor de dividendos?

A jurisprudência tem se manifestado favoravelmente à participação de menores nas sociedades por quotas, como é possível inferir na seguinte decisão do Supremo Tribunal Federal, considerada um *leading case* no tema:

> "Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração, como cotistas. Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art.1º do Código Comercial. Recurso extraordinário não conhecido."
> (STF- Pleno- R.E. nº 82.433-SP- j.26.5.76- rel. Min. Xavier de Albuquerque- unânime, *in* Revista Trimestral de Jurisprudência, nº 78-02, p. 608.)

O Superior Tribunal de Justiça segue esta mesma orientação, conforme fica evidenciado na decisão a seguir:

> "[...]. Sociedade por Cotas. Possibilidade de o menor ser cotista, desde que o capital esteja integralizado e não tenha ele poderes de administração."
> (RESP nº 62347/RJ — Rel: Ministro Eduardo Ribeiro j.10/10/1996, in Diário da Justiça de 29/10/96, p. 41.641.)

5. Quando da análise do art.2º do Decreto nº 3.708, mencionou-se a regra peculiar à sociedade por quotas da limitação da responsabilidade dos sócios ao valor **total** do capital, e não ao valor nominal de cada quota. Desta forma, existe uma solidariedade entre os participantes até a integralização e, a partir desse instante, nenhum deles poderá ser obrigado a efetuar qualquer prestação suplementar.

É preciso compreender a norma, relacionando-a ao art. 9º, que restringe seu significado e alcance. Não é sempre que os sócios serão chamados a responder solidária e ilimitadamente pela parte do capital não integralizado, mas **apenas em caso de falência**.

Verifica-se, a partir da exegese dos dispositivos supracitados, que a designação "sociedade por quotas de responsabilidade limitada", oriunda da lei

portuguesa de 1901, é imprecisa. A responsabilidade dos sócios não é limitada às suas quotas, mas ao **total** do capital social; todavia, a designação atual é bem melhor do que aquela utilizada, *de lege ferenda*, pelo Projeto de Código Civil (Projeto de lei nº 634/75, da Câmara dos Deputados).

O Projeto de Código Civil (Livro II, Título II, Capítulo IV) contempla as "Sociedades Limitadas", seguindo a expressão consagrada pela maioria dos países e o jargão corrente no uso comercial.

Não é possível, dentro da boa técnica jurídica, aplaudir o *nomen juris*, em face dos princípios de direito societário, entre eles a autonomia real da pessoa jurídica em relação a seus membros, norma consagrada no art. 20 do Código Civil.

Fábio Ulhôa Coelho[27], com grande objetividade e precisão esclarece:

> "Limitada, obviamente, não é a responsabilidade da sociedade pelas obrigações que assumir. Por estas responderá, sempre ilimitadamente, a sociedade comercial, posto cuidar-se de obrigações pessoais dela. Limitada é a responsabilidade subsidiária dos sócios pelas obrigações sociais."

Com efeito, como leciona com proficiência o professor **Theophilo** de Azeredo Santos[28], na sociedade por quotas é possível visualizar dois momentos distintos: o da integralização parcial e o da integralização total; no primeiro os sócios são solidários até o valor do capital social ainda não realizado — este é o limite — e, no segundo, a responsabilidade é unicamente da sociedade.[29]

É com a declaração judicial de falência que se cristaliza a responsabilidade dos quotistas no tocante ao pagamento das prestações necessárias à integralização do capital.

O art. 9º do Decreto nº 3.708 está vinculado aos dispositivos da Lei de Falências (Decreto-Lei nº 7.661/45) referentes à ação de integralização (art. 50 e seus parágrafos).

Cumpre alertar que a lei de quebras (art. 5º) estende os efeitos da declaração de falência da sociedade aos sócios de responsabilidade ilimitada — ditos

27 COELHO, Fábio Ulhôa. *Manual de Direito Comercial*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1996, p.141.

28 SANTOS, Theophilo de Azeredo. *Manual de Direito Comercial*. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972, p.257.

29 O Projeto de Código Civil (art.1.055) embora não limite a responsabilidade dos quotistas à hipótese de falência, ao dispor que "todos respondem solidariamente pela integralização do capital social", não modifica a regra atual, uma vez que a responsabilidade dos sócios é sempre *subsidiária*.

"solidários". A eles são aplicáveis todos os direitos e todas as sanções que a lei atribuir ao falido, sendo tal equiparação objeto de veemente censura de Waldemar Ferreira[30], para quem os sócios solidários só não recebem a alcunha de falido, mas que, na realidade, não passam disso, tantas são as conseqüências da sentença de falência sobre as suas pessoas e bens, critica a orientação:

> "Na tradição brasileira, tão salutar, a falência da sociedade acarretava a dos sócios solidários ilimitadamente responsáveis. Acabou-se com isso, mas apenas terminologicamente. O sócio solidário não é mais declarado falido, mas fica sujeito aos dispositivos falimentares, como se o fosse."

Aos sócios quotistas, em face da decretação da falência, estando o capital parcialmente integralizado, aplica-se o teor do art. 5º da Lei de Falências?

Evidentemente que não, uma vez que a única exigência do legislador é a integralização do capital social, este representando, em geral, a garantia prioritária dos credores.

Instrumentalizando o art. 9º do Decreto nº 3.708/19, prevê o Decreto-Lei nº 7661/45 a ação de integralização, não só para os sócios da sociedade por quotas, mas também para os acionistas da sociedades por ações, sendo que a responsabilidade dos primeiros é solidária, e a dos últimos, individual.

A abertura da falência produz, por exceção, o vencimento antecipado das prestações dos sócios em relação à sociedade falida, até o limite do capital não realizado. Trata-se de crédito em favor do falido, mas o tratamento é idêntico ao das dívidas, uma vez que estas, vencidas ou vincendas, são exigíveis na data em que é prolatada a sentença de falência.

A ação de integralização deve ser intentada pela massa falida, representada pelo síndico, consoante a regra do art.12, III, do Código de Processo Civil. São partes legítimas no pólo passivo os sócios, individual ou coletivamente, "um por todos ou todos por um", no feliz trocadilho de Hermano de **Villemor do Amaral**[31]**, sendo ineficaz, em relação à massa, qualquer cláusula contratual em contrário.**

O ajuizamento da ação independe do início da liquidação, *ex vi* do art.50, §1º da lei da falências, que autoriza a sua propositura antes de vendidos os bens da sociedade e apurado o ativo. Desnecessária, por isso mesmo, a prova da insuficiência do ativo para o pagamento do passivo, embora Trajano de **Miranda Valverde** sustente opinião diversa.[32]

30 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de Direito Comercial*. Vol. 14. São Paulo: Saraiva, 1965, p. 49.

31 AMARAL, Hermano de Villemor do. *Das Sociedades* Limitadas. *Op. cit.*, p.131.

32 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Comentários à Lei de Falências*. Vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955, p.374.

Respeitado o pensamento do ilustre jurista, a exegese do § 1º do art. 50 não fornece outra ilação, senão a de que o síndico pode, imediatamente, promover a ação contra todos os devedores ou contra cada um deles. É na liquidação, a princípio, que serão vendidos os bens do falido, mas antes desse momento é perfeitamente possível ao síndico, na qualidade de legítimo administrador dos interesses da massa falida, intentar as ações cabíveis, sendo inclusive um de seus deveres legais (art.63, XVI, da lei de falências). Ao dispensar a arrecadação e a verificação dos créditos — procedimentos que visam apurar o ativo e o passivo da massa, respectivamente —, a lei falimentar autoriza a execução imediata das prestações necessárias à integralização do capital.

Fábio Ulhôa Coelho[33] defende a tese de que, uma vez julgada procedente a ação de integralização, devem ser penhorados os bens dos sócios até o valor necessário à realização de todo o capital, mas tais bens não poderão ser vendidos em juízo senão após a liquidação dos bens sociais, caso seja verificada a insuficiência destes.

Com a devida venia, há um certo equívoco na interpretação do texto legal. A responsabilidade subsidiária dos sócios, prevista nos arts. 350 do Código Comercial e 596 do Código de Processo Civil, não é aplicável em relação à ação de integralização, posto que esta versa sobre a cobrança de um **crédito** da sociedade, **dívida** dos sócios.

Observa a esse respeito Amador Paes de Almeida:[34]

> "Como ressalta o art. 596 do Código de Processo Civil, os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei, e, essa lei, em se tratando de sociedade por quotas, é o Decreto nº 3.708/19, que restringe a responsabilidade do sócio ao limite do capital social, isentando-o de qualquer responsabilidade, mesmo solidária, uma vez integralizado o fundo social. [...] É a *exceptio excussionis*, exercível pelo sócio, para que primeiro se execute a sociedade. [...]"

As prestações dos sócios são créditos da sociedade por quotas, tanto que a autora da ação de integralização é a massa falida; portanto, a responsabilidade subsidiária, implicando na venda dos bens particulares dos sócios somente após a apuração da insuficiência dos bens da sociedade, é inaplicável *in casu*.

33 COELHO, Fábio Ulhôa. *Código Comercial e Legislação Complementar Anotados*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 630.

34 ALMEIDA, Amador Paes de. *Manual das Sociedades Comerciais*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p.126.

Deixando patente a natureza de crédito do falido, inclusive com o vencimento antecipado por força da sentença de falência, expõe Trajano de **Miranda Valverde**[35]**:**

> "Como exceção à regra de que não vencem com a falência as dívidas ativas do falido, mas continuam os devedores a gozar do têrmo ou prazo preestabelecido para o pagamento, são imediatamente exigíveis as quantias devidas pelos acionistas ou pelos sócios de responsabilidade limitada, correspondentes às partes ou cotas de capital social por eles tomadas e subscritas. Pois que o capital que os sócios prometeram realizar, é a primeira das garantias oferecidas aos terceiros [...]."

Partindo de um falso pressuposto, isto é, de que as prestações dos sócios quotistas referentes à integralização do capital são dívidas da sociedade e, como tal, a responsabilidade seria subsidiária, conclui Fábio Ulhôa Coelho[36] que "a execução da sentença condenatória da ação de integralização, portanto, deve ficar suspensa até a conclusão da realização do ativo da sociedade falida."

Em primeiro lugar, a Lei de Falências é clara no sentido de garantir a independência entre o patrimônio da massa falida e a ação de integralização. O argumento mais relevante encontra-se no *caput* do art. 50, precisamente no trecho referente "às ações ou quotas que subscreveram para o capital". A lei utiliza o termo subscrição e esta, segundo Fran Martins[37], é "a obrigação assumida pelo subscritor de pagar as importâncias relativas ao preço de emissão". É um ato irrevogável e irretratável, "não podendo o subscritor dele desistir", adita José Edwaldo **Tavares Borba**[38]**. Por isso mesmo, a sociedade, uma vez constituída, pode exigir do sócios o pagamento das importâncias devidas nos prazos convencionados, ou antecipadamente em caso de falência, a fim de preservar a integridade e realidade do capital.**

Se nem a legislação falimentar, nem o Decreto nº 3.708 condicionam a execução da sentença condenatória da ação de integralização à conclusão da realização do ativo da massa falida, sustentar tal vinculação é, *data venia*, desnaturar o instituto da subscrição e da responsabilidade subsidiária, em verdadeira erronia. De fato, o que se deseja do sócio é que ele cumpra o compro-

35 *Op. cit.*, p.372.

36 Idem.

37 MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Vol.1. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1989, p. 514.

38 BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 4.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1998, p.157.

misso assumido quando de seu ingresso na sociedade, e, mesmo assim, esta obrigação cessa com a integralização do capital.

6. Em determinados casos, os sócios quotistas (todos ou alguns) podem responder com seus bens pessoais, **sem subsidiariedade**, independentemente da realização do capital ou da decretação da falência. O próprio Decreto nº 3.708 prevê situações onde tal fato ocorre, a saber:

- pelas obrigações contraídas sem a utilização da palavra "limitada", ao final da firma ou da denominação, responderão solidária e ilimitadamente os sócios-gerentes e os que fizerem uso da firma (art. 3º, § 2º);
- pelos lucros provenientes da atividade social ("dividendos") e valores recebidos, pelas quantias retiradas, a qualquer título, ainda que autorizadas pelo contrato, uma vez verificado que tais lucros, valores ou quantias foram distribuídos em prejuízo do capital realizado (art. 9º, 2ª alínea);[39]
- pelos atos praticados com excesso de mandato, violação do contrato ou da lei, os sócios-gerentes[40] ou por aqueles que emprestarem seu patronímico à firma social responderão solidária e ilimitadamente perante a sociedade (art.10);[41]
- pelas deliberações sociais, quando infringentes do contrato social ou da lei, ficando responsáveis ilimitadamente perante a sociedade, os demais sócios e terceiros, aqueles que expressamente as hajam ajustado (art.16).

O Código Tributário Nacional (art.135, III) considera como responsáveis pelo pagamento de tributos devidos pelas pessoas jurídicas de direito privado os seus diretores, gerentes e representantes — dentre as quais está incluída, obviamente, a sociedade por quotas, quando cometerem atos com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatutos. Insta sublinhar que nessa

39 Neste dispositivo verifica-se plenamente a intenção do legislador em preservar o capital da sociedade, mantendo sua integridade ou intangibilidade, inclusive obrigando os sócios solidária e ilimitadamente, sem subsidiariedade, a devolver tais quantias ao patrimônio social. Mais uma vez, verifica-se que são CRÉDITOS em favor da sociedade.

40 Não se trata, fique bem claro, de desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade, uma vez que esta não é um empecilho à reparação dos prejuízos decorrentes do ato abusivo ou ilícito do sócio-gerente. A lei permite que o gerente responda pessoal e ilimitadamente pelos seus atos; destarte, desnecessária, a princípio, a aplicação pelo juiz da *disregard doctrine*.

41 Parte da doutrina brasileira exclui de aplicação no Brasil a teoria *ultra vires societatis*, tal qual foi concebida pelo direito inglês, afastando a responsabilidade da sociedade pelos atos estranhos ao objeto social, e impondo-a exclusiva e pessoalmente ao responsável pelo abuso. A justificativa para tal conclusão tem sido o teor do art.10 do Decreto nº 3.708, uma vez que os atos praticados pelo sócio-gerente, com violação do contrato, obrigam-no ***perante*** a sociedade e terceiros de boa-fé, admitindo a lei a ação regressiva contra o sócio-gerente. Em sentido contrário, entre outros, Rubens Requião (*op. cit.*, vol.2, parágrafo 416).

e nas hipóteses previstas no Decreto nº 3.708, não serão atingidos em seus bens pessoais todos os sócios, mas apenas os que receberam quantias em prejuízo ao capital realizado, ajustaram deliberações contra a lei ou o teor do contrato, ou praticaram atos nas condições do art.135 do CTN. Também não deve ser utilizada a *disregard doctrine*, uma vez que a lei tributária considera os sócios-gerentes e a sociedade como responsáveis pelo cumprimento da obrigação.

A jurisprudência brasileira reconhece a inteligência da norma tributária em exame, como é possível verificar nas seguintes decisões:

> "Tributário e Processual Civil. Execução Fiscal. Citação. Penhora e leilão dos bens da sociedade por quotas de responsabilidade. Cessadas as atividades da sociedade. Citação dos sócios para o pagamento da dívida remanescente. Responsabilidade, substituição e solidariedade tributária. Prescrição. Interrupção. CTN, artigos 125, III, 134, I a VII, 135, III e 174; CPC, art. 219, §2º
> 1. Em regra, o sujeito passivo da obrigação tributária principal é o contribuinte, no caso de impossibilidade, podendo responder solidariamente outros responsáveis. Pessoas expressamente designadas por lei podem ser qualificadas como substitutas tributárias (ou substitutiva), afastando a responsabilidade solidária ou supletiva (arts. 134 e 135, CTN).
> 2. A interrupção da prescrição contra o contribuinte opera também contra o responsável subsidiário ou por substituição.
> 3. No caso, porém, assinaladas as hipóteses do *dies a quo*, exalta-se a ocorrência da prescrição (art. 174, CTN).
> 4. Recurso improvido."
> (STJ — 1ª turma — Resp nº76667/SP — rel. Min. Milton Luiz Pereira — j. em 02/09/1996- unânime, *in* Diário da Justiça de 07/10/96, p.37.592.)

> "Tributário. Sociedade Anônima e/ou Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada. Limites da responsabilidade do diretor e/ou do sócio-gerente.
> Quem está obrigada a recolher os tributos devidos pela empresa é a pessoa jurídica, e, não obstante ela atue por intermédio de seu órgão, o diretor ou o sócio-gerente, a obrigação tributária é daquela, e não destes. Sempre, portanto, que a empresa deixa de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do diretor ou do sócio-gerente, que só respondem, e excepcionalmente, pelo débito, se resultar de atos praticados com excesso de mandato ou infração à lei, contrato social ou

estatutos, exatamente nos termos do que dispõe o artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional. Recurso especial conhecido, mas improvido."
(STJ- 2ª turma- REsp nº 100739/SP — rel. Min. Ari Pargendler — j. em 19/11/1998- unânime, *in* Diário da Justiça de 01/02/1999, p.138.)

"Execução fiscal. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada dissolvida regularmente. Acolhida a preliminar de prescrição do direito de ação da Fazenda. Impossibilidade e nulidade da penhora em bens dos sócios, que jamais exerceram a gerência da empresa. Consolidado o débito fiscal em 1978, os embargantes somente foram citados em 1986, mais de 05 (cinco) anos decorridos. A interrupção da prescrição não atinge os sócios ora recorrentes. Por serem de ordem pública os institutos da prescrição e da decadência, é viável a apreciação do tema no âmbito do recurso especial. Precedentes nos REsps. 4033, 4034,, 4487 e 4448. Inaplicável, *in casu*, o verbete da Súmula nº 78 do extinto TFR. Recurso conhecido e provido."
(STJ — 2ª turma — REsp 4034/SP — Rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro — j. em 07/11/1990 — maioria, *in* Revista de Jurisprudência do STJ, nº 17, p.457.)

Em matéria previdenciária, vigora norma especial que considera todos os sócios da sociedade por quotas, independentemente de sua qualidade e dos atos praticados, como solidária e ilimitadamente responsáveis pelas dívidas com a Seguridade Social, conforme determina o art.13, *caput*, da Lei nº 8.620/93, *in verbis*:

"O titular da firma individual e os sócios da empresa por quotas de responsabilidade limitada respondem solidariamente, com seus bens pessoais, pelos débitos junto à Seguridade Social."[42]

Em relação aos débitos trabalhistas, existem alguns julgados defendendo, há algum tempo, uma aplicação mais ampla da responsabilidade dos sócios quotistas, que não ficaria adstrita aos sócios-gerentes, como prevê o Código Tributário Nacional. Originariamente, com fulcro no art. 889 da Consolidação

42 Não merece aplauso o uso da expressão "empresa por quotas de responsabilidade limitada" pelo legislador. Tecnicamente, os termos "empresa" e "sociedade" não são sinônimos, sendo a empresa considerada objeto de direito e a sociedade sujeito de direito. Melhor seria se a lei tivesse adotado o *nomen juris* oficial: "sociedade por quotas de responsabilidade limitada". Para uma melhor compreensão da distinção, vide Rubens Requião, *op. cit.*, vol.1, p. 60.

das Leis do Trabalho, combinado com o art. 4º, V, da Lei nº 6.830/80 — lei de executivos fiscais, a execução trabalhista recaía apenas sobre o patrimônio pessoal dos sócios-gerentes, na impossibilidade do crédito ser honrado pela pessoa jurídica. No entanto, como demonstram as decisões abaixo, os juízes do trabalho consideraram, partindo da premissa de que os sócios não-gerentes têm responsabilidade fundada na culpa *in vigilando,* todos quotistas como obrigados a satisfazer, subsidiariamente, as dívidas trabalhistas da sociedade, tenham ou não participação efetiva na gestão, sejam ou não majoritários no capital.

"EXECUÇÃO. SÓCIO. RESPONSABILIDADE. No âmbito do Direito do Trabalho, em face do princípio da despersonalização do empregador, fica o sócio obrigado a indicar bens livres e desembaraçados da sociedade, na forma do parágrafo 1º do art. 596 do CPC, sob pena de serem executados seus bens pessoais. A legitimidade da penhora efetuada sobre os bens do sócio — e, em particular, do sócio-gerente, encontra igualmente respaldo nas disposições do Decreto 3.708/19, que regula as sociedades por quotas de responsabilidade limitada. O art.10 desse diploma legal estabelece que os sócios-gerentes respondem para com terceiros ilimitadamente, pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação da lei ou do contrato, inserindo-se nessa hipótese, indiscutivelmente, a infringência dos preceitos da legislação trabalhista."
(T.R.T./2ª Região — São Paulo/Capital — 8ª Turma. Acórdão nº 02990231727. Processo nº 02990103770 — relator: Juíza Wilma Nogueira de Araújo Vaz da Silva — j. em 10/05/99.)[43]

"Execução — bens de sócio. Em seara trabalhista. A execução invade o patrimônio particular do sócio quando não encontrados bens da empresa executada, ante a aplicação do princípio da não imputação dos riscos do empreendimento ao empregado."
(T.R.T./2ª Região — São Paulo/Capital — 4ª Turma. Acórdão nº 02990087219. Processo nº 02980465245 — relator: Juiz Afonso Arthur Neves Baptista — j. em 09/03/99).[44]

"Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Bens do sócio. Penhorabilidade. A regra geral é a de que os bens da sociedade não

43 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO [*on line*], São Paulo, SP, 18 jul.1999. Disponível em: Jurisprudência por assunto — título: EXECUÇÃO; subtítulos: bens do sócio [visitado em 18 jul. 1999].
44 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 2ª REGIÃO [*on line*], *idem.*

se confundem com aqueles dos sócios (*societas distat ad singulis*). Todavia, não dispondo a sociedade de meios próprios para liquidar o débito trabalhista, ou se possui bens os oculta para frustrar a execução forçada, respondem os bens dos sócios quotistas pelos encargos sociais, exatamente porque o patrimônio da pessoa jurídica volatiza-se e porque houve sua absorção pelos sócios [...]."
(T.R.T./3ª Região — Minas Gerais — 4ª Turma. Agravo de petição nº 2340/95 — relator: Juiz Julio Bernardo do Carmo — j. em 11/11/95).[45]

A sociedade por quotas constitui um valioso instrumento na promoção do desenvolvimento econômico do Brasil. Sua simplicidade de constituição e funcionamento, aliada à responsabilidade limitada dos sócios, dentro dos parâmetros legais, está perfeitamente inserida nos princípios constitucionais balizadores da atividade econômica, em especial na valorização do trabalho e da livre iniciativa (art.1º, IV), um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Os dados oficiais (nota 3), indiretamente, são reveladores de que a maioria dos empregos, no setor privado, encontram-se em sociedade por quotas, Malgrado a vetustez do diploma legal regulador dessa sociedade, tem ela presença constante no cotidiano dos empresários, estudiosos do Direito e consumidores, recomendando-se uma atenção sempre renovada aos temas decorrentes das relações entre os sócios, destes com a sociedade e desta com terceiros.

45 TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 3ª REGIÃO [*on line*], Belo Horizonte, MG, 18 jul.1999. Disponível em: — Legislação e Jurisprudência. Jurisprudência (pesquisa): sociedade por quotas de responsabilidade limitada [visitado em 18 jul. 1999].

OS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA COMPETÊNCIA E OS LIMITES DE ATUAÇÃO DO INPI NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

JOSÉ CARLOS VAZ E DIAS[1]

O acompanhamento do processo de averbação dos contratos de transferência de tecnologia[2]junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI)[3] constitui parte importante da assessoria legal prestada pelos advogados ligados à área de propriedade industrial. No entanto, essa participação vem sendo acompanhada de apreensão e questionamento sobre a legalidade de atuação desse órgão no procedimento de averbação, principalmente quando envolve assuntos do direito da concorrência.

Mesmo com a liberalização da área de transferência de tecnologia e a redução significativa da interferência estatal, através da revogação de diversos

1 O autor é advogado do escritório Danneman, Siemsen, Bigler & Ipanema Moreira. LLM/PhD (University of Kent at Canterbutry) e Professor de "Direito da Propriedade Intelectual" da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

2 A terminologia "contratos de transferência de tecnologia" compreende, para o propósito desse artigo, os contratos de franquia além daqueles contratos que envolvem o uso dos direitos da propriedade industrial, tais como licença de marcas, patentes e "know-how" (tecnologia não patenteada).
De acordo com o Ato Normativo no. 135 publicado em 15.04.1997, os contratos de transferência de tecnologia englobam a aquisição de conhecimento tecnológico ("Contratos de Fornecimento de Tecnologia" e "Contrato de Prestação de Assistência Técnica") e a autorização para o uso dos direitos da propriedade industrial ("Licença de Uso de Marca" e "Licença de Exploração de Patentes"). Os contratos de franquia são classificados como uma nova categoria de contrato envolvendo tecnologia.

3 A averbação dos contratos de transferência de tecnologia junto ao INPI têm três finalidades básicas: (i) produzir efeitos perante terceiros; (ii) permitir que a remuneração seja remetida ao exterior; (iii) permitir que a empresa local possa efetuar a dedutibilidade fiscal dos valores pagos à fornecedora da tecnologia.

regulamentos do INPI que emperravam a entrada de investimentos sob a forma tecnológica, esse órgão emitiu o Ato Normativo nº 135/97[4]. Sob o pretexto de regulamentar o procedimento de averbação dos contratos de transferência de tecnologia, conforme instituído pelo art. 211 da nova lei da propriedade industrial — Lei nº 9.279/96 — ficou estabelecida de maneira genérica a possibilidade de o INPI analisar as cláusulas negociais e verificar a observância aos diversos dispositivos legais, quais sejam os regulamentos sobre o imposto de renda, a Lei nº 4.506 de 30.11.1964, a Lei nº 7.646 de 18.12.1987 substituída pela Lei nº 9.609 de 19.02.1998, a Lei nº 8.955 de 15.12.93 e, mais importante para o presente assunto, a Lei nº 8.884 de 11.6.1994.

Com base nesse ato administrativo, o INPI vem atuando, muitas vezes, de maneira semelhante ao denominado 2º Período da Política de Substituição de Importação, durante as décadas de 70 e 80, onde prevaleceu a intervenção estatal nos assuntos comerciais. Essa interferência acontece, principalmente, quando os contratos têm como partes contratantes empresas do mesmo grupo econômico ou quando envolvem aspectos ligados à propriedade de tecnologia não patenteada, como a alienação do "know-how" e manutenção de segredo industrial.

O INPI vem surpreendendo, ainda, com incursões freqüentes na área do direito da concorrência, especificando as cláusulas dos contratos de transferência de tecnologia que podem violar a ordem econômica ou causar danos à concorrência. Em outros casos, o INPI vem solicitando das partes informações sobre a participação das empresas e/ou grupos contratantes nos mercados de atuação.

Nesse contexto, o "Convênio INPI-CADE", celebrado em 30 de maio de 1997 com o propósito de estabelecer uma cooperação técnica e troca de informações sobre as áreas de competência desses órgãos, passou a ser visto como um mecanismo autorizando o INPI a investigar e decidir sobre a validade das cláusulas dos contratos de transferência de tecnologia, tal como fez durante a vigência do Ato Normativo nº 15/75[5].

O objetivo deste artigo é, portanto, examinar a legalidade e esclarecer os limites de atuação do INPI na área do direito da concorrência, durante o processo

4 Ato Normativo nº 135 foi emitido em 15 de abril de 1997 e objetiva normalizar a averbação e o registro de contratos de transferência de tecnologia e de franquia.

5 O Ato Normativo nº 15 foi publicado pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI) em 11 de setembro de 1975 e foi revogado pela Resolução Normativa nº 22 de 27.02.1991. Este ato administrativo é o resultado da política de substituição de importação desenvolvida pelo regime militar, baseada na seleção de tecnologia de interesse nacional, conforme determinado pelo II Plano de Desenvolvimento Nacional (PND). No entanto, o Ato Normativo nº 15/75 criou uma série de obstáculo às partes contratantes deixando a impressão de que a importação de tecnologia não era necessária e desejada.

de averbação dos contratos de transferência de tecnologia, tendo em vista o que dispõe a Lei nº 9.279/96 e a Lei nº 8.884/94.

Com isso, procura-se estabelecer a possibilidade efetiva de participação desse órgão na área do direito econômico, através da exigência de eliminação de cláusulas consideradas anticoncorrenciais ou da interrupção do processo de averbação com o conseqüente envio do contrato ao CADE para averiguar a existência de implicações negativas de cláusulas comerciais à livre concorrência.

I — *Convênio de Cooperação Técnica INPI-CADE*

A assinatura de convênios dessa natureza encontra respaldo no inciso XVI do artigo 7º da Lei nº 8.884/94[6] e pode ser justificado pela necessidade de capacitar tecnicamente os conselheiros do CADE no exame de assuntos relacionados, direta ou indiretamente, aos atos de concentração ou condutas comerciais em exame e julgamento no plenário do CADE. Um exemplo foi o julgamento do Ato de Concentração nº 27/96, envolvendo as empresas requerentes K & S Aquisições Ltda. e Kolynos do Brasil S/A. O CADE, nesse caso, estabeleceu condições para a aprovação do ato de concentração, através da disponibilização da marca "**KOLYNOS**", da seguinte maneira: (i) Suspensão temporária do uso da marca "**KOLYNOS**"; (ii) Licenciamento exclusivo da marca "**KOLYNOS**" para terceiros, por 20 anos e (iii) Cessão da marca "**KOLYNOS**" a um terceiro que não detenha participação maior que 1% no mercado, para a produção e comercialização de creme dental voltado para o mercado interno.

Em virtude do sistema legal brasileiro de proteção às marcas ser atributivo, sendo indispensável o registro de uma marca junto ao órgão competente para o acerto de uma situação jurídica e produção de efeitos em relação à propriedade, acredita-se que o CADE examinou previamente a validade dos pedidos/registros para a marca "**KOLYNOS**" junto ao INPI antes do proferimento dessa decisão.

Cumpre ressaltar, também, que os direitos da propriedade industrial, tais como marcas, patentes e desenhos industriais, são ativos empresariais determinantes do grau de competitividade. Portanto, esses direitos podem ser de interesse do CADE para determinar uma dominação de mercado relevante ou o exercício abusivo de posição dominante de uma empresa.

Assim, nada mais razoável do que o CADE estabelecer convênios de cooperação com órgãos públicos e privados com o propósito de obter esclare-

6 Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:
XVI — firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais e submeter, previamente, ao Ministro de Estado da Justiça os que devem ser celebrados com organismos estrangeiros internacionais;

cimentos técnicos e opiniões legais de diferentes áreas para dar suporte às suas decisões.

Além disso, a cláusula primeira do convênio é clara quanto aos seus objetivos técnicos e não estabelece a prerrogativa de o INPI analisar os contratos de transferência de tecnologia sob a perspectiva do direito econômico ou mesmo enviá-los para apreciação do CADE:

> **"Constitui objeto deste Convênio a cooperação técnica entre o CADE e o INPI, que se manifestará através de *prestação de consultoria*, *realização de estudos setoriais*, seminários, publicação de textos, *disponibilizações de acervos de estudo* e *troca de informações* e de conhecimento técnico *do seu pessoal especializado*."**

Mesmo acreditando que essas ponderações afastam uma participação mais ativa do INPI no direito da concorrência, persistem indagações sobre o verdadeiro propósito da assinatura desse convênio. O inciso IX do art. 7º da Lei nº 8.884/94[7] dispõe sobre a prerrogativa do plenário do CADE em requisitar informações técnicas de qualquer órgão do Poder Executivo Federal, para instrução processual e cumprimento da lei antitruste, sem a necessidade de assinatura de convênios.

Uma outra indagação refere-se ao fato de a cooperação técnica ser recíproca. Ou seja, se o "Convênio INPI-CADE" objetiva prover informações técnicas sobre a área da propriedade industrial ao CADE a serem utilizadas em suas decisões, qual a finalidade de se colocar o acervo de decisões e julgados do CADE à disposição do INPI em contrapartida?

Haveria realmente necessidade de celebrar esse "Convênio de Cooperação Técnica INPI-CADE" ou existem intenções implícitas sobre uma participação mais ativa do INPI no direito da concorrência em um futuro próximo?

II — *As Prerrogativas do INPI Relativas ao Processo de Averbação dos Contratos de Tecnologia*

Cumpre ressaltar que mesmo existindo no "Convênio INPI-CADE" algum propósito de se consentir uma participação mais ativa do INPI no direito da concorrência, principalmente quanto à exigência de eliminar cláusulas que

7 Art. 7º Compete ao Plenário do CADE:
IX — requisitar informações de quaisquer pessoas, órgãos, autoridades e entidades públicas ou privadas, respeitando e mantendo o sigilo legal quando for o caso, bem como determinar as diligências que se fizerem necessárias ao exercício das suas funções.

possam violar a ordem econômica ou envio dos contratos para análise do CADE, o INPI está sempre adstrito a dois princípios que regem o direito público e garantem a validade e eficácia dos atos administrativos, quais sejam: o "Princípio da Legalidade" e o "Princípio da Especialidade".

O "Princípio da Legalidade" resume-se na submissão do poder estatal aos mandamentos da lei. As atividades da administração submetem-se e autolimitam-se à determinação da lei, sendo que a atuação do poder público sem o encalço legal acarreta a ilegalidade do ato e está sujeita à nulidade.

Em decorrência do impacto político, social e econômico que os atos públicos apresentam na sociedade, regulando os atos jurídicos privados, estabeleceu-se a necessidade de definir com precisão a atuação do Estado. Com isso, objetiva-se resguardar a certeza jurídica dos atos e evitar os desmandos do Estado e a conseqüente violação às garantias constitucionais.

Nesse sentido, é válido o entendimento prevalecente no direito administrativo, expresso pelo douto Diógenes Gasparini[8], segundo o qual **"se a todo cidadão é garantido fazer tudo o que a lei permite e/ou não proíbe, ao estado personificado na administração pública somente é permitido o que a lei autoriza".**

O "Princípio da Especialidade", por seu lado, consiste na efetiva divisão e especificação das atividades e competência da administração pública, objetivando uma maior eficiência da máquina administrativa. Desse modo, o poder público é dividido em órgãos com diferentes prerrogativas e diferentes níveis.

A atuação do poder público, seguindo os preceitos da competência específica, está intimamente relacionada com o "Princípio da Legalidade", na medida em que o exercício do poder público é sempre determinado e delimitado pela lei. Assim, conforme sabiamente disposto pelo jurista Caio Tácito, reproduzido na obra "Direito Administrativo" de Diógenes Gasparini[9], "**não é competente quem quer, mas quem pode, segundo a norma do direito**". Dessa maneira, as intervenções de órgãos públicos em áreas fora daquela de sua incumbência legal constituem desvio de finalidade do poder público e são, portanto, defeituosos em face da falta de legalidade.

Os dois princípios acima citados são suficientes para afastar o argumento comumente utilizado por autoridades públicas para justificar uma interferência extensiva, segundo o qual os órgãos administrativos públicos têm o poder-dever de atuação sobre os negócios jurídicos privados para fazer valer as normas de ordem pública.

8 Gasparini, Diógenes — Direito Administrativo. Editora Saraiva. 1993. Pág. 6.
9 Idem. Pág. 68.

(a) O INPI e a Nova Lei de Propriedade Industrial — Lei nº 9.279/96 —

Tendo em vista o disposto na Lei nº 9.279/96[10], principalmente em seus arts. 211 e 240, a competência do INPI no processamento do pedido de averbação dos contratos de transferência de tecnologia é o de *apenas averiguar certos aspectos formais dos contratos presentes no Código Civil e a validade dos direitos da propriedade industrial.* Em termos práticos, isso significa que o INPI averiguará, durante o processo de averbação, as formalidades que revestem os contratos escritos, tais como as partes e suas qualificações, objeto, duração, obrigações contratuais dentre outros. Este examinará também a validade dos direitos da propriedade industrial objeto do contrato, para que possam produzir efeitos perante terceiros.[11]

Cumpre ressaltar, ainda, que o art. 240 da referida Lei nº 9.279/96 alterou o seu art. 2º da Lei nº 5.648/70,[12] dispositivo utilizado pelo INPI como argumento legal para a emissão do Ato Normativo nº 15/75, julgamento da validade de cláusulas contratuais envolvendo assuntos tributários, cambiais, concorrenciais, do direito do consumidor e responsabilidade civil.

10 A Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996, em vigor a partir de 15.05.1997, fortaleceu os direitos da propriedade industrial (ex. patentes, desenhos industriais, marcas e também o "know-how") e igualou a proteção conferida àquela existente nos países desenvolvidos.

11 Ressalta-se, nesse ponto, que as legislações cambiais e fiscais estabelecem a necessidade de o INPI averiguar alguns aspectos legais ligados à remuneração e averbar os contratos de transferência de tecnologia previamente à remessa ao exterior e dedução fiscal. No entanto, essa competência vem sendo extrapolada pelo INPI, principalmente quando as partes contratantes da tecnologia são empresas coligadas. Um exemplo dessa extrapolação de poderes é a utilização dos limites de dedução fiscal estabelecidos na Portaria do Ministério da Fazenda nº 436 de 30 de dezembro de 1958 como valores máximos para pagamento e remessa de royalties pelo uso dos direitos da propriedade industrial, nos contratos de transferência de tecnologia entre matriz/subsidiária. Estes variam entre 1 a 5% do preço líquido de venda dos produtos, dependendo da atividade industrial envolvida. No caso de licença de marcas, o máximo a ser deduzido e, portanto, remetido é apenas 1% da venda líquida dos produtos identificados pelas marcas.

12 A Lei nº 5.648 de 11 de dezembro de 1970 criou e estabeleceu a competência de atuação do INPI. Esta lei tem como ponto controverso o parágrafo único do art. 2º:

"O Instituto tem por finalidade principal executar, no âmbito nacional, as normas que regulam a propriedade industrial tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica.

***Parágrafo único.* Sem prejuízo de outras atribuições que lhe forem cometidas, o Instituto adotará, com vistas ao desenvolvimento econômico do país, medidas capazes de acelerar e regular a transferência de tecnologia e de estabelecer melhores condições de negociação e utilização de patentes, cabendo-lhes ainda pronunciar-se quanto à conveniência da assinatura, ratificação ou denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial."**

"Art. 2º — *O INPI tem por finalidade principal executar*, no âmbito nacional, *as normas que regulam a propriedade industrial*, tendo em vista a sua função social, econômica, jurídica e técnica, bem como pronunciar-se quanto à conveniência de assinatura, ratificação e denúncia de convenções, tratados, convênios e acordos sobre propriedade industrial."

Com esse novo texto, dirimiram-se as indagações até então existentes sobre a prerrogativa desse órgão em decidir sobre assuntos fora do âmbito estabelecido pela lei de propriedade industrial.

Não obstante esse entendimento, os pronunciamentos do INPI sobre o direito à concorrência nos processos de averbação e o seu movimento de aproximação ao CADE já têm originado teorias de acomodação referentes a uma participação mais ativa do órgão nessa área. Dentre elas encontra-se aquela que inclui como efeito da averbação dos contratos de transferência de tecnologia a conformação das cláusulas contratuais à livre concorrência, o que afasta alegações posteriores de infração à ordem econômica.[13]

De acordo com esse entendimento doutrinário, a averbação desses contratos dispensaria a necessidade de as partes cumprirem o disposto no art. 54 da Lei nº 8.884/94, que obriga a apresentação dos contratos à apreciação do CADE, no prazo máximo de 15 dias da data de sua validade, quando houver indícios que cláusulas contratuais limitam ou possam de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens e serviços.

(b) A Lei nº 8.884/94 e a Atuação do INPI como Órgão de Monitoramento da Livre Concorrência

As funções de monitoramento da ordem econômica e julgamento sobre a validade das condutas comerciais e repressão ao abuso do poder econômico encontram-se distribuídas entre os três órgãos governamentais, especificamente criados pela Lei nº 8.884/94, quais sejam a Secretaria de Direito Econômico (SDE), a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE) e o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Ainda, compete à Secretaria de Comércio Exterior (SECEX) realizar as investigações necessárias e promover o processo administrativo relativo às práticas antidumping.

13 Conforme anteriormente especificado, as finalidades básicas da averbação no INPI são: produção de efeitos perante terceiros; remessa da remuneração à empresa licenciante da tecnologia e dedução fiscal dos valores remetidos.

Conforme pode-se observar na referida Lei nº 8.884/94, inexiste competência para o INPI pronunciar-se sobre assuntos do direito econômico, durante o processo de averbação, seja alertando as partes quanto a possíveis efeitos anticompetitivos de cláusulas, exigindo a eliminação dessas cláusulas ou mesmo interrompendo o processo de averbação para solicitar um parecer do CADE.

A Lei nº 8.884/94 faculta, no entanto, que quaisquer terceiros solicitem dos órgãos competentes a averiguação anticompetitiva de atos ou condutas comerciais em processos administrativos. Analisando os mecanismos de intervenção disponíveis pela referida lei, constata-se que apenas o *processo de ofício,* instaurado por iniciativa da SDE e regulado pelo artigo 30 da Lei nº 8.884/96, pode vir a ser iniciado pelo INPI.

O *processo voluntário*, regulado pelo art. 54 da Lei no. 8.884/94, determina a obrigatoriedade de apresentação ao CADE, dos atos e contratos " que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência", previamente ou no prazo máximo de 15 dias de sua realização. Em decorrência do curto prazo determinado pela Lei nº 8.884/94 e o fato de a apresentação ser obrigatória, sob pena de pagamento de multa pecuniária, entende-se que somente as partes contratantes ou que firmaram o ato jurídico têm legitimidade para fazê-lo. Nesse sentido, a interveniência de terceiros na instauração desse processo administrativo voluntário encontra-se vedada.

No processo de ofício, ao contrário, é permitido que qualquer terceiro solicite da SDE a abertura de averiguação preliminar, que tomar conhecimento de ato ou conduta configurada como infração à ordem econômica. Desse modo, a interveniência do INPI no direito antitruste poderia estar legitimada pelo artigo 30 e seguintes que compõem o Capítulo I e Capítulo II do Título VI da Lei nº 8.884/94 (Das Averiguações Preliminares), podendo ainda instruir a SDE com cópia do contrato de transferência de tecnologia em análise para averiguação da conduta considerada anticoncorrencial.

Nessa hipótese, a iniciativa do INPI deverá estar em estrita observância à lei da concorrência, que não prevê a hipótese de interrupção de um processo de formação de atos e contratos antes de concluídas as averiguações preliminares e uma vez instaurado o processo administrativo ou o seu arquivamento.

III — *Pontos Conclusivos*

Mesmo sendo inegável a aproximação do INPI ao CADE e o forte interesse em manter o poder de examinar e julgar a validade de cláusulas contratuais, depreende-se da leitura da Lei nº 9.279/96 e do novo art. 2º da Lei nº 5.648/70 que o INPI não está legitimado a realizar incursões em assuntos relativos ao direito econômico. Eventuais atuações do INPI nessa área, seja interrompendo

o processo de averbação para solicitar informações sobre a participação das partes contratantes no mercado relevante ou para enviar o contrato para apreciação do CADE, ou exigindo a eliminação de cláusulas contratuais, são consideradas *contra legem* e sujeitas ao remédio constitucional do mandado de segurança.

Nessa perspectiva, deve-se também indagar sobre a legalidade do INPI em identificar cláusulas que podem ser consideradas anticompetitivas e alertá-las às partes contratantes, pois a matéria da concorrência está fora de seu âmbito. Essa identificação e constante pronunciamento do órgão, durante o processo de averbação, são considerados despropositados e não levam as partes a nenhum resultado prático, pois não produzem efeitos legais. Ainda, cumpre ressaltar que as partes já estão sujeitas aos procedimentos administrativos da Lei nº 8.884/94. Na verdade, esses pronunciamentos produzem apreensão e insegurança aos agentes econômicos em virtude do impacto econômico e político das decisões do INPI.

Finalmente, deve-se lembrar que os órgãos incumbidos de defender a ordem econômica e a livre concorrência são, até o presente momento, o SDE, a SEAE e o CADE, conforme dispõe a Lei nº 8.884/94. O INPI não se encontra listado pela referida lei. Aliás, uma eventual inclusão de um órgão à apresente estrutura adminsitrativa, com atuação direta nos assuntos da concorrência e com a prerrogativa de investigação ou julgamento, seria considerado um contra-senso. As recentes discussões na área do direito econômico apontam para a necessidade de reestruturação da organização administrativa com a presença de apenas um órgão para instrução e julgamento dos processos na área do direito concorrencial.

"*PROJECTS FINANCE*"

THEOPHILO DE AZEREDO SANTOS*

O Brasil, seguindo a tendência mundial, perseguiu a conquista do capital estrangeiro pela eliminação de restrições que lhe eram impostas, inclusive com a revisão constitucional, mas procurando o equilíbrio das contas públicas (o excesso de despesas em relação às receitas ainda é a principal causa da inflação), com ênfase no processo de privatização, que deverá continuar pelo menos nos próximos três anos.

Entre os setores contemplados nessa mudança estão o das telecomunicações, o do saneamento, o energético, o da exploração do petróleo em áreas indicadas pelo governo e muitos outros.

Nasceu, então, a necessidade de financiar projetos de infra-estrutura, mas no momento que os financiadores internacionais, após as crises asiática, mexicana e russa passaram a encurtar os prazos dos empréstimos, cada vez mais seletivos.

Daí — por imposição dessas realidades — a utilização de engenharia financeira baseada em ativos — o "*Project Finance*" que atrai o interesse dos investidores estrangeiros, pois asseguram segurança, rentabilidade e liquidez.

Coube à Petrobras abrir o caminho, ao estruturar operações de "*Projects Finance*", das quais US$ 5,8 bilhões foram adiantados em 1998 e correspondem a quatro projetos. Cerca de US$ 2,2 bilhões servirão para o desenvolvimento do Campo de Roncador, na Bacia de Campos, no Estado do Rio de Janeiro. Outro mandato foi concedido ao consórcio formado por *Itochu* e *Mitsubishi* para estruturar um financiamento de US$ 2 bilhões destinados ao desenvolvimento de Barracuda e Caratinga, além de outro, ao consórcio *Mitsui* e *Marubeni*, no valor de US$ 1,8 bilhão, para desenvolver os Campos de Espadarte, Voador e Marimbá. Há, ainda, além do apoio do *Eximbank* japonês, negociação com quatro *tradings* japonesas e o apoio do *BNDES* para o desenvolvimento de

* Professor Titular de Direito Comercial da UERJ e da Estácio de Sá.

Marlin Sul, no valor de US$ 1,5 bilhão, e para os Campos de Bidupirá e Salema, com a norte-americana na *Enron*, no valor de US$ 500 milhões.

Esperam-se novos contratos com mais de 20 poços, que serão colocados em licitação que mereceram o interesse dos maiores grupos que operam nesse setor.

Foi com o objetivo de estimular e apoiar essa modelidade operacional, que o Senador José Serra apresentou o Projeto de Lei nº 216, de 1997, baseado em estudos realizados pelo departamento jurídico do BNDES, seus órgãos técnicos e audiência de agentes do mercado.

Aquele Projeto de Lei autoriza a emissão de um novo valor mobiliário — o *"TPR" — Título de Participação em Receita de Serviço Concedido.*

Trata-se de engenhoso instrumento de captação de recursos internos e externos, com a finalidade de investi-los na implantação, ampliação, recuperação ou melhoria de empreendimento em serviço público concedido, precedido ou não da execução de obra pública ou, ainda, para a amortização de financiamento contraído para implantar esses empreendimentos.

O TPR terá as seguintes características:

a) será um valor mobiliário de livre circulação;

b) a transferência será registrada em sistema centralizado de custódia e liquidação financeira, oferecendo segurança aos aplicadores;

c) os investidores terão direito de participação em percentual da receita da concessão de serviço público delegada pela União, Distrito Federal, Estado ou Município, conforme previstos nas Leis nºs 8.987 e 9.074/95;

d) os termos e condições dos TPRs deverão estar regulados na respectiva escritura de emissão outorgada pela concessionária emitente, com a interveniência do poder concedente;

e) a colocação desses valores mobiliários será pública ou privada no mercado, observadas as normas fixadas pela CVM — Comissão de Valores Mobiliários, que tem o poder de polícia sobre esses títulos;

Deve ser destacada a solução encontrada para elidir os riscos de insolvência ou falência da concessionária, em prejuízo dos investidores: o percentual da receita gerada não constituirá patrimônio da concessionária, mas deverá ser depositado em dinheiro, em uma conta especial do agente fiduciário, que atuará como representante legal dos investidores.

Em conseqüência, ficarão os poupadores a salvo de riscos de liquidação, desistência ou cassação da concessionária.

Uma vez ultimada a transferência dos valores da receita para a conta do agente fiduciário — instituição financeira especializada e devidamente autorizada —, esses recursos poderão ser aplicados no mercado financeiro, na forma e prazo estabelecidos na escritura de emissão.

Merece encômios a cautela do Projeto de Lei de evitar a transferência de risco do negócio inteiramente para os titulares das TPRs: a concessionária terá que respeitar não só um limite para a emissão do título — para investimento ou amortização de financiamento — e, ainda, um mínimo de capital próprio a ser aplicado no projeto. A soma dos valores de todas as emissões de TPRs, por uma concessionária, não poderá exceder a 50% (cinqüenta por cento) do valor do investimento total, devendo aplicar, no mínimo, 20% (vinte por cento) dos seus próprios recursos no empreendimento.

Ainda em reforço da proteção aos aplicadores, os detentores de TPRs que representem 51% (cinqüenta e um por cento) do valor total de cada série do título poderão propor ao poder concedente, justificadamente, a intervenção na concessão, a ser declarada em decreto específico, por prazo determinado, observada a legislação aplicável. Essa proposta poderá ser suscitada sempre que houver violação pela concessionária da lei referente às TPRs, bem como a relativa à concessão de serviços públicos ou da escritura da emissão dos TPRs.

Aos detentores de TPRs está assegurado que, na hipótese de intervenção, concessão ou extinção da concessão, antes do seu termo final, o poder concedente deverá assumir as obrigações da concessionária perante os investidores, transferindo essas obrigações a uma nova concessionária, se for possível ou conveniente.

Com o escopo de atrair recursos para os setores de infra-estrutura, essenciais ao melhor desenvolvimento de nossa economia, o Projeto obriga o poder concedente a reajustar e rever as tarifas do empreendimento, como ocorreu neste semestre com o setor de energia elétrica, para as empresas privatizadas pelo governo federal.

Os ganhos de capital decorrentes da venda de TPRs não estarão sujeitos à incidência de tributos, ainda quando efetuadas por pessoas físicas, segundo o Projeto de Lei, que procura estimular a criação de um mercado secundário para esses títulos, conferindo-lhes maior liquidez.

Ouvimos o Sr. Ministro da Fazenda — Pedro Malan e o Presidente do BNDES — José Pio Borges, mas ambos não souberam explicar por que, até hoje, esse Projeto de Lei continua ainda sob exame do Congresso Nacional, apesar de passar por várias comissões com aplausos e aprovação.

Entre os "*Projects Finance*" mais conhecidos podemos citar o projeto da *Euro Disneylandia*, o do *Eurotunel* (construção de um túnel sob o Canal da Mancha), a *Stingray Pipeline Corupany*, constituída para construir e operar, no Golfo do México, uma rede de gasodutos que recolheria e transportaria gás natural das instalações *onshore* da Lousiania para instalações *onshore* existentes; o Projeto de Mineração Lomex — para desenvolver e operar uma mina de cobre-molibdênio na Província de Colúmbia Britânica, no Canadá, e tantos outros na Nova Zelândia, em Nouston (Texas), na Austrália Ocidental, no Alaska e muitos outros.

Com sua experiência de professor de finanças e banqueiro de investimentos, *John D. Fianerty*[1] conclui: *"Sob as circunstâncias corretas, o "**Project Finance**" oferece uma série de vantagens sobre o financiamento direto de um projeto em bases tradicionais. Os benefícios decorrentes podem ser realizados apenas após uma análise cuidadosa e uma habilidosa engenharia financeira. A organização do projeto, sua estrutura jurídica e seu plano de financiamento devem refletir a sua natureza, seus riscos identificáveis, a capacidade de obtenção de crédito dos vários participantes, as exigências de suporte creditício complementar para apoiar o financiamento da dívida do projeto, a disponibilidade dos benefícios fiscais relacionados a ele, as posições financeiras dos seus patrocinadores, as necessidades do governo anfitrião, e quaisquer outros fatores que possam afetar a disposição dos credores ou investidores de capital em potencial em provar recursos para o projeto. Os arranjos do **"Project Finance"** envolvem uma comunidade de interesses entre diversas partes. Em última análise, as recompensas econômicas prospectivas para cada parte devem ser proporcionais aos riscos que cada parte terá que assumir caso o projeto vá adiante. Somente nessa base pode ser assegurado o comprometimento de participação de cada parte no projeto"*.

O monopólio do IRB — Instituto de Resseguros do Brasil e o chamado Custo Brasil são os principais entraves à realizacão dos "*Project Finance*" no país, segundo avaliação da Diretora-Advogada do J.P. Morgan, Gabriella Icaza[2] em palestra realizada pelo Comitê de Assuntos Jurídicos da Câmara Americana, em 19 de maio de 1998, com a participação dos juristas Francisco Mussnich e Luiz Fernando Teixeira Pinto, mediador.

Eis as conclusões dessa reunião:

1º. A principal característica do "*Project Finance*" que não tem garantias de um controlador, ou seja, o próprio projeto se financia e o risco do negócio é dividido entre credores e patrocinadores.

2º. Embora existam no país empresas com competência para fazer seguros de performance, crédito e garantia, os investimentos nesta área foram tímidos. No contexto de hoje, obedecendo ao monopólio do IRB, o prêmio seria tão caro que inviabilizaria o projeto.

3º. Outra dificuldade é a captação de recursos de longo prazo, devido à dificuldade de aprovação por parte das instituições financeiras estrangeiras. O BNDES deveria participar com 15 a 20% desses projetos, emprestando à operação a chancela do governo.

1 "*Projects Finance*", Qualitymark Editora, Rio de Janeiro, 1998, págs. 303 e 304.
2 "Brazilian Business", nº 129, julho de 1998, págs. 26 e 27.

Em dezembro de 1998[3], seguradores reuniram-se com gerentes de riscos a fim de examinar a desproteção do "*Project Finance*" no Brasil.

Resumi os pronunciamentos mais importantes:

I. Luiz Paulo Monteiro — Presidente da Associação Brasileira de Gerência de Riscos e Diretor de seguros da Odebrecht:

> "*Do ponto de vista do investidor, o papel da seguradora é muito importante. O investidor teria que ter a preocupação de fazer o seu segurador ser parte integrante desse projeta. No exterior ele não consegue financiamentos para um projeto desses, sem ter o segurador amarrado e sacramentado. Um sistema que complemente com esse é uma análise de como escolher o segurador*".

II. Eugênio Paschoal Antunes — Diretor Executivo da York Willis Corroon, corretora de seguros de âmbito internacional:

> "*ARIES (Advanced Risk Identification & Evaluation System) é um sistema desenhado para atender à avaliação de ricos potenciais em Projetos Financeiros, onde a empresa específica do projeto não conta com recursos próprios, mas se mantém atrelada a uma engenharia financeira de recursos para a implantação e êxito do projeto*".

> "*O sistema permite uma visualização clara de proteção ideal para o projeto, não apenas em termos de seguros, mas principalmente em termos de medidas preventivas e pró-ativas que podem minimizar ou anular os riscos. É uma ferramenta indispensável aos financiadores, investidores e operadores do projeto, como forma de antecipar eventuais problemas e suas soluções mais eficazes*".

Acreditamos que assistiremos no Brasil à contratação de recursos superiores a 25 bilhões de dólares para o "*Project Finance*" relativos às necessidades das empresas internacionais, que vão ganhar as licitações para explorar petróleo em nosso país, nos dias 15 e 16 de junho. Serão 27 "biocos" oferecidos às companhias nacionais e estrangeiras, entre as quais se destacam *Shell, Esso, Texaco, Chevron, Mobil* e *Elf*.

O Diretor-geral da Agência Nacional de Petróleo (ANP), David Zylberstajn, informa que somente na fase de pesquisa, as empresas vencedoras terão que investir, no mínimo, US$ 1,2 bilhão, e ressalta que as atividades da indústria petrolífera vão proporcionar um salto de desenvolvimento sem precedentes devido ao seu efeito multiplicador na economia.

3 Revista *Banco Hoje*, nº 117, dezembro de 1998, págs. 42 e 44.

O CASO DO TIMOR LESTE (1999): O DIREITO DE AUTODETERMINAÇÃO DO POVO TIMORENSE

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE*

Timor Leste: Status Jurídico Internacional. Processo Negociatório Tripartite Portugal/Indonésia/Nações Unidas. Direito de Autodeterminação do Povo Timorense. Referendo Popular: Independência ou Autonomia. Salvaguarda dos Direitos Humanos dos Timorenses.

I. Introdução: Delimitação do Objeto do Exame do Caso do Timor Leste. II. Aspectos Fáticos do Caso do Timor Leste: Desenvolvimentos Históricos. III. Aspectos Jurídicos do Caso do Timor Leste. 1. O Status Jurídico Internacional dos Territórios Sem Governo Próprio. 2. Os Territórios Sem Governo Próprio e o Direito de Autodeterminação de Seus Povos. 3. O Projetado Referendo Popular: A Opção Timorense entre um Estado Independente e Formas Mitigadas de Autonomia. IV. Conclusões.

I. *Introdução: Delimitação do Objeto do Exame do Caso do Timor Leste.*

1. Em 08 e 11 de fevereiro de 1999, o Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal, através de sua Embaixada em Brasília, contactou-me para que eu analisasse, com caráter de urgência, aspectos do caso do *Timor Leste*[1], atinentes ao processo negociatório entre Portugal e Indonésia sob a égide das Nações

1 Embaixada de Portugal em Brasília, mensagens de fax ref. TLC/42, de 08.02.1999, e ref. TLC/46, de 11.02.1999.

* Consultor Jurídico para o Caso do *Timor Leste* (1999); Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio Branco.

Unidas. Com a evolução das negociações a partir da reunião entre os Chanceleres de Portugal e Indonésia, sob a égide do Secretário-Geral das Nações Unidas, realizada na sede da ONU em Nova York, em agosto de 1998, tais aspectos do caso do *Timor Leste* voltavam-se em particular à questão das perspectivas da opção pelos timorenses entre a independência ou a autonomia para o referido Território (*aide-mémoire* de 23 de fevereiro de 1999)[2].

2. Em 05 de março de 1999, o Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal, através de sua Embaixada em Brasília, fez-me entrega da *Proposta de Autonomia para o Timor Leste*[3], a ser oportunamente submetida à consulta do povo timorense, para que me pronunciasse a respeito. Adicionalmente, na mesma comunicação de 05 de março de 1999, o Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal aventou a possibilidade de que eu prestasse assistência jurídica, no âmbito da citada *Proposta de Autonomia*, à Resistência timorense, na pessoa de seu líder, Sr. Xanana Gusmão, ora em regime de prisão domiciliar em Jacarta, Indonésia[4].

3. Dadas a indiscutível relevância da questão e suas implicações diretas para a salvaguarda dos direitos humanos dos timorenses, aceitei pronunciar-me a respeito. Solicitei, no entanto, que se descartasse a possibilidade de meu deslocamento à sede das Nações Unidas em Nova York para o acompanhamento do citado processo negociatório, ou a Jacarta para contatos diretos com o líder da Resistência timorense, dada minha total indisponibilidade de tempo, em razão de compromissos profissionais anteriormente assumidos e do volume do trabalho permanente em Brasília e como Juiz Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos em San José da Costa Rica. Minha solicitação foi aceita, tendo ficado acordado que eu prestaria a consultoria jurídica solicitada aqui em Brasília, no intervalo de dois períodos ordinários de sessões da Corte Interamericana, nos meses de março e abril de 1999.

4. Durante este período transmiti o conteúdo de meu parecer sobre a matéria em apreço ao Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal, para sua consideração para transmissão à Resistência timorense, durante sucessivas reuniões realizadas com o Conselheiro Antônio José Alves de Carvalho na Embaixada de Portugal em Brasília. Tomei conhecimento da programação da consulta ao povo timorense, na forma de um referendo popular, originalmente para 08 de agosto próximo, tendo sido há pouco confirmada para 29 de agosto de 1999, com a presença supervisionadora das Nações Unidas. Dado o recente

2 Embaixada de Portugal em Brasília, mensagem de fax ref. TLC/53, de 23.02.1999.

3 Doravante citado como "Proposta de Autonomia", documento Annex to the Indonesian-Portuguese Agreement Regarding East Timor — A Constitutional Framework for a Special Autonomy for East Timor (Draft Proposal/Rev.5, de 11.02.1999), pp. 1-34.

4 Embaixada de Portugal em Brasília, mensagem de fax ref. TLC/77, de 05.03.1999.

desencadeamento da evolução do processo político no Timor Leste, é provável que a *Proposta de Autonomia* supracitada se veja superada pela própria dinâmica dos fatos.

5. Ao encerrar, nesta data, minha participação, a título pessoal, no caso do *Timor Leste*, nos termos acima aludidos, e sumamente honrado por haver podido prestar esta contribuição à causa dos timorenses, vejo de todo conveniente e oportuno deixar registro de meu parecer, cujo conteúdo adiantei nas reuniões de trabalho realizadas na Embaixada de Portugal em Brasília, em março e abril de 1999. Uma vez recapitulados os desenvolvimentos históricos do caso, proponho-me a identificar e examinar os elementos jurídicos que me parecem de capital importância na presente consulta, a saber, o status jurídico internacional do Timor Leste, o direito de autodeterminação do povo timorense, e as perspectivas da opção timorense pela independência, em contraposição a formas mitigadas de autonomia — para, enfim, apresentar minhas conclusões sobre a questão em exame.

II. *Aspectos Fáticos do Caso do Timor Leste: Desenvolvimentos Históricos.*

6. O Território do Timor Leste abarca a parte oriental da Ilha do Timor[5], tendo por capital Dili, situada em sua costa norte; a costa sul do Timor Leste encontra-se a cerca de 430 quilômetros da costa norte da Austrália. No século XVI, o Timor Leste tornou-se colônia de Portugal, permanecendo como tal até o ano de 1975; a parte ocidental da ilha recaiu sob o jugo holandês, tornando-se posteriormente parte da Indonésia independente. Desde 1960 as Nações Unidas classificaram o Timor Leste como um território sem governo próprio (resolução 1542(XV) das Nações Unidas), mas de 1961 a 1973 Portugal resistiu ao propósito das Nações Unidas de submeter as colônias portuguesas ao regime do capítulo XI da Carta das Nações Unidas. Com a chamada "Revolução dos Cravos" de 1974, Portugal procedeu a rever sua política colonial, retirando-se do Timor Leste em 27.08.1975. O movimento conhecido como Frente Timorense de Libertação Nacional (FRETILIN) chegou a declarar a independência completa do Território em 28.11.1975, mas pouco depois, em 07.12.1975, a Indonésia ocupou militarmente o território, anexando-o mediante uma lei de 15.07.1976, assinada pelo Presidente indonésio dois dias depois, atribuindo ao território o status de 27ª província da Indonésia.

7. O Conselho de Segurança das Nações Unidas prontamente deplorou a intervenção das forças armadas da Indonésia no Timor Leste (resoluções 384(1975), de 22.12.1975, e 389(1976), de 22.04.1976). A Assembléia Geral

5 Incluindo a ilha de Atauro, a pequena ilha de Jaco, e o enclave de Oé-Cusse.

das Nações Unidas (Resolução 3485(XXX), de 12.12.1975), além de igualmente deplorar a intervenção militar indonésia, passou a referir-se a Portugal como a "potência administradora" do Timor Leste, no âmbito do direito das Nações Unidas — condição esta que Portugal mantém até o presente, à luz de sucessivas resoluções da Assembléia Geral sobre o status jurídico internacional do território do Timor Leste[6] (*infra*). Foi precisamente nesta condição que Portugal interpôs uma ação contra a Austrália perante a Corte Internacional de Justiça — objeto da sentença desta última de 30.06.1995 — por suposta violação do direito de autodeterminação do povo timorense, ao ter a Austrália celebrado um tratado (conhecido como do "Timor Gap") com a Indonésia relativo à exploração de recursos petrolíferos na plataforma continental do Timor Leste (*infra*).

8. Este episódio contribuiu a que o caso do Timor Leste voltasse a ocupar posição de destaque na agenda política das Nações Unidas[7]. Nesta havia perdido espaço a partir de 1983, presumivelmente em razão da ocupação continuada da ilha pela Indonésia e da atitude de alguns países — Estados Unidos, Japão, Canadá, Austrália, Nova Zelândia, e Papua Nova Guiné — de aquiescência, manifestada em debates nas Nações Unidas, na anexação do Timor Leste pela Indonésia. No mencionado contencioso perante a Corte Internacional de Justiça, por exemplo, a Austrália assinalou que reconhecera a soberania *de facto* (não *de jure*) da Indonésia sobre o Timor Leste, mas "não os meios" que levaram a Indonésia a chegar a este resultado[8]. A atitude de aquiescência de tais países parece haver perdido de vista o princípio geral do Direito segundo o qual *ex injuria jus non oritur*. Em um aspecto, porém, o caso do Timor Leste jamais deixou de figurar na agenda das Nações Unidas: o relativo aos abusos contra os direitos humanos dos timorenses e à necessidade de salvaguarda de tais direitos[9].

9. Com a demanda de Portugal — como "potência administradora" — ante a Corte Internacional de Justiça, o caso do *Timor Leste* voltou a ganhar *momentum*. Em 1997 a Indonésia expressou reservas à proposta de Portugal de integrar à Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, como observadores, os territórios sem governo próprio que fizessem parte do "mundo de língua portuguesa", aí incluído naturalmente o Timor Leste; ameaçou a Indonésia rever suas relações com Moçambique e Guiné-Bissau, caso estes países apoiassem a proposta portuguesa. Tendo presente o desenrolar das negociações entre Portugal e Indonésia sobre o Timor Leste, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil decidiu enviar à Indonésia e ao Timor Leste seu Subsecretário-Geral de Assuntos Políticos (Embaixador Ivan Cannabrava); em suas duas missões (de 02-07.03.1997 e 24-31.08.1998), o Enviado do Itamaraty, em entrevistas com autoridades em Jacarta e Dili, examinou a possibilidade de redução da presença militar indonésia no Timor Leste, a abertura de um diálogo entre a Indonésia e todos os setores timorenses (inclusive a FRETILIN), e as perpectivas de uma solução negociada entre Portugal e Indonésia, na forma de independência ou autonomia ou outro status especial para o Timor Leste.

10. Ao longo dos entendimentos, em meados de 1998, entre os Chanceleres de Portugal (Ministro Jaime Gama) e Indonésia (Ministro Ali Alatas), sob a égide do Secretário-Geral das Nações Unidas (Sr. Kofi Annan), registrou-se uma mudança na posição da Indonésia, refletindo a evolução política no interior deste país. As negociações tripartites Portugal/Indonésia/Nações Unidas produziram uma *Proposta de Autonomia para o Timor Leste*, supracitada, que em março de 1999 o Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal, através de sua Embaixada em Brasília, apresentou-me, para minha análise e parecer. Já então a Indonésia se manifestava de acordo com uma consulta, na forma de referendo, ao povo timorense, sobre seu futuro, demonstrando algum tipo de interesse em suspender os subsídios por ela pagos ao Timor Leste em caso de eventual rejeição da *Proposta de Autonomia*.

11. Com efeito, em fevereiro de 1999 tornava-se pública a decisão indonésia de recomendar à sua nova Assembléia — a ser eleita no corrente mês de junho de 1999 — a aprovação de uma lei que permitisse inclusive a independência do Timor Leste, modificando assim a lei anterior de anexação do território à República da Indonésia. Em março de 1999 Portugal e Indonésia acordaram os detalhes para a realização da consulta popular, com voto direto, no Timor Leste, supervisionada pelas Nações Unidas, e programada para agosto de 1999. O Brasil expressou sua satisfação pela notícia, face à "conquista pelo povo timorense" do direito de decidir seu próprio destino[10]. Tendo presentes os aspectos fáticos do caso do Timor Leste, passo à identificação e exame de seus aspectos jurídicos, em atenção à consulta a mim formulada.

6 Estas resoluções (oito da Assembléia Geral, e duas outras do Conselho de Segurança das Nações Unidas) encontram-se citadas no parágrafo 14 do julgamento de 30.06.1995 da Corte Internacional de Justiça no caso do *Timor Leste* (Portugal *versus* Austrália); *ICJ Reports* (1995) p. 96.

7 Para um relato histórico do caso do Timor Leste, cf., em geral, e.g., J. Ramos Horta, *Funu — The Unfinished Saga of East Timor*, Trenton/New Jersey, Red Sea Press, 1987, pp. 1-207; S. Inbaraj, *East Timor — Blood and Tears in ASEAN*, Chiang Mai/Thailand, Silkworm Books, 1995, pp. 1-183; G.C. Gunn, *East Timor and the United Nations — The Case for Intervention*, Lawrenceville/New Jersey, Red Sea Press, 1997, pp. 1-105; C.O. Quaye, *Liberation Struggles in International Law*, Philadelphia, Temple University Press, 1991, pp. 177-182.

8 Caso do *Timor Leste*, *cit. supra* n. (6), p. 97 (parágrafo 17).

9 L. Hannikainen, "The Case of East Timor from the Perspective of *Jus Cogens*", *International Law and the Question of East Timor*, London, CIIR/IPJET, 1995, pp. 108-111.

10 *Correio Braziliense*, Brasília, 13.03.1999, p. 5.

III. *Aspectos Jurídicos do Caso do Timor Leste.*

1. *O Status Jurídico Internacional dos Territórios Sem Governo Próprio.*

12. Os regimes internacionais tanto dos territórios sob mandato na época da Liga das Nações como dos territórios sob tutela e dos territórios sem governo próprio na era das Nações Unidas[11] foram criados no interesse maior dos habitantes dos respectivos territórios, e em última análise da humanidade como um todo, como regimes com um objeto internacional: a missão sagrada (*sacred trust*) da civilização, conceito dinâmico voltado ao bem-estar das populações em questão, não limitado por quaisquer acordos ou relações contratuais em contrário. Foi o que ressaltou a Corte Internacional de Justiça, em seu Parecer de 1950 sobre o Status Internacional da África do Sudoeste[12]. *A Corte ressaltou os princípios componentes da missão sagrada da civilização, a saber, os princípios da não-anexação e do bem-estar e desenvolvimento das populações em territórios sem governo próprio.*

13. O Timor Leste é, juridicamente, até hoje um território sem governo próprio, cujo status internacional é regido pelo direito das Nações Unidas (capítulo XI da Carta da Organização). A anexação do Território de Timor Leste efetuada pela Indonésia (*supra*) jamais contou com o reconhecimento das Nações Unidas. Ao contrário, as resoluções 384 (de 22.12.1975) e 389 (de 22.04.1976) do Conselho de Segurança das Nações Unidas, e 3.485 (XXX, de 12.12.1975, além de sete outras resoluções) da Assembléia Geral das Nações Unidas ressaltaram o direito de autodeterminação do povo do Timor Leste, entendendo que tal direito não havia sido exercido. O Timor Leste continua, até o presente, a ser um território sem governo próprio, a cujo povo tem sido negado o exercício do direito de autodeterminação.

14. O direito de autodeterminação é inerente à população de um território sem governo próprio, no sentido do regime internacional do capítulo XI da Carta das Nações Unidas. São traços básicos deste regime internacional o princípio da não-anexação (o que exclui terminantemente da aplicação a esses territórios das regras clássicas sobre aquisição e perda de território no direito internacional tradicional), a supervisão internacional dos territórios sem governo próprio (em nome da comunidade internacional), e a primazia do interesse maior do bem-estar e desenvolvimento de suas populações, titulares do direito

11 Carta das Nações Unidas, capítulos XII (sistema internacional de tutela) e XI (territórios sem governo próprio).

12 ICJ, Advisory Opinion on the International Status of South-West Africa, ICJ Reports (1950) pp. 128-219.

de autodeterminação. Já na década de cinqüenta era alçado ao plano internacional o elemento da supervisão internacional[13], que não comportava restrições[14].

15. A célebre Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (Resolução 1514 (XV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14.12.1960) veio fortalecer o status internacional dos territórios sem governo próprio e dos territórios sob tutela (parágrafo 5) e afirmar de modo categórico o direito de autodeterminação de seus povos. A questão foi igualmente considerada no processo de elaboração da Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Regendo as Relações Amistosas e Cooperação entre os Estados Conforme a Carta da ONU (Resolução 2625 (XXV) da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 24.10.1970), verdadeiro *restatement* dos princípios do direito internacional contemporâneo consagrados na Carta das Nações Unidas.

16. Prevaleceu o entendimento da maioria das Delegações no sentido de que, na atualidade, a expressão "relações internacionais" não mais se limita às relações puramente interestatais, porquanto as relações entre um território sem governo próprio e a autoridade encarregada de sua administração são de caráter internacional, tendo presentes as responsabilidades internacionais estabelecidas pelo capítulo XI da Carta das Nações Unidas[15]. Na formulação definitiva do princípio da igualdade de direitos e autodeterminação dos povos naquela Declaração de 1970 inseriu-se uma cláusula explicando que um território sem governo próprio — sob a Carta das Nações Unidas — tem um status separado e distinto do território do Estado que o administra, que persiste até que seu povo exerça seu direito de autodeterminação consoante os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas[16].

17. Em suma, um território sem governo próprio no sentido do capítulo XI da Carta das Nações Unidas tem um status jurídico internacional que gera obrigações de respeito ao direito de autodeterminação de seu povo, de salvaguarda dos direitos humanos de seus habitantes, e de não-exploração de seus recursos naturais[17]. Tais obrigações são oponíveis *erga omnes*, tanto *vis-à-vis*

13 Cf. ICJ, Advisory Opinion on *Voting Procedure on Questions Relating to Reports and Petitions Concerning the Territory of South-West Africa, ICJ Reports* (1955) pp. 67-123; e cf., no tocante aos territórios sob tutela, J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 2-256.

14 ICJ, Advisory Opinion on *Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, ICJ Reports* (1956) pp. 23-71.

15 A.A. Cançado Trindade, *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1981, p. 61.

16 *Ibid.*, p. 72.

17 Cf., a respeito, e.g., Ian Brownlie, "The Rights of Peoples in Modern International Law", *The Rights of Peoples* (ed. J. Crawford), Oxford, Clarendon Press, 1988, pp. 1-16; [Vários

o Estado que administra o referido território como *vis-à-vis* todos os demais Estados: trata-se de obrigações devidas à comunidade internacional como um todo (*infra*).

18. No recente caso do *Timor Leste* (1995) perante a Corte Internacional de Justiça, Portugal sustentou, em sua demanda contra a Austrália, que esta última violara o direito de autodeterminação do povo timorense, e direitos conexos, ao celebrar com a Indonésia, em 11.12.1989, o Tratado do "Timor Gap", atinente à exploração de recursos petrolíferos na plataforma continental do Timor Leste. Embora o caso não tivesse prosperado quanto ao mérito, por ter a Corte da Haia se eximido de exercer sua competência contenciosa em virtude dos "direitos e obrigações" de um Estado terceiro — a Indonésia — não sujeito a sua competência (*infra*), mesmo assim teceu algumas considerações que reconhecem e afirmam, em termos inequívocos, o status jurídico internacional do território do Timor Leste e o direito de autodeterminação do povo timorense.

19. No julgamento de 30.06.1995 sobre o caso do *Timor Leste*, a Corte Internacional de Justiça considerou irrepreensível a asserção do Estado demandante de que o direito de autodeterminação dos povos, tal como desenvolvido a partir da Carta e da prática das Nações Unidas, tem um caráter erga omnes[18] *(infra). Nas palavras da Corte, "o Território do Timor Leste permanece um território sem governo próprio e seu povo tem o direito à autodeterminação"*[19].

20. Dado que a demanda de Portugal no caso do *Timor Leste* buscava precisamente assegurar o respeito ao direito de autodeterminação, a Corte Internacional de Justiça, no entanto, poderia e deveria ter ido bem mais além. Há quase trinta anos, em célebre *obiter dictum* no caso da *Barcelona Traction* (Bélgica *versus* Espanha, sentença de 05.02.1970), a Corte da Haia afirmou a existência de obrigações *erga omnes*, devidas à "comunidade internacional como um todo", derivadas, no direito internacional contemporâneo, da "proibição dos atos de agressão e do genocídio" assim como dos "princípios e regras atinentes aos direitos fundamentais da pessoa humana" (parágrafos 33-34)[20].

autores,] *Les résolutions dans la formation du droit international du développement* (Colloque de 1970), Genève, IUHEI, 1971, pp. 63-67 (soberania permanente sobre os recursos naturais); O.Y. Asamoah, *The Legal Significance of the Declarations of the General Assembly of the United Nations*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 163-185; J. Castañeda, *Legal Effects of United Nations Resolutions*, N.Y., Columbia University Press, 1969, pp. 174-176; A.J. Lleonart y Amselem, *Derecho de los Estados a Disponer Libremente de Sus Recursos Naturales*, Madrid, CSIC/Instituto Francisco de Vitoria, 1976, pp. 15-478.

18 ICJ, East Timor case (Portugal versus Austrália), ICJ Reports (1995) p. 102, par. 29.

19 Ibid., pp. 103 e 105-106, pars. 31 e 37, respectivamente.

20 *ICJ Reports* (1970) p. 32.

21. Desde então, a questão tem marcado presença nas sentenças subseqüentes da Corte da Haia nos casos dos *Testes Nucleares* (1974), da *Nicarágua versus Estados Unidos* (1986), do *Timor Leste* (1995, *supra*), e da *Bósnia-Herzegovina versus Iugoslávia* (exceções preliminares, 1996), além do parecer sobre a *Namíbia* (1971), assim como nos argumentos das partes nos casos do *Camarões Setentrional* (1963) e da *África do Sudoeste* (1966), e nos argumentos (escritos e orais) atinentes aos dois pareceres sobre as *Armas Nucleares* (1994-1995)[21]. A Corte da Haia não tem sido o único tribunal internacional a dar expressão às obrigações *erga omnes*: no continente americano, também a Corte Interamericana de Direitos Humanos se pronunciou a respeito, em parecer de 14.07.1989, sobre a *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem de 1948*, ao afirmar que constitui uma obrigação *erga omnes* a de "respeitar certos direitos humanos essenciais"[22]. E posteriormente, no caso *Blake versus Guatemala* (1998-1999), em Explicações de Voto nas sentenças da Corte Interamericana quanto ao mérito e às reparações, o Juiz Cançado Trindade advertiu para a necessidade e importância do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial das obrigações *erga omnes* para o futuro da proteção internacional dos direitos humanos[23].

22. Apesar das sucessivas referências às obrigações *erga omnes* na jurisprudência internacional contemporânea, esta última, no entanto, infelizmente ainda não logrou extrair as conseqüências da existência de tais obrigações (e de suas violações), e tampouco definir seu regime jurídico. A Corte Internacional de Justiça teve uma oportunidade única de fazê-lo no caso do *Timor Leste*, mas lamentavelmente a desperdiçou, ao relacionar as obrigações *erga omnes* com algo que lhe é antitético: o consentimento estatal (no caso, de um Estado terceiro, a Indonésia) como pré-requisito para o exercício de sua competência em matéria contenciosa.

23. Nada poderia ser mais incompatível com a própria existência das obrigações *erga omnes* — cuja existência a própria Corte da Haia admitiu no caso do *Timor Leste* em relação ao direito de autodeterminação dos povos (*supra*) — do que a concepção positivista-voluntarista do direito internacional e a ênfase no consentimento estatal (inclusive de um Estado terceiro) como fundamento da jurisdição internacional (dada a falta de automatismo desta

21 Para um estudo geral, cf. M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 1-218.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), *Opinión Consultiva OC-10/89*, Serie A, n. 10, 1989, p. 21, parágrafo 38.

23 CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Mérito), Julgamento de 24.01.1998, Série C, n. 36, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafo 28; CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Reparações), Julgamento de 22.01.1999, Série C, n. 48, Explicação de Voto do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafo 40.

última). Há que superar certos dogmas do passado, e impulsionar a evolução alentadora da consagração das normas imperativas do direito internacional (*jus cogens*), e das correspondentes obrigações *erga omnes*[24]. *O reconhecimento da existência das obrigações erga omnes requer em definitivo a determinação de seu regime jurídico e das conseqüências de suas violações.*

2. *Os Territórios Sem Governo Próprio e o Direito de Autodeterminação de Seus Povos.*

24. O direito de autodeterminação dos povos (vivendo em territórios sem governo próprio ou em outras circunstâncias) encontra-se solidamente respaldado no direito internacional contemporâneo. O direito das Nações Unidas cuidou de rejeitar as antigas objeções da pretensa falta de preparo político ou inviabilidade econômica daqueles territórios. A já mencionada Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960) adverte que "a inadequação do preparo político, econômico ou educacional jamais deve servir de pretexto para retardar a independência" (parágrafo 3)[25], e acrescenta que a subjugação dos povos à dominação estrangeira constitui "uma denegação

24 Sobre as normas imperativas do direito internacional (jus cogens) e a emergência das correspondentes obrigações erga omnes de proteção do ser humano, cf. A.A. Cançado Trindade, Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420. Sobre a relação entre o jus cogens e as obrigações *erga omnes*, cf.: G. Gaja, "Obligations *Erga Omnes*, International Crimes and *Jus Cogens*: A Tentative Analysis of Three Concepts", *International Crimes of States — A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility* (eds. J.H.H. Weiler, A. Cassese e M. Spinedi), Berlin, W. de Gruyter, 1989, pp. 151-160; Y. Dinstein, "The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights", 30 *Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; M.C. Bassiouni, "International Crimes: *Jus Cogens* and *Obligatio Erga Omnes*", *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (Proceedings of the Siracusa Conference, September 1998, ed. C.C. Joyner), Ramonville St.-Agne, Érès, 1998, pp. 133-148; A.J.J. de Hoogh, "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", 42 *Austrian Journal of Public and International Law* (1991) pp. 183-214; C. Annacker, "The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994) pp. 131-166; M. Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 211-239. — É significativo, e alentador, que, em sua sessão de Estrasburgo (1997), tenha o *Institut de Droit International* decidido estabelecer uma Comissão de estudos sobre o tema "Direitos e Deveres *Erga Omnes* no Direito Internacional" (V Comissão); cf. 67 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1997/1998)-II, p. 569.

25 Cf. R.S. Clark, "Some International Law Aspects of the *East Timor* Affair", 5 *Leiden Journal of International Law* (1992) pp. 267-268; F. Rigaux, "East Timor and Western Sahara: A Comparative View", *International Law and the Question of East Timor*, London, CIIR/IPJET, 1995, p. 173.

dos direitos humanos fundamentais (...) contrária à Carta das Nações Unidas" (parágrafo 1).

25. O exercício do direito de autodeterminação dos povos floresceu precisamente nas experiências de plebiscitos e consultas aos habitantes dos territórios sob mandato (e no regime de minorias sob a Liga das Nações), sob tutela e sem governo próprio[26] — as quais, por sua vez, fomentaram o desenvolvimento do preparo político e educacional. A suposta inviabilidade econômica também se afigura como pretexto colonialista para a manutenção do *status quo*. No tocante ao Timor Leste, não há que passar despercebido o interesse estrangeiro intensificado no petróleo na região, na suposição da existência de recursos petrolíferos vastos na plataforma continental do Timor Leste[27] — de que dá testemunho o contencioso sobre o Tratado do "Timor Gap" perante a Corte Internacional de Justiça (*supra*). O argumento da pretensa inviabilidade econômica afigura-se, pois, inaplicável assim como infundado.

26. A asserção do direito de autodeterminação, pela Declaração sobre a Outorga de Independência aos Países e Povos Coloniais (1960) e resoluções subseqüentes da Assembléia Geral das Nações Unidas, veio a contar com reconhecimento judicial, mormente mediante os Pareceres da Corte Internacional de Justiça sobre a *Namíbia* (de 21.06.1971) e o *Saara Ocidental* (de 16.10.1975). No primeiro Parecer, a Corte da Haia ponderou, em relação ao sistema de mandatos, que os desenvolvimentos nos últimos cinqüenta anos — desvendando a expansão do *corpus juris gentium* no presente domínio — não deixam margem de dúvida de que "o objetivo último da missão sagrada (*sacred trust*) era *a autodeterminação e independência dos povos em questão*"[28]. E, no segundo Parecer, a Corte concluiu em favor da aplicação da resolução 1514 (XV) da Assembléia Geral das Nações Unidas "na descolonização do Saara

26 Para as primeiras sistematizações da matéria, no âmbito do direito das Nações Unidas, cf. J. Beauté, *Le droit de pétition dans les territoires sous tutelle*, Paris, LGDJ, 1962, pp. 1-256; A. Rigo Sureda, *The Evolution of the Right of Self-Determination — A Study of United Nations Practice*, Leiden, Sijthoff, 1973, pp. 17-372; S. Calogeropoulos-Stratis, *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes*, Bruylant, Bruxelles, 1973, pp. 15-348; H. Gros Espiell (special rapporteur), *The Right to Self-Determination — Implementation of United Nations Resolutions*, N.Y., U.N./Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 1980, pp. 1-86; A. Cristescu (special rapporteur), *The Right to Self-Determination — Historical and Current Development on the Basis of United Nations Instruments*, N.Y., U.N./Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, 1981, pp. 1-125.

27 R.S. Clark, "The 'Decolonisation' of East Timor and the United Nations Norms on Self-Determination and Aggression", *International Law and the Question of East Timor*, London, CIIR/IPJET, 1995, pp. 90-91.

28 ICJ, Avisory Opinion on *Namibia*, *ICJ Reports* (1971) pp. 31ss. (ênfase acrescentada).

Ocidental e, em particular, do princípio da autodeterminação mediante *a expressão livre e genuína* da vontade dos povos do Território"[29].

27. Os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas (o de Direitos Civis e Políticos, e o de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966) determinam, em seu artigo 1, que "todos os povos têm direito à autodeterminação", e, em virtude desse direito, "determinam livremente seu estatuto político e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural". Em seu comentário geral n. 12 (de 1984) sobre esta disposição, o Comitê de Direitos Humanos (órgão de supervisão do Pacto de Direitos Civis e Políticos) conceitualizou o direito de autodeterminação como "um direito inalienável de todos os povos", cuja realização constitui uma "condição essencial" para a garantia efetiva e a observância dos direitos humanos individuais; é o que se pode depreender de sua própria consagração no artigo 1 de ambos os Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas — acrescentou o Comitê —, antes e acima de todos os direitos nestes consignados[30]. Destacou, enfim, o Comitê, a importância do parágrafo 3 do artigo 1 de ambos os Pactos, em virtude do qual os Estados-Partes assumem obrigações "não só em relação a seus próprios povos mas *vis-à-vis* todos os povos que não tenham sido capazes de exercer ou tenham sido privados da possibilidade de exercer seu direito de autodeterminação"[31].

28. Desenvolvimentos recentes no direito internacional contemporâneo revelam as dimensões tanto *externa* como *interna* do direito de autodeterminação dos povos: a primeira significa o direito de todo povo de estar livre de qualquer forma de dominação estrangeira, e a segunda refere-se ao direito de todo povo de escolher seu destino e afirmar sua própria vontade, se necessário contra seu próprio governo. Esta distinção, acolhida pela doutrina contemporânea[32], desafia o paradigma puramente interestatal do direito internacional clássico: a emergência do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem concentrar a atenção no tratamento dispensado pelo Estado a todos os seres humanos sob sua jurisdição, nas condições de vida da população, em suma, na função do Estado como promotor do bem comum.

29. A teoria e prática do direito internacional contemporâneo efetivamente convalidam a vindicação dos direitos dos povos. Um instrumento internacional como a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981, por exemplo, consagra em um mesmo elenco os direitos civis e políticos (artigos 3-14), econômicos, sociais e culturais (artigos 15-18), assim como os direitos dos povos (artigos 19-24), com um mecanismo de implementação comum a todos (artigos 46-59 e 62). Os direitos dos povos têm, ademais, contado com reconhecimento judicial; no caso da *Delimitação Marítima entre Guiné e Guiné-Bissau*, por exemplo, em seu laudo de 18.02.1983, o Tribunal Arbitral que decidiu o caso referiu-se às "reivindicações legítimas" das partes como Estados em desenvolvimento e ao direito dos povos involucrados a alcançar o nível de desenvolvimento econômico e social que preserve plenamente sua dignidade[33].

30. Registram-se, além disso, no contencioso internacional, casos de iniciativas de Estados em favor dos povos, para protegê-los: indicações claras neste sentido encontram-se, e.g., em duas petições unilaterais instituindo procedimentos perante a Corte Internacional de Justiça, quais sejam, a da Nova Zelândia (contra a França) no caso dos *Testes Nucleares* (1973-1974), e a de Nauru (contra a Austrália) no caso das *Terras de Fosfato* (1989-1992)[34]. Os célebres *obiter dicta* da Corte da Haia, supracitados, afirmando a aplicabilidade da autodeterminação a todos os territórios sem governo próprio (Parecer sobre a *Namíbia*, 1971) e reconhecendo o direito de autodeterminação mediante a "expressão livre e genuína da vontade do povo do Território" (Parecer sobre o *Saara Ocidental*, 1975), vieram impulsionar a consolidação definitiva da justiciabilidade do direito de autodeterminação dos povos[35]. Na feliz expressão do Voto Separado do Juiz Dillard no Parecer sobre o *Saara Ocidental*, "é o povo que determina o destino do território e não o território o destino do povo"[36].

29 ICJ, Advisory Opinion on the *Western Sahara*, *ICJ Reports* (1975) p. 68 (ênfase acrescentada).

30 United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 15.08.1997, p. 13 (parágrafos 1-2).

31 *Ibid.*, p. 13 (parágrafo 6).

32 Cf. A. Cassese, *Self-Determination of Peoples — A Legal Reappraisal*, Cambridge, University Press, 1995, pp. 1-365; P. Thornberry, "The Democratic or Internal Aspect of Self-Determination with Some Remarks on Federalism", *Modern Law of Self-Determination* (ed. Ch. Tomuschat), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 101-138; Ch. Tomuschat, "Self-Determination in a Post-Colonial World", *in ibid.*, pp. 1-20; A. Rosas, "Internal Self-Determination", *in ibid.*, pp. 225-251; J. Salmon, "Internal Aspects of the Right to Self-Determination: Towards a Democratic Legitimacy Principle?", *in ibid.*, pp. 253-282.

33 *Cit. in* Ian Brownlie, *The Human Right to Development*, London, Commonwealth Secretariat (Occasional Paper Series), 1989, pp. 1-2, e cf. p. 13 n. 1.

34 A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio-Ambiente — Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 186-187.

35 M.C. Maffei, "The Case of East Timor before the International Court of Justice — Some Tentative Comments", 4 *European Journal of International Law* (1993) pp. 223-238; C.M. Chinkin, "East Timor Moves into the World Court", *in ibid.*, pp. 206-222. — Sobre a posição da chamada Organização das Nações e Povos Não-Representados (UNPO), cf. M.C. van Walt van Praag, "The Position of UNPO in the International Legal Order", *Peoples and Minorities in International Law* (eds. C. Brölmann, R. Lefeber e M. Zieck), Dordrecht, Nijhoff, 1993, pp. 313-325.

36 *ICJ Reports* (1975) p. 122.

31. Há, pois, todo um desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial, corroborado pela prática dos Estados e das organizações internacionais, em respaldo ao direito de autodeterminação dos povos. Em desafio a esta evolução do direito internacional contemporâneo encontram-se a ocupação e anexação, pela Indonésia, em 1975, do Timor Leste, e a perpetuação desta situação desde então, constituindo flagrante denegação do direito de autodeterminação do povo timorense[37]. As Nações Unidas jamais reconheceram que o povo timorense tenha, até o presente, exercido seu direito de autodeterminação. A confirmação da data de realização do referendo popular no Timor Leste, programado para 29 de agosto próximo, com supervisão das Nações Unidas, pode enfim proporcionar ao povo timorense a ocasião para o exercício — desde que livre — de seu direito de autodeterminação.

3. *O Projetado Referendo Popular: A Opção Timorense entre um Estado Independente e Formas Mitigadas de Autonomia.*

32. Com efeito, ninguém melhor do que o próprio povo timorense para decidir seu próprio destino, ao optar entre a independência ou a autonomia do Timor Leste. Cumpre, a respeito, assinalar a diferença básica existente, no direito internacional, entre as noções de *independência* e *autonomia*. A primeira tem uma acepção única e inequívoca, enquanto a segunda comporta sentidos distintos. A independência é a condição normal dos Estados em suas relações internacionais[38]; na celebrada expressão do árbitro Max Huber no caso da *Ilha de Palmas* (Estados Unidos *versus* Holanda, 1928)[39], a independência é a medida da soberania nas relações entre os Estados. A autonomia, por sua vez, pode significar condições distintas.

33. Na era das Nações Unidas, toda a evolução da prática internacional atinente aos territórios sem governo próprio enfatizou o desenvolvimento de tais territórios rumo à independência; paralelamente, a prática internacional passou a buscar, em outras circunstâncias, distintas formas de autogoverno

37 A decisão de 31 de maio de 1976 da assim chamada "Assembléia Popular Regional", não-eleita, estabelecida por um governo provisório pró-Indonésia em meio à ocupação militar por esta do Timor Leste, em favor da incorporação deste último à Indonésia, não pode ser tida como representando uma manifestação *livre* de vontade por parte do povo timorense; A. Cassese, *op. cit. supra* n. (32), pp. 79 e 223-230; e cf. R.S. Clark, "The 'Decolonisation' of East Timor...", *op. cit. supra* n. (27), p. 80.

38 Cf. o estudo clássico de K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, Genève, Droz, 1968, pp. 1-593; e cf. H. Bokor-Szegó, *New States and International Law*, Budapest, Akadémiai Kiadó, 1970, pp. 7-114; J. Crawford, *The Creation of States in International Law*, London, Oxford University Press, 1979, pp. 1ss.

39 Texto *in* 2 *Reports of International Arbitral Awards*, pp. 829ss.

(autonomia)[40], em relação sobretudo à autodeterminação de *minorias* e à salvaguarda de seus direitos[41]. Quanto às formas de autonomia, podem-se identificar modelos que variam desde o federalismo (e.g., a relação Groenlândia/Dinamarca, os arranjos de autonomia na região do Tirol do Sul/Áustria, o sistema federal da Malásia), e os territórios internacionalizados (e.g., Cidade Livre de Danzig, Território Livre de Trieste, o Sarre, as Ilhas Aaland), até os Estados associados (e.g., Porto Rico[42], Ilhas Virgens, Antilhas Holandesas, e a relação Nova Zelândia/Ilhas Cook, Niue e Tokelau)[43]. Podem, além disso, ser lembradas as experiências históricas recentes de Hong Kong[44] e Macau[45].

34. Todas estas experiências têm revelado diferentes graus de autonomia, em relação a questões como o alcance das faculdades do governo e do poder legislativo locais, e das instâncias superiores do poder judiciário local (não necessariamente separado do judiciário do poder central), o poder de polícia, e até mesmo o controle sobre os recursos naturais; em geral, as distintas modalidades de autonomia têm deixado a condução das relações exteriores (inclusive a capacidade de celebrar tratados, o *treaty-making*) e a defesa externa (forças militares ou de segurança) nas mãos do poder central, privando, ademais, os governos autônomos do poder constituinte originário (para alterar sua própria estrutura constitucional)[46]. Assim sendo, a probabilidade de êxito de qualquer modalidade de autonomia depende diretamente da existência de um inequívoco e continuado espírito de união a unir dois grupos humanos apesar de suas diferenças, em busca de um destino comum; na prática, a autonomia, não surpreendentemente, tem sido "oferecida com relutância e aceita sem gratidão"[47].

40 L.B. Sohn, "Models of Autonomy within the United Nations Framework", *Models of Autonomy* (ed. Y. Dinstein), Tel Aviv, Tel Aviv University/Transaction Books, 1981, pp. 5-22.

41 R. Bernhardt, "Federalism and Autonomy", *in ibid.*, pp. 23-28.

42 Em livro recente, um antigo membro da Convenção Constitucional e ex-Procurador-Geral de Porto Rico critica a atual forma de autogoverno limitado (autonomia) de Porto Rico, e discute distintas opções para sua independência; cf. J. Trías Monge, *Puerto Rico — The Trials of the Oldest Colony in the World*, New Haven/London, Yale University Press, 1997, pp. 1-214.

43 H. Hannum e R.B. Lillich, "The Concept of Autonomy in International Law", *in Models of Autonomy*, *op. cit. supra* n. (40), pp. 216-217.

44 Para a história constitucional de Hong Kong, e a importância de seu *Bill of Rights*, cf., e.g., A. Byrnes e J. Chan (eds.), *Public Law and Human Rights — A Hong Kong Sourcebook*, Hong Kong/Singapore/Malaysia, 1993, pp. 3-229 e 417-526.

45 Cf., e.g., A.M. Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, Macau, Fundação Macau, 1995, pp. 3-152.

46 Cf. *ibid.*, pp. 218-254.

47 Y. Dinstein, "Autonomy", *in Models of Autonomy*, *op. cit. supra* n. 40, pp. 295 e 302. — A autonomia não é, pois, um fim em si mesma; cf. também, em geral, H. Hannum, *Autonomy, Sovereignty, and Self-Determination — The Accommodation of Conflicting Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1990, pp. 453-477.

35. Não me resta dúvida de que, no contexto do colonialismo e da dominação estrangeira, é com o alcance da independência que o direito de autodeterminação dos povos encontra sua plena realização. Não se pode, a meu ver, fazer abstração da experiência histórica de um povo, ao apresentar-lhe a opção entre independência e autonomia. No caso do Timor Leste, demasiado sacrifício humano já foi imposto ao povo timorense (abusos dos direitos humanos, espoliação dos recursos naturais)[48] para que se contemple seriamente solução definitiva outra que a da independência.

36. No próximo dia 29 de agosto, se se mantém a programação acordada, terá o povo timorense enfim a ocasião de optar por seu futuro político, sob a supervisão das Nações Unidas: independência ou autonomia. A *Proposta de Autonomia para o Timor Leste* (versão de 11.02.1999)[49], resultante do processo negociatório tripartite Portugal//Indonésia/Nações Unidas, submetida a meu exame pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros de Portugal, representa um esforço das Delegações negociadoras para prover um esboço de um possível *framework* constitucional para o Timor Leste, caso o povo timorense opte pela autonomia no referendo de 29 de agosto de 1999.

37. A referida *Proposta de Autonomia* compreende 69 artigos, distribuídos em onze partes, a saber: 1) Áreas Respectivas de Competência (do Governo Central Indonésio e da Autoridade Timorense); 2) Identidade, Residência e Imigração Timorenses; 3) Poderes e Instituições da Autoridade Timorense; 4) Promoção e Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais; 5) Relação entre o Governo Indonésio e a Autoridade Timorense; 6) Relação entre a Autoridade Timorense e Outras Entidades; 7) Nações Unidas (monitoramento); 8) Inderrogabilidade das Competências; 9) Solução de Controvérsias; 10) Lei Fundamental do Timor Leste; e 11) Disposições Transitórias. Como todo documento do gênero, a *Proposta de Autonomia* há que ser vista como o resultado, em um determinado momento, de negociações condicionadas por um contexto histórico de conflito de interesses e posições, representando, pois, não o ideal mas o possível. Apesar dos inegáveis esforços das partes no curso das negociações tripartites Portugal/Indonésia/Nações Unidas, a *Proposta de Autonomia para o Timor Leste*, a meu ver, padece de insuficiências que passo a relatar a seguir.

48 Sobre o massacre de Dili de 1991, cf. G. G. Nettheim, "International Law and International Politics", *International Law and the Question of East Timor*, London, CIIR/IPJET, 1995, pp. 181-204; L. Hannikainen, "The Case of East Timor from the Perspective of *Jus Cogens*", *in ibid.*, pp. 107-109; para os aspectos do Direito Internacional Humanitário, cf. D. Machover, "International Humanitarian Law and the Indonesian Occupation of East Timor", *in ibid.*, pp. 205-222. Estima-se que, desde 1975, mais de cem mil timorenses tenham morrido em conseqüência direta dos conflitos armados, da fome e de enfermidades; R.S. Clark, "The 'Decolonisation' of East Timor...", *op. cit. supra* n. (27), p. 66.

49 Documento *cit. in* nota (3), *supra*.

38. Inicialmente, não se encontra a referida *Proposta de Autonomia* adequadamente estruturada: haveria uma seqüência lógica entre as Áreas Respectivas de Competência, a Inderrogabilidade das Competências, os Poderes e Instituições da Autoridade Timorense, a Relação entre o Governo Indonésio e a Autoridade Timorense, e a Relação entre a Autoridade Timorense e Outras Entidades — questões que se encontram tratadas de forma desordenada na *Proposta de Autonomia* (partes 1, 8, 3, 5 e 6, respectivamente). A parte referente à Lei Fundamental do Timor Leste encontra-se igualmente mal situada, como penúltima parte da *Proposta de Autonomia*, quando a ela deveria ser dada posição de maior destaque no documento. As duas últimas partes da *Proposta de Autonomia* deveriam, naturalmente, ser as relativas à Solução de Controvérsias e às Disposições Transitórias (partes 9 e 11, respectivamente).

39. A parte 4, relativa à Promoção e Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, não reflete a importância capital que lhe deveria ser atribuída em um *framework* constitucional para o Timor Leste. Tampouco se conforma à tendência do constitucionalismo contemporâneo de conceder *pride of place* ao tratamento da temática dos direitos humanos, manifestada na evolução recente das Constituições nacionais de diversos países da América Latina e da Europa (inclusive do Leste Europeu), e cristalizada nos textos constitucionais novos ou reformados. O elenco de direitos constante do artigo 50 da *Proposta de Autonomia* é tão-somente exemplificativo (e como tal não-exaustivo), com invocação da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e da Declaração e Programa de Ação de Viena (principal documento adotado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos de 1993).

40. O fato de não se fazer referência a qualquer dos *tratados ou convenções* de direitos humanos desperta-me sérias preocupações: a Indonésia tem, até o presente, ratificado um número bastante reduzido de tratados de direitos humanos, entre os quais *não* figuram sequer os Pactos de Direitos Humanos (Direitos Civis e Políticos, e Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) das Nações Unidas de 1966[50]. Isto privaria os timorenses, caso optassem pela autonomia, do benefício da supervisão internacional de seus direitos, ao menos dos consagrados nos principais tratados de direitos humanos das Nações Unidas. E tal supervisão reveste-se de fundamental importância, tendo presente a experiência histórica recente, de tantos sofrimentos, do povo timorense.

41. O Poder Judiciário do Timor Leste não seria verdadeiramente autônomo, porquanto, nos termos do projeto de artigo 47 da *Proposta de Autonomia*,

50 L. Hannikainen, "The Case of East Timor from the Perspective of *Jus Cogens*", *op. cit. supra* n. (9), p. 109.

o tribunal de última instância (para julgar os recursos das decisões do Judiciário timorense) seria a Corte Suprema da Indonésia. Ainda no plano substantivo, como a condução das relações exteriores do Timor Leste encontrar-se-ia reservada, nos termos do artigo 1 da *Proposta de Autonomia*, ao governo central da Indonésia, não está claro de que forma poderia a Autoridade Timorense, sob o artigo 62, celebrar acordos ou tornar-se membro de organismos internacionais (inclusive da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa). A *Proposta de Autonomia* não esclarece se a Autoridade Timorense teria algum grau de poder de *treaty-making*, e de que modo poderia tomar as iniciativas contempladas no artigo 62, em suas relações com outras entidades. Em suma, a *Proposta de Autonomia*, em sua atual versão, contém, em meu entender, demasiadas restrições, que não me parecem ajustar-se às expectativas legítimas dos timorenses despertadas ao longo de sua experiência histórica. Reitero meu entendimento no sentido de que, no contexto do colonialismo e da dominação estrangeira, o direito de autodeterminação dos povos só encontra sua plena realização com a consecução da independência.

IV. *Conclusões.*

42. À luz das considerações anteriores, permito-me passar, enfim, ao resumo de minhas conclusões. O Timor Leste é dotado de um status jurídico internacional próprio que, no âmbito do direito das Nações Unidas, o protege contra quaisquer formas de colonialismo ou dominação estrangeira, e em particular contra a anexação. No regime dos territórios sem governo próprio no sentido do capítulo XI da Carta das Nações Unidas, em que se situa até o presente o Território do Timor Leste, prima o interesse maior do bem-estar e desenvolvimento de suas populações. Ao convalidar a vindicação dos direitos dos povos, o direito internacional contemporâneo superou o paradigma puramente interestatal do ordenamento jurídico internacional clássico; para esta evolução contribuíram decisivamente a emergência, consolidação e impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

43. O povo do Timor Leste é titular legítimo do direito de autodeterminação, cristalizado no direito internacional contemporâneo, com o respaldo da doutrina e jurisprudência internacionais, e da prática dos Estados e das organizações internacionais. O direito de autodeterminação dos povos recai hoje no domínio das normas imperativas do direito internacional (*jus cogens*), com as correspondentes obrigações *erga omnes* que se impõem *vis-à-vis* a comunidade internacional como um todo. No livre exercício do direito de autodeterminação, caberá ao povo timorense decidir seu próprio destino, ao optar, no referendo de 29 de agosto de 1999, sob a supervisão das Nações Unidas, pela constituição

de um Estado independente ou por alguma forma mitigada de autonomia. No direito internacional contemporâneo, a independência tem uma acepção única e inequívoca, ao passo que a autonomia pode significar condições distintas, anteriormente assinaladas.

43. A *Proposta de Autonomia para o Timor Leste*, resultante do atual processo negociatório Portugal/Indonésia/Nações Unidas, padece de insuficiências, acima indicadas, no tocante aos planos tanto estrutural como normativo, e contém demasiadas restrições, que dificilmente forneceriam um *framework* constitucional adequado ao que poderia vir a ser a Constituição do futuro Estado do Timor Leste. Tal Constituição saberá reservar o lugar de destaque que nela devem ocupar a salvaguarda e a observância dos direitos humanos de todos os timorenses, consoante os rumos da evolução do constitucionalismo contemporâneo. No contexto do colonialismo e da dominação estrangeira, somente com a consecução da independência alcança o direito de autodeterminação dos povos sua plena realização. Qualquer que seja a decisão, *livremente* manifestada, do povo do Timor Leste, no referendo de 29 de agosto de 1999, supervisionado pelas Nações Unidas, deverá contar ela com o respeito e o respaldo de toda a comunidade internacional, a começar pela Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.

Este, salvo melhor juízo, é o meu parecer.

Brasília, 25 de junho de 1999.

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA*

CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO**

A questão das relações entre Constituição e democracia traduz, a um só tempo, o fenômeno da concretização do *Estado Democrático de Direito* e da efetividade das normas e princípios inspirados nos mais conseqüentes postulados do humanismo solidarista, coletivista, cristão e antiliberal-individualista, conforme sublimados nas Constituições democráticas e nos Diplomas Internacionais de proteção dos direitos humanos vigorantes neste final de milênio. É tema que focaliza as invariavelmente tensas relações entre Direito e sociedade, ou seja, a *recepção* pelas coletividades do instrumental jurídico organizatório do convívio humano. Essas tensões por certo avultam na contemporaneidade, caracterizada pelos padrões civilizatórios da urbanização de massa, da explosão tecnológica, do isolamento do ser individual pelos gradis hipnotizantes da mídia eletrônica, da decrepitude ambiental do planeta, da exclusão sumária de povos e continentes das graças e desgraças do desenvolvimento, da bestialização provocada pelo novo colonialismo travestido na idolatria da globalização dos mercados e, muito especialmente ao que nos toca, pela incessante *abertura* da temática constitucional, que aposentou inúmeros trunfos do legado político-liberal do Ocidente insculpido no *Estado burguês de direito*, a que alude KARL SCHMITT. A Constituição destes tempos é uma *grande antena* apontada para a sociedade, que ao mesmo tempo capta a dramaticidade das ruas e transmite imagens de conformação social, dando ressonância à *alta-tensão* das relações entre o Direito e a vida. Tanto mais quando essa ampliação material do constitucionalismo deste século findante embala no mesmo corpo de regras e prin-

* Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro-UERJ, em 11 de março de 1999.

** Subprocurador-Geral da República, aposentado. Doutor em Direito Público. Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e do Curso de Pós-Graduação em Direito da PUC-RJ.

cípios revestidos de supralegalidade, valores e conceitos historicamente conflitivos e nem sempre conciliáveis na árdua tarefa exegética de torná-los a todos efetivos. Pode-se dizer que os velhos embates entre os princípios da liberdade e da igualdade, que a seu tempo empolgaram a filosofia política e estiveram na crista da onda das revoluções liberais e socialistas da era moderna, extremando o Estado *formal* de Direito e o Estado *material* de Direito, tornaram-se correligionários no discurso pluralista e social-democrático da pós-modernidade, onde as energias dos homens e das instituições empenham-se, não mais no sentido das alternativas reducionistas que priviliegiam um desses postulados fundamentais da organização social e política em detrimento do outro, mas sim em prol de *mais* liberdade e de *mais* igualdade.[1] A bem dizer, a dialética histórica entre os valores da liberdade e da igualdade acabou banalizada nas ambigüidades do vigorante protótipo de Estado *social de Direito*, que, sem desviar-se do leito liberal, abriu-se ao encontro das águas turbulentas do conflito social. Foi, sem dúvida, na pureza indisfarçável do registro da História, com o propósito de preservar o compromisso ideológico com o modelo de produção capitalista que o Estado *liberal* transmudou-se em social, ensejando o intervencionismo publicista como guinada estratégica para salvaguardar o ideário e as fontes de acumulação burguesas.[2] Bem por isso, já anotaram RALPH MILIBAND, na obra *O Estado na sociedade capitalista*, e PABLO LUCAS VERDU, no importante livro *A luta pelo Estado de Direito*, que a intervenção estatal no modelo econômico de produção capitalista significou, de fato, uma intervenção destinada a salvar a empresa capitalista e os valores ideológicos do grande capital. Daí a carga de suspeição que estigmatiza a locução designante da instituição estatal modelada segundo o ambíguo *neoliberalismo social*, cuja ambigüidade é manifesta. *Primeiro*, como adverte JOSÉ AFONSO DA SILVA, *porque a palavra social está sujeita a várias interpretações. Todas as ideologias, com sua própria visão do social e do Direito, podem acolher uma concepção de Estado social de Direito, menos a ideologia marxista, que não confunde o social com o socialista. A Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, Portugal salazarista, a Inglaterra de Churchill e Attlee, a França, com a Quarta República, especialmente, e o Brasil, desde a Revolução de 30 — bem observa PAULO BONAVIEDES — foram 'Estados sociais', o que evidencia que o Estado social se compadece com regimes políticos antagônicos, como sejam a democracia, o fascismo e o nacional-socialismo... O próprio Elías Díaz, que reconhece a importância histórica do Estado social de Direito, não deixa de lembrar a suspeita quanto 'a saber se e até que ponto o neocapitalismo do Estado social de Direito não estaria em realidade encobrindo uma forma muito mais matizada e sutil de ditadura do grande capital'... Por tudo isso, a expressão Estado social de Direito manifesta-se carregada de suspeição, ainda quando se torne mais precisa quando se lhe adjunta a palavra 'democrático', como fizeram as Constituições da República Federal da Alemanha e da República espanhola, para chamá-lo 'Estado social e democrático de Direito'*".[3] Tal é o drama do constitucionalismo democrático da pós-modernidade: dar efetividade — em sociedades de classes heterogêneas e conflitivas, não raro com interesses sectarizados e justapostos, em permanente transformação, vivendo em regime de crescente escassez, num mundo aturdido pela explosão demográfica e segregado pelo poder econômico e tecnológico —, a normas e princípios selados com antinomias seculares e demandados a atender a miríade de reclamos emergentes da dramaturgia social. Tem-se aí a função *promocional* do Direito (*funzione promozionale del diritto*), a que alude NORBERTO BOBBIO, e que corresponde a um *Estado de Direito promocional*, destinado a cumprir pautas de exigências cada vez mais irrealizáveis[4] e a exercer a arbitragem pacificadora entre interesses dicotômicos e em permanente colisão,

1 A exposição de JORGE MIRANDA é ilustrativa nesse aspecto: "*Tanto na concepção liberal como na concepção social, deparam-se a liberdade e a igualdade; porém, na primeira, igualdade é a titularidade dos direitos e demanda liberdade para todos, ao passo que, na segunda, a igualdade é a concreta igualdade de agir e a liberdade a própria igualdade puxada para ação. Na concepção liberal, a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros; na concepção social, esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Os direitos constitucionais de índole individualista podem resumir-se num direito geral de liberdade, os direitos de índole social num direito geral à igualdade... Para o Estado social de Direito... o resultado almejado há de ser uma 'liberdade igual para todos', construída através da correção das desigualdades e não através de uma igualdade sem liberdade; sujeita às balizas materiais e processuais da Constituição; e suscetível, em sistema político pluralista, das modulações que derivem de vontade popular expressa pelo voto*" (Cf. MIRANDA, JORGE — *Os Direitos Fundamentais — sua dimensão individual e social*, na coletânea *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*, do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ed. Revista dos Tribunais, nº 1, ano 1, outubro-dezembro de 1992, págs. 199 e 200.

2 Daí sustentar MILIBAND, RALPH: "*A intervenção estatal na vida econômica significa de fato, em sentido amplo, uma intervenção destinada a ajudar a empresa capitalista. A noção de Estado do bem-estar não teve em outra esfera uma significação mais precisa e oportuna do que aqui: não existem candidatos ao auxílio público mais persistentes do que os orgulhosos gigantes do sistema de empresa privada*" (MILIBAND, RALPH — *O Estado na sociedade capitalista*, Ed. Zahar, 1982, p. 100). No mesmo sentido, veja-se a descrição de JOUVENNEL, BERTRAND — em *As origens do Estado Moderno*, Ed. Zahar, 1980, págs. 100 e segs.; e de BONAVIDES, PAULO — em *Do Estado Liberal ao Estado Social*, Ed. Forense, Rio, 4ª edição, 1980, págs. 4 e segs.

3 SILVA, JOSÉ AFONSO — no ensaio *O Estado Democrático de Direito*, na Revista de Direito Administrativo, vol. 173, Ed. Fundação Getúlio Vargas, julho-setembro de 1988, págs. 18 e 19.

4 BOBBIO, NORBERTO — *Dalla Strutura alla Funzione*, Edizione di Comunitá, Milão, 1977, págs. 115 e segs.

a exemplo de capital/trabalho, indivíduo/coletivo, cidade/campo, inflação/recessão, desenvolvimento industrial/proteção do meio ambiente, mercado interno/mercado externo, público/privado, pobres/ricos.

É forçoso e compreensível que as dificuldades para a efetividade de uma Constituição social democrática se agigantem em ambientes sociais marcados por contradições classistas e agudas disparidades regionais e sociais que fracionam o sentido da solidariedade e bloqueiam o espírito comunitário. Nesses contextos, que são típicos das realidades *neocolonialistas* do chamado terceiro mundo, onde se inclui o nosso amado Brasil, vive-se a fantasia (ainda que impregnada de benfazeja esperança) da idealização constitucional dos direitos humanos e, em conseqüência, a incessante crise de legitimidade da autoridade, considerando que o chamado *bloco no poder* simboliza o estamento hegemônico, ainda que ungido por uma vitória eleitoral contingente e determinada pelos *fatores reais do poder*, segundo a visão do constitucionalismo sociológico de FERDINAND LASSALE[5], exercendo o comando político sob o estigma da suspeição (explícita ou implícita) da massa dos governados.[6] Como observa MIGUEL PRESSBURGER — "*em sociedades onde as diferenças de classe são tão agudizadas quanto na nossa, ... revelam-se as profundas desigualdades que se ocultam por debaixo da igualdade legalmente declarada; a irracionalidade da propriedade protegida e sacralizada como um bem 'natural'; o cativeiro mistificado pela liberdade contratual; o objeto (o capital) erigido à condição de sujeito de direito; a cidadania normatizada e restringida a meras declarações de princípios; o conflito social individualizado e remetido para instâncias burocráticas do Poder Judiciário. Essa prática, que se realiza na abstração das regras do mundo das relações jurídicas, tem o poder de revelação na concretude do mundo das relações sociais, porque é mediadora no desnudamento da realidade, aquilo que EMILIA VIOTTI DA COSTA tão bem listou: — 'Que sentido tem o direito à propriedade para quem não é nem jamais será proprietário, ou direito de representação para quem foi privado do direito de voto por ser analfabeto? Que sentido tem o direito de reunião para o trabalhador do campo ou da cidade que vê seus sindicatos ocupados ou fechados, seus líderes afastados ou presos? Que significado tem a inviolabilidade do lar para aqueles que têm suas casas invadidas pela polícia e membros de sua família presos sem ordem judicial? Que significado tem o direito de livre*

5 LASSALE, FERDINAND — *Que é uma Constituição*, Ed. Villa Martha, Porto Alegre, 1980, págs. 19 e 20.

6 Nesse sentido, como descreve POULANTZAS, as relações da classe dominante com o aparelho do Estado desenvolvem-se de acordo com a malha de interesses hegemônicos e utilitaristas a que se denomina de *jogo de poder* (Cf. POULANTZAS, NICOS — *Poder Político e Classes Sociais*, Ed. Martins Fontes, São Paulo, 1977, págs. 224 e 225).

expressão para quem não dispõe dos meios de comunicação para se expressar?..."[7]

Por outro lado, a formação jurídica e o *bacharelismo* de índole liberal-conservadora esteve desde as origens associado em nosso país ao projeto autoritário e elitista de dominação hegemônica do povo brasileiro, a princípio protagonizado pela aristrocacia rural-escravagista, depois pelo empresariado industrial e financeiro, ambos quase sempre conjungados com os interesses do capitalismo internacional. Bem por isso, a despeito das expressivas conquistas alcançadas pelo ideário dos direitos fundamentais do homem no sistema normativo pátrio, estas enfrentam a sistemática resistência e a sabotagem paralisante por parte dos operadores do direito comprometidos com os privilégios castiços das elites e com a velha ordem oligárquica. Tal embate enseja a *apostasia* e a ineficácia social das normas constitucionais tutelares da dignidade humana, a demonstrar que a emancipação da classe trabalhadora e do majoritário segmento de excluídos do mercado de produção e consumo não há de fazer-se unicamente pela via da tramitação legislativa responsável ou da comiseração judicial, mas, também, por todas as formas de participação, de reivindicação e de contestação social. Já se disse que a maneira mais eficiente de disciplinar o capitalismo é através da luta social e política. O instrumental jurídico pode e deve ser um componente vigoroso para o resgate emancipatório do povo brasileiro. Nesse contexto, os profissionais do Direito devem abandonar o papel menor a que ANTONIO GRAMSCI designa de "*comissários do grupo dominante*", exercendo funções subalternas e de autêntica capatazia para o patriciado hegemônico da vida brasileira. Devem, bem ao contrário, mercê da têmpera insuplantável dos advogados e da visão humanista e transformadora que o estudo crítico do Direito propicia, assumir o papel mais meritório de *intelectuais orgânicos* e *operários da democracia* na obra de concretização, tanto constitucional quanto metaconstitucional, da ideologia dos direitos humanos em nosso País.[8] Esse é o nó estrutural para a efetividade das normas supralegais pregadoras da solidariedade social e protetoras dos direitos humanos. É na raiz dos fatos, das desigualdades e dos sofrimentos indescritíveis do nosso povo que repousa o semantismo da Carta Política, as frustrações diante de tantos ideais normativos irrealizados e a crítica cínica das elites guarnecidas de poder econômico contra o idealismo programático e transformador da Constituição.

7 PRESSBURGER, MIGUEL — no ensaio *Direitos Humanos e Serviços Legais Alternativos*, constante da obra coletiva *Lições de Direito Alternativo*, organizada por EDMUNDO LIMA DE ARRUDA Jr., Ed. Acadêmica, vol. 2, págs. 57 e 58.

8 GRAMSCI, ANTONIO, *Os intelectuais e a organização da cultura*, tradução de C.N.Coutinho, Ed. Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1968.

Sob a ótica específica dos países da América Latina, os direitos fundamentais do homem padecem de uma espécie de *síndrome de paradoxismo*: quanto mais são catalogados nas pautas constitucionais e legais, e ainda nos programas partidários e nos discursos sem fim das lideranças políticas, mais são eles relegados ao descaso no plano das realidades. Pode-se afirmar, valendo-nos do descaso juspositivista *kelseniano*, que nessas paragens *terceiromundistas* a vigência da Constituição pouco tem a ver com sua eficácia social. O ceticismo inerente a esse parodoxo deve, contudo, evoluir para um juízo construtivo, crítico e frontal contra os estamentos dirigentes da comunidade que sabotam, tanto no âmbito das instituições de governo quanto das organizações da sociedade civil, o projeto *mudancista* e civilizatório da Constituição, jamais enveredando pela condenação simplista e pueril quanto à capacidade isolada do texto constitucional de superar os antagonismos de classe e as deformações históricas enquistadas no tecido social. O *nominalismo* ou *semantismo* constitucional não se dá, com evidência, por culpa da Constituição ou da generosidade humanitária e futurista do legislador constituinte de 1988. Dá-se, sim, por força do terreno árido e pedregoso em que o estatuto supremo deve frutificar. Não se pode, pois, condenar o projeto magnânime de transformação social refletido na Constituição democrática de nosso País, pela constatação de a realidade social a ser transformada segundo suas diretrizes apresentar-se a léguas de distância do ideário constituinte, como muitos fazem a pretexto de defender interesses e privilégios inconfessáveis. Diz bem JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, mestre incomparável e estimado padrinho, a propósito da resistência conservadora com relação à nossa Carta Política de 1988: "*A Constituição raramente tem atingido, entre nós, o nível de efetividade comum em normas de hierarquia inferior... A campanha dos interesses contrariados geralmente encontra aliado poderoso na tendência de certos meios ao imobilismo. Este se explica, muitas vezes, como produto de convicções conservadoras. Se determinada modificação do ordenamento se afigura perigosamente radical ao ocupante de cargo ou posição capaz de influenciar o curso dos acontecimentos na matéria, é natural que ele se sinta inclinado a utilizar o seu poder para bloquear a inovação ou minimizar-lhe os efeitos*".[9]

A bem dizer, nunca se atacou tanto, e com tamanho furor destrutivo, um diploma constitucional generoso e responsável pela restauração do convívio democrático em nosso País, uma vez passado o cortejo de desgraças da ditadura militar. Contra a Constituição levantam-se, desde a sua promulgação, alguns dos mais funestos personagens do período ditatorial, a vociferar seu desdém

9 BARBOSA MOREIRA, JOSÉ CARLOS — no artigo O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição, na *Revista Forense*, vol. 304, ano 84, outubro-dezembro de 1988, pág. 152.

para com as causas populares e os legítimos interesses da soberania nacional. São os mesmos áulicos do regime autoritário que ainda há pouco defendiam a manutenção a qualquer custo da famigerada Carta outorgada pela Junta Militar nos idos de 1969, acedendo apenas, cinicamente, quanto a algumas emendas oportunistas que dessem uma sobrevida ao sistema de poder onde se forraram de privilégios e fortuna. Trata-se, enfim, dos reacionários de sempre e de ocasião, agora travestidos em neoliberais e de arautos da modernidade, que recém-pregavam a inconveniência de uma Assembléia Nacional Constituinte corregedora das trapaças institucionais que perpetraram e, sobretudo, que resgatasse os malefícios infligidos aos direitos humanos e ao povo trabalhador na fase obscurantista pós-64. Infelizmente, esses *partisants* do arbítrio elitista e do barbarismo jurídico possuem lugar cativo em certos setores dos veículos da mídia cartelizada, que amplificam e não raro se associam aos seus apetites de poder e de lucro fácil. Essa campanha demolidora e mistificadora das causas populares, através do bombardeio de *napalm* eletrônico contra as reservas da consciência cívica acaba por disseminar a desinformação e a perplexidade no seio do povo brasileiro, além de estancar a expansão dos partidos políticos e dos movimentos sociais autênticos, a exemplo do *Movimento dos Trabalhadores Sem Terra* — o MST, este sem dúvida o mais importante e meritório acontecimento de organização e resistência social nas últimas décadas em nosso País.

Terrível a sanha dos detratores de nossa Constituição, que nunca ergueram uma só objeção às Cartas e atos institucionais outorgados pelo regime militar e, pior que isso, por 30 anos governaram com eles, com eles endividaram a nação, implodiram o sistema educacional, liquidaram o movimento sindical, amordaçaram toda uma geração e deixaram os direitos humanos em frangalhos. Agora, buscam esses coveiros das liberdades públicas praticar o crime de aborto contra a Constituição que mal vingou a primeira infância, reduzindo-a à condição de uma ***soft law***, consumível e descartável ao sabor de seus interesses imediatistas. Com sua ação deletéria, e escudados no requentado discurso neoliberal, este transformado pelo poder da comunicação e pela mídia de interesses em pregação dogmática e avassaladora, esse ***centrão*** conservador tem conseguido imbecilizar o debate político, impor um regime de acriticidade popular e, ainda, nulificar a luta desassombrada dos partidos e dos brasileiros comprometidos com o projeto de mudança e com a democratização da terra e do capital em nosso País. Não tendo logrado impor, em 1994, a pretensa revisão ampla e irrestrita da Constituição, com grosseira invocação do procedimento revisionista previsto no art. 3º do *Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, esses golpistas de plantão já impuseram à nação algumas emendas constitucionais mutiladoras do texto supremo, para tanto valendo-se do arco de aliança parlamentar de apoio ao governo da União, cuja fidelidade é costurada

e mantida, como se deu ao ensejo da aprovação da Emenda nº 16/97, autorizativa da reeleição do atual governante da nação para um novo mandato presidencial, à custa de toda sorte de violências regimentais, de aliciamentos despudorados e de benesses inconfessáveis. Esses *profiteurs do situacionismo* e ocupantes cativos do poder político e econômico chegaram ao acinte de considerar a Constituicão *inflacionária*, além de grande culpada pela *ingovernabilidade* do país, como se o diploma organizador da vida nacional, depois de três décadas de desmandos autoritários, pudesse ter a conseqüência de atrapalhar os economistas, causar recessão, desvalorizar a moeda nacional e disparar o gatilho da inflação. E logo num país em que, só nos últimos quinze anos, experimentou nada menos do que três espécies do padrão monetário, além de dezenas de programas de estabilizacão econômica, ao lado de outras dezenas de políticas salariais, de controle de preços, de variacão cambial, de propostas de negociacão da dívida externa, de indexadores da taxa de inflação, além de outros tantos decretos sobre austeridade financeira e controle do *deficit* público. E isto sem esquecer o confisco da poupança e das contas correntes decretado em 1991 por um ex-Presidente forjado e maquilado em salvador da pátria, depois destituído do cargo em meio a toda sorte de escândalos e imoralidades, mas à época imposto à nação pelo mesmo núcleo de interesses conservadores que a cada eleição vai conseguindo uma sobrevida para o seu nefando sistema de poder.

Como típica *Carta-compromisso*, é certo que a Constituição brasileira de 1988, que acaba de completar o primeiro decênio, encarnou excelentemente a síntese de nossas contradições e ideais de mudança. Dada a mescla ideológica de seus autores, o novel estatuto supremo traduz o encontro das águas encapeladas entre as forças conservadoras e as aspirações mudancistas que se antagonizaram na Constituinte. Sua linguagem politicamente híbrida, não raro dispersa, inconclusa e até mesmo intrigante, à maneira dos "*olhos de ressaca*" da *Capitu Machadiana*, mas por certo inconfiável para as elites detentoras de fortuna e poder, e que mistura dezenas de normas de princípio com centenas de preceitos analíticos, transformou o texto supremo num estimulante manancial exegético para a discussão do ideário brasileiro. Inspirada nos mais conseqüentes postulados do humanismo pós-moderno e solidarista em que radica a social-democracia destes tempos, a nova Constituição retrata, com alta positividade, um notável elenco de direitos à esperança e um roteiro de mensagens processualizadas de transformação social, para um país marcado por impenitentes contrastes classistas e regionais. Aí reside a sua virtude: esse hibridismo ideológico, essa extensão enigmática e essa difusão de valores humanitários que permeia o estatuto fundamental da nação e que caracteriza a tipologia das *constituições mistas* do pós-guerra, a que alude a festejada classificação de SANCHES AGESTA, é que tornou consistente a rearrumação constitucional de um país que continua a padecer do intermitente autoritarismo golpista das

elites, além de exibir, de forma odiosa, focos de soberba riqueza em meio ao alastrante pauperismo da população.

Não tendo partido de um projeto preconcebido de Constituição, fosse ele elaborado pelo Poder Executivo, pelo próprio Legislativo ou por alguma comissão de juristas proeminentes, a nova Carta Política foi receptiva de toda sorte de demandas da sociedade civil, traumatizada por 20 anos de arbítrio, o que lhe valeu a visível e benéfica influência das Constituições de Portugal, de 1976, e da Espanha, de 1978. Tal se deveu não apenas em função dos laços culturais que associam a formação política do Brasil à península Ibérica, mas sobretudo à coincidência histórica de que essas nações, de igual modo, emergiram de longo e agônico período ditatorial — o ***Salazarismo*** e o ***Franquismo*** —, tendo buscado, na seiva da Constituinte, um nutriente de redemocratização e de pacificação nacional. Além do mais, devido ao caráter pós-moderno, como ainda à estrutura extensiva de seus respectivos textos, capaz de agasalhar as multiformes e catárticas aspirações de sociedades recém-libertas dos grilhões da ditadura, as Constituições portuguesas e espanholas serviram de atrativo natural ao constituinte brasileiro, na medida em que se ocuparam, em dicção minuciosa, de toda sorte de temas que cativam o humanismo coletivista, a sociedade de massas e os ambientes das megalópoles da atualidade. Assim, por exemplo, haurimos desses ordenamentos peninsulares a preocupação constitucional quanto à ecologia e à qualidade da vida, à proteção do consumidor, à tutela da imagem e da intimidade, ao direito à informação, à política urbana, agrícola e fundiária, ao importante papel dos partidos políticos para a democracia pluralista, às formas de exercício direto e não delegado da soberania, através do plebiscito e da iniciativa popular das leis, aos instrumentos de participação da cidadania na gestão do Estado, aos meios de comunicação de massa, muito especialmente no que se refere ao controle das concessões de rádio e televisão e da programação dos veículos de radiodifusão de sons e imagens, ao avanço tecnológico e aos efeitos da automação industrial, à salvaguarda dos materiais e atividades nucleares, ao sistema educacional, de saúde pública e de seguridade social, e, de modo amplo, quanto ao alargamento dos direitos e garantias individuais e coletivos, que traduz a reciclagem constitucional pós-moderna da questão democrática na generalidade de seus aspectos sociais, culturais, tecnológicos, políticos e econômicos neste final de milênio.

Daí o inconformismo e a oposição sistemática dos reacionários e conservadores contra a Constituição democrática de 1988. Em realidade, nunca o elitismo economicista engordado na estufa da ditadura esteve tão assanhado contra a Constituição. Habituados ao Estado *sem direito*, ao direito sem liberdade, aos arranjos extraconstitucionais, hoje extravasados nas permanentes *medidas provisórias*, nas resoluções e portarias dos feitores do caos travestidos nas equipes econômicas sem charme, insangüíneas, de pouco riso, porém hila-

riantes no seu cinismo monetarista, esses ***sadoeconomistas*** que já tanto martirizaram o povo brasileiro com as fórmulas da fome e do arrocho salarial, continuam a pôr em risco a soberania nacional. Ainda ontem fecharam um famigerado acordo com o FMI — essa *fábrica mundial de infelicidades* de tantos povos e nações, cuja meta mais imediata, por inacreditável que possa parecer, consiste na redução do *Produto Bruto Interno* (PIB) em 3%, o que significará algo em torno de mais 3 milhões de desempregados em nosso País, com o correspondente lastro de favelização dos centros urbanos, de proletarização da classe média e de toda sorte de angústias e humilhações para milhares de famílias brasileiras. E tal fazem esses algozes do povo travestidos em luminares da economia *monetarista*, cuja arrogância só não é maior do que o estrago social que provocam, com absoluto descompromisso para com os valores da *soberania nacional*, da *cidadania* e da *dignidade da pessoa humana*, que constituem fundamentos do Estado brasileiro por imperativo do art. 1º de nossa Lei Maior, sem esquecer a notória inconstitucionalidade de tais políticas recessivas em face dos objetivos maiores da República, como sejam, a teor do art. 3º do estatuto supremo, a *construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais*, como também *a promoção do bem de todos os brasileiros, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*, aos quais se ajuntam, ainda, dentre os princípios da ordem econômica ditados pelo art. 170 do diploma supralegal, o da *busca do pleno emprego*. Adverti-vos, pois, contra os economistas monetaristas, esses *Chicago boys*, cuja atuação seria por certo cômica, não fosse trágica. Já dizia o saudoso ALCEU DE AMOROSO LIMA que a economia é algo muito sério para ser entregue aos economistas! Diante de tamanhos despautérios economicistas, já se permite sentir a nostalgia do bacharelismo e das humanidades que inspiram a formação jurídica.

Que pobre, perversa e perigosa gente está a dirigir os destinos da economia brasileira. A dança das cadeiras na presidência do Banco Central retrata um dos episódios mais deprimentes de desrespeito à inteligência e à credulidade do nosso povo. Por cerca de 4 anos nossas autoridades maiores apregoaram, com o eco amplificado dos canais de comunicação associados e partícipes do modelo econômico, que a estabilidade do real e a paridade da moeda nacional com o dólar norte-americano se constituía em sagrado compromisso da política econômica fincada na âncora cambial. Para tanto, jogaram-se fora mais de 30 bilhões de dólares em reservas cambiais para garantir a presença do capital especulativo e de rapina no mercado de títulos brasileiros, o que corresponde a quase dez vezes o preço de venda da *Cia. Vale do Rio Doce* no leilão de privatização ou quase 2 vezes o preço final da arrematação das empresas *holdings* resultantes da cisão e privatização do *Sistema Telebrás* e da EMBRATEL. Vale dizer, no rigor matemático tão ao gosto dos economistas, que, só para garantir temporariamente a estabilidade monetária, perdemos mais do pouco que ganhamos com o despojo de importante parcela do patrimônio público. Além disso, arrebentaram-se os empresários que acreditaram na sinceridade do *Plano Real* e celebraram contratos com cláusula de variação cambial, cuja estabilidade constituiu compromisso de governo e foi o *carro chefe* da última campanha eleitoral. Há mais, ainda. Em seguida, como sabeis, o Senhor Presidente da República substituiu na presidência do Banco Central o Senhor Gustavo Franco pelo Senhor Francisco Lopes, após uma semana de pregação incessante de que a crise nas economias emergentes da Ásia e o ataque especulativo contra a nossa moeda e o mercado de valores mobiliários estariam a exigir imediatas mudanças de rumo. Porém, o Sr. Francisco Lopes, o *Breve, aquele que foi sem nunca ter sido*, sequer chegou a empossar-se na direção do Banco Central, sendo repentinamente substituído, em típica operação de *overnight*, pelo Senhor Armínio Fraga, este já agora ungido pelos porta-vozes do governo e pela mídia avassaladora como a pessoa certa e mais competente para enfrentar a crise do que aquele outro, até ontém também a pessoa certa e mais competente para enfrentar a mesma crise. E o mais hilariante, se não fosse preocupante, é que o novo *czar* da economia vem de ser recrutado em Nova York, onde trabalhava e assessorava o megaespeculador George Soros, o mesmo cujas jogadas no mercado internacional de títulos e moedas arrebentou algumas economias emergentes. E querem porque querem nos fazer crer que o novo Presidente do Banco Central — deixando-se de lado quaisquer críticas *lombrosianas* quanto ao seu tipo e trejeitos de *raposa felpuda* —, embora tenha servido ao demônio e convivido no inferno, nada tem a ver com o demônio e com o inferno... Do jeito que as coisas vão, a Srta. *Tiazinha* e o Senhor Antônio Carlos Magalhães, em que pesem as diferenças calóricas e de biotipo, acabam se transformando em unanimidades nacionais.

Sabe-se que o modelo econômico perverso e a estratificação social gritantemente injusta, que lhe é conseqüente, consubstanciam a matéria-prima a ser trabalhada pela Constituição na ingente tarefa de produzir um novo tipo de modelo civilizatório, consentâneo com o sistema de valores humanistas prestigiados por suas normas e princípios. Mas preocupa-nos o risco político resultante dessa distonia de um sistema constitucional de elogiável inspiração democrática e de sua suplantação pelas realidades adversárias dos direitos humanos. Há receio de que realidades tão adversas fragilizem além da conta a força normativa da Constituição, abrindo frestas para o golpismo das elites reacionárias, para o endurecimento do regime e recidiva do autoritarismo que tantos malefícios infligiram ao nosso povo em passado recente. Os conflitos em tal contexto já não são mais interindividuais, porém grupais e classistas, por isso mesmo explosivos, deles resultando a clivagem da solidariedade social. Dada

a agudeza dos antagonismos sociais e econômicos, aumenta a possibilidade de confrontos e rupturas não mediáveis pelos mecanismos institucionais do constitucionalismo democrático, como a reforma legislativa, a arbitragem judicial e o sufrágio popular. A fragmentação dos interesses e a deserção da fé democrática acabam gerando o fenômeno da apostasia constitucional, que consome as últimas reservas da credulidade popular nos ritos pacificadores do Direito. É que a falta de condições para assegurar a fruição por todos os estratos da sociedade dos direitos humanos constitucionais e o agravamento do quadro social, simbolizado pela crescente favelização e violência nas cidades, excita, de um lado, a insatisfação do povo, já esgotado de tantas desilusões acumuladas e necessidades reprimidas, e, de outro lado, os ímpetos das elites e de parcelas remediadas da sociedade no sentido do controle social pela via do golpe e da força policial.

Sinaliza esse ambiente de desesperança e pânico coletivo, que é altamente comprometedor de um projeto democrático duradouro, a *histeria da segurança* e as reações irracionais e reacionárias em face da questão da violência urbana no Rio de Janeiro e em São Paulo, que preconizam desde a adoção da pena de morte para delinqüentes de todo tipo e a redução da idade para a imputabilidade criminal, passando por operações militares em favelas e núcleos de pobreza da população civil, até a utilização banal de providências extraordinárias de estabilização da ordem pública, como o estado de sítio e o estado de defesa previstos nos artigos 136 e 137 da Constituição Federal, sabidamente acompanhadas da conseqüente supressão de direitos e garantias fundamentais. Tem-se, aí, o fenômeno da repressão ideologizada, à feição do *colonialismo classista*, que entre nós fez escola no período da ditadura militar, a ponto de deformar o conceito de ordem pública e transformar o papel das instituições incumbidas da segurança pública, notadamente as polícias civis e militares, em forças de arbítrio e de plantão a serviço do modelo econômico concentrador da riqueza e calcado na exacerbação egoística da propriedade privada. Sob essa ótica *proprietária* e utilitarista do funcionamento das corporações encarregadas da prevenção e da repressão à criminalidade, as camadas desfavorecidas da população, sobretudo a gente das favelas e dos morros, é vista sob permanente suspeição, tornando-se clientela da cotidiana violência policial. Em realidade, a atuação do aparelho repressor do Estado, desnaturado pela *elitização* de suas finalidades, aprofunda a todo instante as discriminações sociais e econômicas, fazendo com que os cidadãos *insuspeitos* e com a fachada do médio e alto poder aquisitivo sejam os *sujeitos de direito* das políticas de segurança pública, enquanto os excluídos da riqueza e prestígio sejam, de ordinário, o *objeto* da ação policial. A esses últimos não se reconhece, bem por isso, os mesmos direitos e inviolabilidades constitucionais considerados intocáveis quando aplicados às pessoas das classes média e alta da sociedade brasileira, notadamente

as garantias da presunção de inocência e do *devido processo legal*, que devem indispensavelmente condicionar os procedimentos investigatórios e da prisão. Essa política de *exclusão* fez com que as grandes metrópoles brasileiras se tornassem uma espécie de *cidade partida*, na expressão de ZUENIR VENTURA, que segrega os pobres nos morros e nas periferias urbanas, tornando-os alvo cativo da delinqüência policial, em autêntico e explosivo *apartheid social*.

Tal realidade foi detectada por GILBERTO DIMENSTEIN, ao observar: "*Essa violência de caráter endêmico, implantada no sistema de relações sociais profundamente assimétricas, não é um fenômeno novo no Brasil: é a continuação de longa tradição de práticas de autoritarismo, das elites contra as 'não-elites' e nas interações entre as classes, cuja expressão foi dissimulada pela repressão e censura impostas pelos governos militares... Apesar das mudanças positivas dos quadros político e legal, a falência em controlar efetivamente a violência ilegal fica patente: tortura de suspeitos e criminosos nos distritos policiais, maus-tratos a prisioneiros e internos em instituições fechadas, execuções deliberadas pelas polícias militares, grupos de extermínio, com participação de agentes do Estado... Essa falência em implementar a lei enfraquece a vigência das garantias constitucionais, perpetua o círculo ilegal da violência e dificulta o fortalecimento da legitimidade do governo democrático como promotor da cidadania.*"[10] O importante relatório elaborado em conjunto pelo Núcleo de Estudos da Violência, da Universidade de São Paulo, e pela Comissão TEOTÔNIO VILELA, sob o título *Os Direitos Humanos no Brasil*, decifra com limpidez a situação nacional no aspecto focalizado: "*Tal cenário e os acontecimentos que o cercam revelam o paradoxo que subjaz à sociedade brasileira contemporânea. O avanço da sociedade democrática é simultâneo à generalização do sentimento de insegurança e medo diante do futuro... Por um lado, o individualismo possessivo que parece caracterizar o comportamento das classes proprietárias enseja desejos por maior segurança, por um sistema absoluto de garantias que nega legitimidade às diferenças e desconhece sistematicamente o 'outro' como sujeito de direitos e de interesses válidos. Como se sabe — e assim o demonstra a teoria política clássica —, o império absoluto das razões individuais e dos interesses particulares sobre a vontade geral e sobre o bem comum aniquila por completo a segurança. Por outro lado, o excesso de segurança suprime a liberdade. A segurança absoluta em todos os campos da existência social, própria dos Estados totalitários, aponta, em última instância, para a organização concentrada do terror oficial em substituição à angústia generalizada e informe; ele substitui a insegurança da desordem pela*

10 DIMENSTEIN, GILBERTO, *Democracia em pedaços — direitos humanos no Brasil*, Ed. Companhia das Letras, 1996, págs. 7-9.

ordem da insegurança".[11] Não podem as classes melhor favorecidas pretender — nos padrões de uma sociedade democrática de massas *terceiromundista*, onde a acumulação da riqueza é justificadamente vista sob a suspeição de *anti-social* —, um sistema de segurança pública próprio, ao estilo da nobreza européia oitocentista. Bem mais prioritário do que essa insana e egoística exacerbação dos aparelhos controladores da ordem pública, é a adoção e execução de políticas públicas, em parceria com a sociedade civil organizada, que a médio e longo prazos libertem o conjunto da sociedade do flagelo da fome, do analfabetismo, da defasagem tecnológica, da mendicância e de todas as formas de orfandade dos meios de sobrevivência digna, que de resto são inescondíveis na paisagem social, com isso libertando a todos da insegurança, mas em dimensão coletiva e duradoura.

O cotejo entre algumas estatísticas sócio-econômicas e variadas normas constitucionais pressionantes da emancipação do homem dão bem a medida da distância entre o projeto transformador da Constituição e a resistência inercial dos costumes políticos e sociais fincados nos privilégios castiços de uma minoria e no sistema hegemônico de atuação do poder em nosso País.

Numa visão ampla, pode-se adotar por referência o Relatório do Governo brasileiro apresentado à Cúpula Mundial sobre Desenvolvimento Social, que se reuniu na Dinamarca no ano de 1995, sob o patrocínio das Nações Unidas, com a presença de representantes de 193 países. Segundo amplamente noticiado pela imprensa,[12] o documento começa por questionar o número oficial de pessoas pobres e miseráveis em nosso País, que não são *apenas* os 32 milhões utilizados como emblema da campanha contra a fome idealizada pelo saudoso sociólogo HERBERT DE SOUZA — o *Betinho* —, mas sim 41.970.326 seres humanos, que correspondem a 26,8% da população, calculada em 156,3 milhões de habitantes, dos quais 16.577.166 são absolutamente indigentes, o que significa que não conseguem satisfazer as necessidades alimentares mínimas. Esse Relatório oficial, que se desdobra em 72 páginas e 26 tabelas, mostra que, em 1960, os 10% mais ricos tinham uma renda média 34 vezes superior à dos 10% mais pobres. Trinta anos depois, que coincide com o período de vigência do modelo econômico concentrador da riqueza implantado no período ditatorial pós-64, a diferença mais do que duplicou, passando a ser de 78 vezes. O documento, revestido de impecável realismo estatístico, nem ao menos esconde a humilhante comparação feita em Relatório de 1989 do Banco Mundial

11 Documento *Os Direitos Humanos no Brasil*, organizado pelo Núcleo de Estudos da Violência e Comissão TEOTÔNIO VILELA, Ed. Universidade de São Paulo — USP, 1993, p. 84.

12 Veja-se especialmente a extensa reportagem do jornal *Folha de S. Paulo*, edição de 8.3.95, págs. 10 e 11, assinada pelo jornalista CLÓVIS ROSSI, sob o título *Brasil mostra o caos às Nações Unidas*.

(BIRD), no qual se demonstra que, na média da América Latina e do Caribe, os 20% mais pobres detinham o dobro (4,1%) da fatia de renda que cabia aos 20% mais pobres no Brasil (2,1%). Em qualquer item do Relatório a situação é igualmente trágica[13]. Assim, por exemplo, enquanto a Constituição Federal afirma, no artigo 205, que a *educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho*, e, no artigo 206, incisos I e VII, que *o ensino será ministrado com base nos princípios*, dentre outros, *da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola* e da *garantia de padrão de qualidade*, ajuntando, ainda, no artigo 212, que *a União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino*, sabe-se, de acordo com o Relatório do Governo brasileiro apresentado às Nações Unidas, que existem entre nós 20,2 milhões de analfabetos na faixa de 10 ou mais anos de idade, que 4 milhões de crianças estão fora da escola, e que apenas 34% dos que ingressam no ensino básico conseguem concluí-lo, no geral com um tempo de permanência 50% maior do que o período legalmente previsto (oito anos). No que concerne ao setor da saúde a desarmonia entre a norma constitucional e os dados reais não é menos dramática. Se, de um lado, preceitua a Constituição, no artigo 196, inciso II, e parágrafo único,

13 Segundo o último relatório divulgado pelo Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID), a América Latina é a região com a pior distribuição de renda no mundo, com desigualdades similares, quando não piores, às encontradas na África. Conforme reportagem do jornal *O Globo*, *"o estudo revela que a disparidade de renda no Brasil é uma das maiores do planeta, com os 10% mais ricos controlando quase 50% da renda nacional, enquanto os 50% mais pobres participam com menos de 10%. Os dados do BID sobre o Brasil também são confirmados pelo Banco Mundial (BIRD): em relação à desigualdade, o país é superado apenas por Serra Leoa (África) no índice que mede as diferenças entre os privilegiados e os menos favorecidos. Entre os países latino-americanos, as desigualdades mais extremas são registradas no Brasil, na Guatemala e no Panamá. Grandes disparidades são encontradas também no Chile, no Equador, no México e no Paraguai. Enquanto nos Estados Unidos os 10% mais ricos têm renda média* per capita *60% mais alta do que o segmento da população imediatamente abaixo, na América Latina a diferença entre os mesmos segmentos é de 160%. Nos países latino-americanos, segundo o BID, um quarto da renda está nas mãos de apenas 5% da população, numa concentração de recursos maior do que a África. De acordo com o BID, a excessiva concentração de renda na América Latina registrada na década de 90 é praticamente a mesma de 20 anos atrás. Entre 1960 e 1982, o crescimento econômico propiciou uma melhoria na distribuição de renda na região. A partir dos anos 80, com a explosão do endividamento externo, os 10% mais pobres da região sofreram uma perda de 15% na renda, aumentando outra vez a brecha entre os mais e os menos favorecidos."* (*O Globo*, edição de 16.11.98, pg. 21)

que, *a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*, acrescentando, no artigo 198, que *as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado*, dentre outras diretrizes, para *o atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais*, e que *o sistema único de saúde será financiado, nos termos do art. 195, com recursos do orçamento da seguridade social, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de outras fontes* —, verifica-se no citado relatório governamental que a expectativa de vida entre nós é de 65, contra, por exemplo, 70 anos, no Suriname, um dos países mais pobres da América do Sul; além disso, morrem no Brasil, por causa da desnutrição e desassistência médica, 56,1 crianças de cada mil que nascem, enquanto na Espanha, país com economia do mesmo porte, morrem apenas 6, sendo que, no Nordeste brasileiro, a mortalidade infantil atinge o índice assustador de 88,2 por cada mil crianças, superior até mesmo ao do Haiti, sabidamente o país mais pobre das Américas, onde morrem 86 crianças em cada mil que vêm ao mundo.

No que tange à proteção da criança e do adolescente, deve-se reconhecer que não existe norma constitucional mais destituída de efetividade do que o preceito do art. 227 da Lei Magna, ao estabelecer: *É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profisionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.* Como não poderia deixar de ser, a ineficácia quase absoluta dessa iluminada disposição constitucional arrastou consigo a pretensão de efetividade das regras e princípios da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, promulgada no Brasil pelo Decreto nº 99.710, de 1990, bem como e especialmente do bem concebido Estatuto da Criança e do Adolescente, instituído pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, que desde a sua vigência tem recebido infundadas críticas por parte de espíritos reacionários e ainda atrelados a uma visão repressiva da questão do menor. A ineficácia de todo esse promissor conjunto normativo revela-se, melhor do que em qualquer planilha estatística, nos milhares de crianças e adolescentes que perambulam em estado de completo abandono pelas cidades e vilas de todo o País, sofrendo toda sorte de violências e acumulando decepções e revoltas, tudo constituindo a mais notória escola de descaminhos e da criminalidade que nos predestinam em pouco tempo ao encontro marcado com a morte própria dos órfãos da sociedade (frio, fome,

prostituição, atropelamento, briga de rua, *guerra* entre traficantes de drogas, confronto com a polícia etc.) ou, então, com a carreira do cárcere.[14] E mesmo para os infantis miseráveis que o sistema econômico não despeja nas ruas, e que são acolhidos no incipiente mercado de trabalho do menor, a situação não é menos degradante. Mostram-nos os relatórios do Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF) que a exploração do trabalho do menor no interior do Brasil inicia-se não raro aos cinco anos de idade, sob regime forçado e de tipo escravagista, sem remuneração ou qualquer outra contraprestação, com jornadas de trabalho de 16 horas, em troca de um prato de comida ao longo do dia, geralmente arroz e farinha, gerando danos físicos e mentais irreversíveis.[15]

A bem da verdade, no Brasil, nos últimos tempos, a retórica neoliberal e privatizante colocou na ordem do dia a reforma do Estado e o ajuste fiscal para o equilíbrio das contas públicas. Mas o fez de forma linear e com absoluta desatenção para os direitos humanos, sob a ótica exclusivamente da despesa, a ponto de apregoar, irresponsavelmente, a falência do sistema estatal e a ponto de difundir a satanização do serviço público e de tantos quantos, servidores do Estado e da sociedade, dedicam-se, nas carreiras modestamente remuneradas da Administração Pública em toda a Federação, a prestar serviços à população e a implementar os programas sociais ditados pela Constituição. Até mesmo as intocáveis garantias da Magistratura, que por certo condicionam a indispensável independência do Poder Judiciário, foram consideradas *privilégios*. Todavia, ninguém nas *hostess* do centrão neoliberal e dos grandes conglomerados financeiros, nacionais e internacionais, que apóiam o governo da República, jamais se pronunciou no sentido da ***satanização*** dos lucros astronômicos dos grandes bancos ou da acumulação anti-social gerada pelas aplicações financeiras puramente especulativas. Só com a crise especulativa ocorrida no mês de janeiro deste ano, com a escalada da desvalorização do *real* diante do dólar, os Bancos alcançaram lucros inimagináveis nos grandes centros financeiros mundiais, em particular as instituições estrangeiras, como o *Chase Manhattan* (R$ 310 mi-

14 Para se ter uma idéia da gravidade dessa questão, o Brasil é hoje o avantajado campeão da prostituição infantil. Segundo relatório do Fundo das Nações Unidas para a Infância — UNICEF, existem em nosso país cerca de 500 mil meninas nas malhas da prostituição, número que de muito ultrapassa os verificados na Índia (300 mil), na Tailândia (100 mil), nas Filipinas (100 mil), em Taiwan (100 mil), no Vietnã (40 mil) e no Sri Lanka (30 mil). (Cf. reportagem do jornal *O Globo* intitulada *UNICEF adverte sobre aumento da prostituição infantil*, na edição de 21.6.94, pág. 15). Veja-se, ainda, numa visão geral, o Relatório da Secretaria Nacional dos Direitos da Cidadania e Justiça, do Ministério da Justiça e do Centro Brasileiro para Infância e Adolescência (CBIA), do Ministério da Ação Social, intitulado *A violência contra crianças e adolescentes no Brasil: tendências e perspectivas*, datado de maio de 1992.

15 Cf. O documento intitulado *Situação Mundial da Infância* — 1994, Ed. UNICEF e Oxford University Press, pág. 25.

lhões), o *Citibank* (R$ 250 milhões) e o *JP Morgan* (R$ 193 milhões). Isto sem falar nos lucros nunca vistos dos capitais predatórios, que invadem o mercado de valores mobiliários a cada manhã em busca da remuneração usurária e que vão embora do país no fim da tarde, engordados pelos juros excorchantes que aniquilam a economia brasileira e arrebentam os setores produtivos e geradores de trabalho e dignidade humana, nas indústrias, no comércio, no setor de serviços, nas cidades e no campo. Enquanto isso, o discurso neoliberal apregoa, com desavergonhada hipocrisia, a idéia de um ***Estado Mínimo***, isto para justificar a degradação do serviço público, o desrespeito a direitos adquiridos de servidores do Estado e a dilapidação a preço vil do patrimônio e de equipamentos estatais considerados estratégicos para a nacionalidade. Por outro lado, e com despudorada incoerência, apregoa-se um ***Estado Máximo*** para intervir em defesa do capital especulativo nas Bolsas de Valores e na comercialização de títulos públicos, como ainda em socorro de banqueiros e de maus empresários flagrados em práticas fraudulentas no gerenciamento da poupança popular. Não há duvidar de que essa política neoliberal, entreguista, impatriótica, repulsiva aos direitos humanos e destrutiva das mais veneráveis instituições públicas em nosso País, tem gerado, segundo os insuspeitos relatórios de avaliação social das Nações Unidas, desemprego, arrocho salarial, criminalidade, favelização das cidades, mortalidade infantil e empobrecimento dos sistemas essenciais de educação, de saúde, de ciência e da tecnologia.

Trata-se, a todas as luzes, de uma visão retrógrada, tipicamente *novecentista*, e que desconsidera aquilo que uma nação possui de mais importante: o ***capital humano***. Esse retrocesso social levou o diretor da Organização Internacional do Trabalho (OIT), MICHEL HANSENNE, a proclamar ainda recentemente: "*Existe o perigo de que numerosos países em que se encontram os menos desenvolvidos fiquem completamente marginalizados do sistema econômico mundial que se está configurando. A comunidade mundial, portanto, enfrenta o desafio de criar um mecanismo regulador que se adapte aos problemas sociais do mundo do trabalho*".[16] Infelizmente, a *sapiência neoliberal* no Brasil desconsiderou a receita do desenvolvimento empregada pelas nações de pujança econômica, que cuidaram da poupança e do mercado internos, além de garantir e valorizar a educação e o emprego de seu povo, como condição para se erradicar a miséria.

Essa perversa estratégia neoliberal dos problemas latino-americanos foi objeto de um seminário ocorrido em novembro de 1989 em Washington, que reuniu altos funcionários do governo norte-americano e dos organismos financeiros internacionais sediados na capital dos Estados Unidos, como o Fundo

16 Cf. SUSSEKIND, ARNALDO, o artigo *A globalização da economia e o direito do trabalho*, publicado no jornal *O Globo*, edição de 30.12.96, pág. 7.

Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial (BIRD) e o Banco Interamericano de Desenvolvimento (BID). O encontro foi convocado pelo *Institute for International Economics*, sob o título *Latin American Adjustment: How Much Has Happened*?, com o objetivo de proceder a uma ampla avaliação das reformas econômicas empreendidas nos países da região, cujas conclusões finais receberam a denominação de *Consenso de Washington.*[17] As conclusões desse encontro, que em grande parte foram assumidas e reproduzidas no documento elaborado pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP) em agosto de 1990, sob a ementa *Livre para Crescer — Proposta para um Brasil Moderno*, com várias edições, traduzem o modelo desenvolvimentista preconizante das reformas liberais e da debilitação das forças populares que atuam através do aparelho de Estado. Tais reformas comerciais e fiscais, todas elas recomendadas pelo Banco Mundial[18] e avalizadas pelas FIESP, foram fielmente encampadas pelo governo deposto de FERNANDO COLLOR, até mesmo no

17 O documento resultante do chamado *Consenso de Washington* acha-se em grande parte transcrito e comentado no artigo intitulado *O Consenso de Washington: a visão neoliberal dos problemas latino-americanos*, do Embaixador PAULO NOGUEIRA BATISTA, publicado no *Jornal dos Economistas*, nº 64, agosto de 1994, págs. 3 a 5.

18 Nesse sentido, consulte-se o documento publicado pelo Banco Mundial (BIRD), em 1989, intitulado *Trade Policy in Brazil: The Case for Reform*, contendo o amplo cardápio das reformas liberalizantes da economia. Em síntese, o receituário do chamado *Consenso de Washington* preconiza uma drástica disciplina ou ajuste fiscal, através da contenção dos gastos públicos, a fim de que a despesa não exceda a receita, inclusive nos investimentos sociais e de infra-estrutura; a rápida desregulamentação financeira, a fim de que o sistema bancário e financeiro possa atuar com liberdade de ação e de acordo com as forças do mercado; fixação de taxa de câmbio suficientemente competitiva para fomentar um crescimento célere no setor das exportações; liberalização comercial, mediante a eliminação de restrições quantitativas e qualitativas sobre as importações; privatização das empresas estatais e quebra dos monopólios públicos, a fim de reduzir a intervenção do Estado e extirpar o déficit público. Os efeitos amargos e anti-sociais de tais medidas são bastante sentidos, como observa o Professor MÁRCIO HOLLAND, da Universidade Federal de Uberlândia: "*Os países mais subservientes, que procuraram seguir a rigor as sugestões de reformas do Consenso de Washington de 1989, são tratados como responsáveis pelos desastres ocorridos nos últimos anos. Vale mencionar aqui o caso mais exemplar do México e Argentina. Todos, a seu modo, promoveram a liberalização comercial, a privatização, a desregulamentação e procuram manter sob controle a inflação e a disciplina fiscal. No entanto, os raros êxitos obtidos têm sido muitas vezes efêmeros... Entradas intensas de capitais especulativos na América Latina não se têm canalizado para o setor produtivo, nem os sistemas financeiros domésticos são robustos o suficiente para tal... Propor maior abertura dessas economias pode significar a constituição de uma via de desenvolvimento baseada na substituição de produção local por importações, com sérias conseqüências sobre o nível de emprego doméstico. Assim, o Consenso de Washington revisado mantém a mesma direção e pragmatismo das reformas propostas anteriormente, que tantos danos vêm produzindo em nossas economias*" (extraído do artigo *A tese do Consenso de Washington revisado*, publicado no jornal *Gazeta Mercantil*, edição de 4.11.96, pág. A-3).

que se refere à postura a se assumir no encontro de Chefes de Estados dos Países do cone sul, denominado de a *Rodada Uruguaia*, consistente no alinhamento às posições norte-americanas na questão agrícola, mediante a revalorização da agricultura de exportação, e na política legislativa referente à transferência de tecnologia e de patentes industriais. Com isso, abandona-se o projeto da CEPAL que inspirou a política de substituição das importações e fomentou a criação do parque industrial brasileiro, responsável pela superação do modelo subalterno exportador de matérias primas e pela alavancagem de nosso desenvolvimento nos anos 50.[19] De acordo com o *Consenso de Washington*, tudo se passaria como se as classes dirigentes brasileiras se houvessem dado conta, "*espontaneamente*", de que a gravíssima crise econômica que enfrentam não teria raízes externas — a exemplo da alta dos preços do petróleo, das escorchantes taxas de juros internacionais, das condições desfavoráveis ditadas pelo comércio exterior, das políticas protecionistas das grandes nações, dos custos sociais e políticos para o rescalonamento da dívida externa, tudo resumido nas chamadas *perdas internacionais* que sangram as economias dependentes da América Latina — mas que se devia a fatores de gerenciamento exclusivamente internos, como sejam as equivocadas políticas nacionalistas, o gigantismo estatal e o autoritarismo regulamentar sobre a economia. Assim, a solução residiria em reformas neoliberais apresentadas como propostas modernizadoras, contra o anacronismo de nossas estruturas econômicas e políticas.

Por outro lado, o fim da *guerra-fria* e a contagiante euforia de liberdade simbolizados com a queda do muro de Berlim e com o colapso do regime

19 Nesse sentido estão os comentários de NELSON WERNECK SODRÉ: "*O neoliberalismo era apresentado como saída salvadora para todos. Consistia numa reforma profunda, dita como modernizadora, face aos anacronismos da nossa estrutura econômica e política. A aceitação da proposta neoliberal era tida 'como condição para conceder cooperação financeira externa bilateral ou multilateral'. Em novembro de 1989 reunia-se em Washington, convocada pelo 'Institute for International Economics', um grupo de interessados no assunto: 'Latin American Adjustment: How Much Has Happened?' O citado Instituto já definira os seus propósitos no documento 'Towards Economic Growth in Latin America'. No mesmo ano de 1989, o Banco Mundial baixava as curiosas postulações colocadas no estudo 'Trade Policy in Brasil: The Case for Reform'. Uma delas prescrevia, sem meias medidas, que — 'a inserção internacional de nosso país fosse feita pela revalorização da agricultura de exportação'. Era, nada menos, que impor uma violenta volta ao passado, ao famigerado refrão do 'essencialmente agrícola', tabuleta que nos foi pregada pela república oligárquica e que, a partir de 1930, foi naturalmente atirada ao lixo. Pois era esse o processo de regressão que os nossos amigos do Banco Mundial, já em 1989, pretendiam nos impor. O pior é que a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo, a FIESP, logo em 1990, como eco da voz do dono, divulgava uma publicação intitulada 'Livre para Crescer. Proposta para um Brasil Moderno', em que aceita e perfilha o receituário do Banco Mundial*". (SODRÉ, NELSON WERNECK, *A Farsa do Neoliberalismo*, Ed. Graphia, 1995, pág. 39)

autoritarista soviético serviram de chavão emblemático para o discurso neoconservador, cuja maciça propagação impediu ou sobremodo dificultou o contraquestionamento da mensagem neoliberal em bases mais profundas e sérias das realidades brasileiras. A rigor, a disputa ideológica Leste-Oeste, maniqueisticamente travada entre modelos estereotipados do capitalismo *à la Ronald Reagan* e do comunismo *Stalinista*, idiotizou estrategicamente o debate político com o propósito deliberado de inviabilizar uma discussão qualitativa, racional e serena acerca de alternativas de política econômica ultra-importantes, em particular de outras condicionantes para o saudável funcionamento de uma economia democrática de mercado, conforme levadas a efeito na Europa, no Canadá e na Austrália. Com a queda do *muro de Berlim*, fez-se leitura simplificada do significado do exaurimento histórico da *guerra fria*, que por meio século estabeleceu a divisão bipolar do mundo, anunciando-se precipitadamente a emergência de uma nova ordem internacional, uma definitiva *Pax Americana*, à qual as nações em desenvolvimento da América Latina deveriam alinhar-se imediatamente e sem nenhum questionamento, como condição de sua sobrevivência no novo mercado globalizado. Para tanto, descurou-se até mesmo da circunstância de que os países desenvolvidos e integrantes do chamado *Grupo dos 7* não praticam o modelo neoliberal que nos receitam de forma tão ortodoxa, na medida em que são altamente protecionistas de suas economias e de suas riquezas. Mas nada disso importou para a estratégia de dominação do novo conservadorismo internacional. O *marketing* do ideário conservador transmudado no discurso neoliberal realizou-se com tamanho profissionalismo que se permitiu incluir no documento *Consenso de Washington*, sem qualquer cerimônia ou constrangimento, a tese mistificadora de que as reformas econômicas em tramitação na América Latina, especialmente no México, Argentina, Chile e Brasil, não resultam de interferência externa, devendo-se apenas à visão, à competência e à coragem dos seus novos líderes. Tão eficaz e sedutora foi a mensagem privatizante que seus patrocinadores atreveram-se a desmoralizar a auto-estima nacional latino-americana, o que tornou possível a pública discussão nos meios de comunicação de soluções visivelmente comprometedoras da própria capacidade nacional de decisão. Passou-se simplesmente a admitir como premissa maior que o Estado não estaria mais em condições de exercer um atributo essencial da soberania, como seja, o de formular e executar políticas monetária e fiscal. Começou-se a se pôr em dúvida, inclusive, se o Estado teria competência para administrar responsavelmente recursos naturais em seu território, sempre que, como no caso da Amazônia, viessem a ser considerados, em nome do equilíbrio ecológico mundial, um *patrimônio da humanidade*. É fácil perceber que, numa sociedade *dividida* como a nossa, o neoliberalismo pós-moderno foi logo transformado em *slogan* e frase de efeito a ser amplificado pelo discurso das elites, conforme assinala MARILENA CHAUI: "*No Brasil,*

o pós-modernismo cai como luva. De fato, a política neoliberal é conservadora, contrária aos direitos sociais e civis, contrária aos movimentos sociais e à divisão dos poderes na sociedade. Se cai como luva num país como o nosso, é porque a sociedade brasileira sequer chegou aos princípios liberais da igualdade formal e das liberdades e muito menos aos ideais socialistas da igualdade econômica e social e da liberdade política e de pensamento. Sociedade sem cidadania, profundamente autoritária, onde as relações sociais são marcadas com o selo da hierarquia entre superiores e inferiores, mandantes e mandados, onde prevalecem relações de favor e de clientela, onde inexiste a prática política da representação e da participação..."[20]

Em recente e importante entrevista sobre o tema, o insuspeito filósofo francês CLAUDE LEFORT, que foi um dos principais críticos do totalitarismo comunista, mas que não se deixou seduzir pela onda neoliberal, advertiu que a idelogia do mercado neste fim de século ignora a questão social: "*Eu creio que a ideologia liberal apresenta a globalização sem reconhecer as características específicas da democracia... A ideologia liberal está trazendo a democracia ao limite da economia de mercado e trata a democracia como um sistema jurídico, um sistema de Estado de Direito, sem qualquer compromisso com as massas. O grande erro do liberalismo é não enxergar que não se trata apenas de um problema moral, mas também político. Se uma sociedade tem desigualdades muito grandes, se houver uma fratura entre as camadas que se beneficiam das vantagens da modernização e uma massa excluída do circuito social, há sempre ameaça de movimentos populistas e fascistas, como já existe na França. É sempre uma ameaça à democracia...*".[21] Outra importante contribuição crítica ao mesmo tema consiste no documento assinado por 18 superiores jesuítas reunidos na cidade do México no final de 1996, intitulado *O neo-liberalismo na América Latina*, no qual se resume a visão da Companhia de Jesus a esse modelo econômico, cujos aspectos positivos estão longe de superar os desequilíbrios e perturbações que provoca no meio social. Aí se sustenta que — "*por trás da racionalidade econômica que se costuma chamar de neoliberal, esconde-se uma concepção que reduz a grandeza do homem e da mulher à sua capacidade de gerar uma renda*". Noutra passagem, e após enumerar com precisão as principais características do neoliberalismo, entre elas "*a redução da intervenção do Estado até despojá-lo de sua responsabilidade de garantir os bens básicos que todo cidadão merece*", o documento afirma que o neoliberalismo

20 CHAUÍ, MARILENA — no ensaio *Público, Privado, Depotismo*, constante da obra coletiva *Ética*, organizada pela Secretaria Municipal de Cultura de São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1992, p. 387.

21 É oportuno lembrar que CLAUDE LEFORT é autor da festejada *L'invention démocratique* (Ed. Fayard, Paris, 1981), com tradução para o vernáculo sob título *A invenção democrática — os limites da dominação* (Ed. Brasiliense, São Paulo, 1983).

é inepto para lidar com suas nefastas conseqüências, que se manifestam — "*na concentração de renda, da riqueza e da propriedade da terra, na multiplicação de massas urbanas sem trabalho ou de grupos humanos que subsistem graças a empregos instáveis e pouco produtivos e na expansão do narcotráfico, particularmente em setores rurais cujos produtos tradicionais foram excluídos da concorrência do mercado*". Ainda no mês de fevereiro do corrente ano de 1999, a *Conferência Nacional dos Bispos do Brasil — CNBB* — em boa hora anunciou que a *Campanha da Fraternidade* terá como tema a questão dos desempregados e formulará duras críticas ao modelo neoliberal adotado de forma inconseqüente pelo governo federal, em razão dos níveis de desemprego que provoca. Daí afirmar o documento eclesiástico, invocando a parábola de Jesus Cristo sobre a árvore má para reprovar as causas econômicas e financeiras do desemprego: — "***a raiz má do capitalismo extremado é a sua ideologia, isto é, os dogmas da eficiência e do lucro, base de um sistema iníquo e idolátrico***". Tem oportunidade mencionar, por fim, o recente e lúcido manifesto da Ordem dos Advogados do Brasil e do Instituto dos Advogados Brasileiros, ao proclamar, em face da enxurrada de desacertos governamentais, que — "***a estrutura da República encontra-se ameaçada***" e que se percebe hoje em nosso País — "***a desconstitucionalização das práticas políticas do Governo Federal***".

Se é certo que mudou o cenário em que se operam as relações econômicas, se é certo, também, que mudou a natureza do capital, que mudou a natureza do trabalho, e que mudaram os instrumentos necessários para que os povos e as nações possam alcançar níveis crescentes de inclusão social, não é menos certo que a História não aposentou a ideologia democrática e a aspiração generosa e humanitária no sentido de que todas essas transformações do convívio humano tivessem o objetivo de incorporar os mais fracos e desfavorecidos. Por mais que intente o discurso mistificador neoliberal, a questão da desigualdade continuará a ocupar espaço cativo na discussão sobre a *globalização*, servindo de termômetro axiológico para a avaliação do nível de desenvolvimento humano das comunidades nacionais. Em verdade, o pensamento democrático comprometido com o humanismo igualitarista não pode sucumbir diante da pregação simplista acerca do fim das ideologias e da irreversibilidade das políticas de mercado. Não podemos nos contaminar por essa propaganda do eclipse das ideologias. O Senhor FRANCIS FUKUYAMA lançou esse jargão oportunista e pseudocientífico e, em seguida, acabou, ele próprio, eclipsado do mundo acadêmico norte-americano, tal a fragilidade de sua argumentação. Aliás, muito antes dele, e com incomparáveis méritos, DANIEL BELL e RAYMOND ARON já haviam sustentado a tendência à superação dos antigos dogmas da bipolaridade ideológica do pós-guerra. Nesse campo de questões, há que se recorrer, dentre outras de igual lucidez, às advertências de MARCEL GAUCHET e NORBERTO BOBBIO, ao tratarem da atualidade da díade *esquerda e direita*, considerando-a um sistema sempre presente de recorrência histórica

e de valoração das organizações políticas em face dos postulados da liberdade e da igualdade que animaram e ainda animam o processo civilizatório.[22] Só que,

22 Referimo-nos à obra de GAUCHET, MARCEL, *La droite et la guache*, Ed. Gallimard, Paris, 1990, com edição italiana sob o título *Storia di una dicotomia — La destra e la sinistra*, Ed. Anabasi, Milão, 1994; e ao livro de BOBBIO, NORBERTO, *Direita e Esquerda — razões e significados de uma distinção política*, Ed. Unesp, São Paulo, 1995. Neste último texto, BOBBIO, reportando-se a GAUCHET, sustenta a atualidade da dicotomia *esquerda-direita*, valendo-se de vigorosa argumentação histórica e filosófica, onde lê-se: *Nossas duas incômodas palavras continuam a ser empregadas seriamente a propósito de políticos, de partidos, de movimentos, de alinhamentos, de jornais, de programas políticos, de disposições legislativas... Querem ver como termina o livro de Marcel Gauchet sobre a história desta distinção, mesmo que sua narração histórica esteja limitada à França? — 'Independentemente do que vier a ocorrer, direita e esquerda têm hoje uma vida autônoma com respeito à matriz em cujo interior foram originariamente desenvolvidas. Conquistaram o planeta. Tornaram-se categorias universais da política. Fazem parte das noções de base que informam genericamente o funcionamento das sociedades contemporâneas... Prova disso é que, num sistema democrático, a alternância entre governos de direita e de esquerda é possível e legítima... As sociedades abertas vivem e se expandem no interior das estruturas institucionais dos regimes democráticos. Não preciso sublinhar a importância do livro sobre 'a sociedade aberta' de um dos mais conhecidos teóricos da democracia, Karl Popper. É verdade, porém, que um governo de direita, embora respeitando as regras da democracia, consente ou promove uma política menos igualitária, como Fernando Savater admitiu ao se referir ao novo prefeito de Madri, do Partido Popular, que diante dos problemas de um grupo de imigrantes comentou: — 'Podiam muito bem estar na casa deles'* (idem, págs. 12-14). Noutra ilustrativa passagem, BOBBIO encara a questão da liberdade e da desigualdade nos discursos de esquerda e de direita, enfatizando que, enquanto a direita não evoluiu no sentido de assimilar as teses igualitaristas, a esquerda neste fim de século adotou o discurso da liberdade, associando-o às suas históricas premissas de igualdade entre os homens: *Não o liberalismo, mas a liberdade, como valor fundamental, seria a característica da esquerda... Vittorio Foa escreve que a 'liberdade constitui o mais forte elemento de animação da esquerda deste século' e, ao mesmo tempo, considera 'não generosa' a afirmação de que 'a direita é desigualdade'. Estamos atentos para não brincar com as palavras, especialmente quando nos encontramos diante de palavras escorregadias como 'liberdade' e 'igualdade'. Todavia, creio poder dizer que o que faz de um movimento de libertação um movimento de esquerda é o fim ou o resultado a que se propõe: a derrubada de um regime despótico fundado na desigualdade entre quem está em cima e quem está embaixo na escala social, percebido como uma ordem injusta, e injusta precisamente porque inigualitária, porque hierarquicamente constituída; e a luta contra uma sociedade na qual existem classes privilegiadas e, portanto, em defesa e pela instauração de uma sociedade de iguais juridicamente, politicamente, socialmente, contra as mais comuns formas de discriminação, como são as que estão elencadas no art. 3 da Constituição Italiana, corretamente considerado a maior contribuição dada pelos partidos de esquerda à formação da Carta Constitucional da Itália... Quanto à relação entre direita e desigualdade, disse e repeti várias vezes que a direita é inigualitária não por más intenções, mas porque considera que as desigualdades entre os homens são não apenas ineliminâveis (ou são eliminâveis apenas com o sufocamento da liberdade), como também são úteis, na medida em que promovem a incessante luta pelo melhoramento da sociedade* (idem, págs. 17-20).

nos dias atuais, não se cuida mais, evidentemente, da contraposição entre o modelo de produção capitalista e o modelo de propriedade estatal dos bens de produção, que extremaram o liberalismo ocidental da Revolução Industrial e o materialismo histórico das revoluções socialistas. Essa etapa do confronto ideológico, que não deixou de ser responsável pelo progresso universal em bases bipolares, efetivamente já cumpriu o seu ciclo e encerrou-se com o fim da guerra fria. Vivemos neste fim de século um estágio da pós-modernidade ou da segunda geração do enriquecedor debate sobre as ideologias, o qual, conquanto de forma menos esplendorosa, mantém vivo o sonho das utopias que elevam o espírito humano. Com efeito, o eixo da discussão político-filosófica não é mais o modelo de produção econômica e das formas de apropriação do capital, mas sim a *qualidade do humanismo* que encobre as propostas do *neoliberalismo* e do *neo-socialismo* na contemporaneidade. Em síntese, podemos concluir que o cerne da discussão gira em torno das premissas daquilo que JOHN KENNETH GALBRAITH — este um democrata liberal insuspeito — designa em seu último livro de ***sociedade justa***. Nessa perspectiva, a discurseira em torno das proposições dogmáticas do neoliberalismo, como privatização, desestatização e desregulamentação, revela uma visão incompleta, distorcida e mistificadora das novas realidades. Mostra-nos GALBRAITH, coroado de razão, que quanto maior o espaço de atuação da livre iniciativa, que é sem dúvida a mola propulsora do engenho humano, maiores serão, em correspondente medida, as demandas por serviços públicos e coletivos, de maneira que o planejamento e a intervenção do Estado serão sempre necessários para assegurar o bem-estar geral e o desempenho satisfatório das organizações parciais das coletividades humanas: "*Existe a ampla gama de atividades públicas necessárias ao funcionamento eficaz da economia privada. Com o desenvolvimento econômico, elas também se tornam mais prementes. Mais comércio requer mais estradas; mais consumo significa mais lixo por recolher; mais viagens aéreas demandam mais aeroportos, bem como pessoal e maquinário sofisticado, para garantir a segurança dos vôos... Existe ainda o fato adicional de que a economia moderna é incapaz, sem a intervenção governamental, de assegurar um desempenho econômico geral satisfatório e estável. Pode haver especulação intensa e danosa, recessão ou depressão dolorosa e duradoura. A ação apropriada para controlá-las é muito debatida, mas de que ela é responsabilidade do Estado poucos duvidam...*"[23]

É natural que esse pragmatismo institucional *pós-moderno* está a exigir uma interação recíproca ou parceria entre o espaço público e o espaço privado, inclusive na conjugação de esforços e investimentos para suprimento das ne-

23 GALBRAITH, JOHN KENNETH, *A sociedade justa — uma perspectiva humana*, Ed. Campus, 1996, págs. 20-22.

cessidades coletivas, dada a insuficiência de um e de outro para responderem, isoladamente, aos crescentes reclamos das sociedades de massas cada vez mais complexas. Se falta ao Poder Público o quantitativo de recursos para acudir satisfatoriamente a toda sorte de demandas sociais, falta à esfera privada os predicamentos da autoridade e da insuspeição para intervir diretamente nas questões de repercussão social. Com evidentes razões, nos quadrantes do terceiro mundo, onde o *neocolonialismo* de feição *neoliberal* se impõe com renovadas técnicas de dominação e frenagem do avanço coletivo, o papel vetor do Estado desponta como uma necessidade histórica para a preservação dos valores da soberania e execução das políticas públicas essenciais à população de baixa renda e excluída dos atributos da cidadania desenvolvida. Nesse contexto, o ilusório discurso privatista significa o *canto da sereia* para a capitulação dos vínculos da nacionalidade diante do capitalismo internacional predatório e sem qualquer compromisso com os destinos de nossa gente, como bem anota JORGE CASTAÑEDA, respeitado pensador político da Universidade do México. Por isso, o pensamento da esquerda democrática e dos partidos posicionados à esquerda da visão *nihilista* conservadora se caracterizam na medida em que privilegiam o humanismo igualitarista e não meramente individualista; a transformação social e não o continuísmo das discriminações classistas; a democracia e os direitos humanos e não a ordem estratificada das elites; a identidade e a soberania nacional e não a inserção subserviente no mercado internacional; a justiça social e não o desempenho monetarista da economia; a distribuição da renda e não o totalitarismo do mercado; a redução das desigualdades e a democratização dos mercados e não a competição abusiva dos meios de produção e consumo; os investimentos sociais e não o controle da inflação a qualquer custo; as políticas ambientalistas que enfrentem as causas da poluição e os focos de pobreza no setor do saneamento básico, da habitação popular e do pleno emprego, e não o controle superficial dos efeitos das atividades poluentes; o desenvolvimento global do ser humano e não a mera elevação das curvas das estatísticas econômicas mercadológicas, e assim por diante. Em suma, essa compreensão do papel da nova esquerda democrática e pragmática apregoa, no dizer de ERIC HOBSBAWM, que o "*o futuro não pode ser uma continuação do passado*", uma vez que os dramas sociais e econômicos da atualidade, que deixam em condições de miserabilidade cerca de 2/3 dos habitantes do planeta, não se resolvem nem melhoram através de políticas neoliberais simplisticamente liberatórias das forças de mercado.[24]

Tanto é assim que as nações da Europa, da América do Norte e da Ásia que se desenvolveram no plano social e econômico neste século findante,

24 HOBSBAWM, ERIC, *Era dos Extremos — o breve século XX*, Ed. Companhia das Letras, 1995, págs. 551-552.

fizeram-no através de reformas que desconcentraram o capital e coletivizaram os predicamentos da cidadania. Além disso, expandiram os seus parques industriais e tecnológicos sem subserviência ao capital estrangeiro, mas estimulando a poupança e o mercado internos. Daí a sempre reiterada e ultralúcida advertência do incomparável brasileiro BARBOSA LIMA SOBRINHO, ao pontificar: — *O capital se faz em casa*![25] Desse modo, temos que nos livrar do *medo atávico dos olhos azuis*, pois o brasileiro não alcançará o progresso coletivo e a independência política e econômica no contexto das grandes nações se não recuperar a auto-estima e o sentimento nacional.[26] Soberania nacional, economia nacional, capital nacional, trabalhadores brasileiros e valores da pátria não devem ser vistos com o sentido pejorativo que se lhes atribui a campanha neoliberal. É justo, bem por isso, repisar a advertência serena e conclusiva de BARBOSA LIMA SOBRINHO, em pequeno grande livro dedicado ao tema: "Seria de estranhar que o nacionalismo não estivesse presente na hora difícil, em que o Brasil luta ainda pela sua emancipação econômica, como soube lutar ontem pela sua independência política. Como lutou pela sua independência religiosa. Pela liberdade de sua política imigratória, em face de ameaçadores

25 Cf. o artigo de BARBOSA LIMA SOBRINHO sob o título *O capital se faz em casa*, no *Jornal do Brasil*, edição de 11.2.96. Nesse artigo, o grande jornalista e homem público comenta o livro de OLIVEIRA LIMA denominado *No Japão*, enaltecendo as políticas públicas que conduziram aquele minúsculo arquipélago asiático ao pódio da economia mundial. Permite-se transcrever a sugestiva passagem da obra assim comentada: "*Do velho para o novo Japão, a maior diferença reside em que a moderna sociedade carece de dinheiro... Como, sem capitais, fazer face às exigências do progresso... Por tudo isso o Japão quer ter capitais. Em seu patriotismo preferiria muito mais criá-los a pedi-los emprestados, no que hesita, tanto mais quanto abomina quaisquer nações que fundarem uma prosperidade vistosa e enganadora sobre a bancarrota da sua honradez, estouvadamente brincando com a sua independência. Os capitais não crescem, no entanto, como os bambus, embora sejam precisos para fomentar e tornar universais as indústrias utilitárias, que hoje mais valem do que as indústrias de luxo... Em todos esses casos, a formação do capital depende de políticas complementares internas. Os recursos externos não bastam, mesmo que venham sob as formas mais desejáveis. Não podem fornecer automaticamente solução ao problema da acumulação do capital nas áreas atrasadas. A ação interna é essencial, tanto para o uso das contribuições externas, como também para descobrir as próprias fontes potenciais. Não há solução para o problema sem um esforço constante e árduo na frente interna. Em certo sentido, pois, tudo se resume a isto: o capital é realizado em casa*".

26 A expressão *medo atávico dos olhos azuis* é atribuída a um diplomata brasileiro por PAULO NOGUEIRA BATISTA JR. em interessante artigo sobre *Entreguismo e Globalização*, onde sustenta a propósito do tema em digressão: "*...O primeiro passo, portanto, é superar o estado de prostração mental em que nos encontramos e desenvolver, sem inibições, a nossa própria concepção de nacionalismo, adequada às nossas circunstâncias. Um nacionalismo pacífico, livre de xenofobias e aberto à cooperação com outros países. Mas, também, cético, desconfiado das modas e retóricas internacionais e avesso ao deslumbramento provinciano.*" (Cf. *Folha de S. Paulo*, edição de 10.3.97, caderno 2, pág. 2).

enquistamentos sociais. Falar, pois, em nacionalismo, dentro do Brasil, exigindo a presença de aspas, ou as cerimônias do exorcismo, é ignorar toda a nossa história. Mais do que isso: é ignorar o próprio Brasil, que sempre soube ser fiel à afirmação de sua personalidade nacional, aos imperativos de sua dignidade como nação e como povo...[27]

Nessa linha de convicções, vale transcrever, em justa homenagem póstuma, uma parcela dos sonhos de DARCY RIBEIRO, constante do derradeiro livro escrito pouco antes da partida, em fevereiro de 1997: "Nunca houve aqui um conceito de povo, englobando todos os trabalhadores e atribuindo-lhes direitos. Nem mesmo o direito elementar de nutrir-se, vestir-se e morar. Essa primazia do lucro sobre a necessidade gera um sistema econômico acionado por um ritmo acelerado de produção que o mercado externo dela exigia, com base numa força de trabalho afundada no atraso, famélica, porque nenhuma atenção se dava à produção e reprodução das suas condições de existência. Em conseqüência, coexistiram sempre uma prosperidade empresarial, que às vezes chegava a ser a maior do mundo, e uma penúria generalizada da população local. ...O que desgarra e separa os brasileiros em componentes opostos é a estratificação de classes... As causas desse descompasso devem ser buscadas em outras áreas. O ruim aqui, e efetivo fator causal do atraso, é o modo de ordenação da sociedade, estruturada contra os interesses da população, desde sempre sangrada para servir a desígnios alheios e opostos aos seus. Não há, nunca houve, aqui um povo livre, regendo seu destino na busca de sua própria prosperidade. O que houve e o que há é uma massa de trabalhadores explorados, humilhada e ofendida por uma minoria dominante, espantosamente eficaz na formulação e manutenção de seu próprio projeto de prosperidade, sempre pronta a esmagar qualquer ameaça de reforma da ordem social vigente... Na verdade das coisas, o que somos é uma nova Roma. Uma Roma tardia e tropical. O Brasil é já a maior das nações neolatinas, pela magnitude populacional, e começa a sê-lo também por sua criatividade artística e cultural. Precisa agora sê-lo no domínio da tecnologia da futura civilização, para se fazer uma potência econômica, de progresso auto-sustentado. Estamos nos construindo na luta para florescer amanhã como uma nova civilização, mestiça e tropical, orgulhosa de si mesma. Mais alegre, porque mais sofrida. Melhor, porque incorpora em si mais humanidades. Mais generosa, porque aberta à convivência com todas as raças e todas as culturas e porque assentada na mais bela e luminosa província da Terra.[28]

27 SOBRINHO, BARBOSA LIMA, Desde quando somos nacionalistas?, Ed. Vozes, Petrópolis, 1995, págs. 124-125.

28 RIBEIRO, DARCY, O povo brasileiro — a formação e o sentido do Brasil, Ed. Companhia das Letras, 1995, págs. 447, 448, 452, 454 e 455.

Percebe-se, assim, com facilidade, que o Estado e a sociedade brasileira têm falhado historicamente quanto à garantia das condições mínimas de existência humana digna, sem o que inviabiliza-se o projeto constitucional de fruição coletiva dos direitos fundamentais do homem. Sem o *mínimo existencial*, que a doutrina alemã designa de "*existenzminimum*", frustra-se o sistema supralegal de proteções essenciais, aprofundando-se o fosso do *nominalismo* e do *semantismo* constitucional. Melhor pensando, cinde-se a eficácia social da Constituição, que passa a operar seletivamente: efetiva-se para uma minoria em condições de desfrutar em plenitude os direitos básicos à dignidade humana, mas esmorece para aqueles destituídos de meios para *viver* no cotidiano o padrão existencial idealizado pela Lei Maior. É como se os fatos e as diferenças sociais discriminassem a Constituição, debilitando sua *força normativa*, para utilizar a expressão de KONRAD HESSE, ao expor: "*A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade*... Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições... A pretensão de eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização... Graças à pretensão de eficácia, a Constituição procura imprimir ordem e conformação à realidade política e social. Determinada pela realidade social e, ao mesmo tempo, determinante em relação a ela... Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas...[29]

Bem se vê, de todas essas considerações, que a questão da efetividade das normas constitucionais é, no fundo, uma questão das relações entre democracia e Constituição ou, se se preferir, de operacionalidade do regime constitucional democrático em cada país, de que depende a força normativa da Constituição (*Die normative Kraft der Verfassung*), segundo a conhecida expressão de KONRAD HESSE. Constituição e democracia são, assim, categorias de imbricações sócio-político-jurídicas, que interagem e reciprocamente se condicionam para a consecução de projetos de organização social. A Constituição define princípios, organiza metas e distribui tarefas, que a instituição estatal deve pôr em execução junto ao tecido social, como condição de realização da democracia, consoante acentua HANS PETER SCHNEIDER, na obra notável sobre *Constituição e Democracia*.[30] Destarte, a visão contemporânea do constitucionalismo democrático considera a Constituição e a democracia uma espécie de avenida de mão dupla, cujo trânsito se congestiona ou flui livremente na medida da

29 HESSE, KONRAD — em *A força normativa da Constituição*, Ed. Sergio Antonio Fabris, Porto alegre, 1991, págs. 15 e 19.

30 SCHNEIDER, HANS PETER — *Democracia y Constitucion*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 38 e 39.

maior ou menor integração das normas constitucionais com as realidades sociais, e vice-versa. Assim, a efetividade (ou eficácia social) da Constituição é, também, e indispensavelmente, a efetividade do regime democrático, e vice-versa.

Mas — meus jovens e caros alunos da Faculdade de Direito da UERJ, para quem dedico esta aula inaugural, mercê do convite muito honroso com que me distinguiu o eminente e estimado Diretor de nossa Faculdade, Prof. GUSTAVO TEPEDINO — ***há que acreditar que a vida é bela!***, como belo é o filme do cineasta italiano ROBERTO BENIGNI. O filósofo alemão THEODOR ADORNO, impactado pela dolorosa visão dos horrores nazistas, afirmou, ao término da II Guerra, que — "***a poesia tornou-se impossível depois do campo de concentração de Auschwitz***". Contudo, a poesia não desapareceu da face da terra, tampouco do coração dos homens. E afirmo-lhes que o caminho natural da beleza é a verdade, vocábulo com que Cristo definia sua própria e divina pessoa. Por isso, não tenhais medo da verdade. Os advogados, que sereis amanhã, são militantes da verdade. Adverti-vos, pois, contra os atalhos sedutores da mentira e da mistificação dos valores constitucionais e democráticos. A Faculdade de Direito deve ser, por definição, uma escola de cidadania ativa e uma academia da razão crítica. Deveis aproveitar os cinco anos do curso de Direito, que serão inesquecíveis em suas vidas, para pôr o pé na estrada conducente à verdade de cada um. Compreender as tensas relações entre Constituição e Democracia, que sintetizam a essência da dialética civilizatória, é perseguir a compreensão do mundo e do tempo em que vivemos e seguir o caminho das verdades do corpo e do espírito, na mesma trilha dos peregrinos e dos mártires que pelos séculos simbolizaram sua permanente devoção. A caminhada perseverante em busca do conhecimento e da verdade de cada um de vocês os fará tornarem-se o que efetivamente são. Com inspiração na provocante mensagem de NIETZSCHE, gostaria de dizer-lhes, em palavras finais, que o maior desafio do ser humano ***é tornar-se o que se é...***

NOVAS PERSPECTIVAS DE COMBATE JURÍDICO À DISCRIMINAÇÃO RACIAL

JOAQUIM B. BARBOSA GOMES*

"A Constituição dispõe que o ensino será ministrado com base no princípio da 'igualdade de condições' para acesso e permanência na escola; no entanto, dando aulas há 28 anos na Faculdade de Direito da USP, para, em média, 250 alunos por ano, e tendo tido aproximadamente 7.000 alunos, dou meu testemunho de que nem cinco eram negros!" (Professor Antonio Junqueira de Azevedo, ***in*** Folha de S. Paulo *de 15-11-96, pág. 3-2)*

"Education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms". (Trecho extraído da decisão "Brown v. Board of Education of Topeka" da Suprema Corte dos EUA)

* Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas). Membro do Ministério Público Federal. Professor-Adjunto de Direito Administrativo da UERJ. Ex-Consultor Jurídico do Ministério da Saúde. *Visiting Scholar* da Columbia University School of Law, New York. Autor do livro: *La Cour Suprême dans le Systême Politique Bresilien*, ed. LGDJ, Paris, França, 1994.

"EDUCAÇÃO: PASSAPORTE SEGURO PARA A LIBERDADE, ARMA INDISPENSÁVEL NA LUTA PELA IGUALDADE" (Jurista brasileiro anônimo)

A luta por transformações sociais e pela promoção da justiça social constitui tarefa a ser levada a cabo mediante esforço eminentemente coletivo.

No plano jurídico, esta singela constatação se traduz, na maioria dos países ocidentais, na possibilidade de utilização de instrumentos legais de promoção e defesa de direitos de natureza coletiva, seja por meio de entidades formadas por grupos específicos oriundos da sociedade civil (associações, ONGs etc.), seja através de órgãos governamentais concebidos e instituídos com o fim específico de promover a efetiva igualdade e de defender os direitos de determinadas categorias sociais vulneráveis.

O sistema jurídico brasileiro, que tem suas raízes mais antigas no Direito continental europeu[1], durante muito tempo ignorou por completo essa evidência. E o que é ainda mais grave, o *establishment* jurídico nacional[2] sempre foi majoritariamente individualista. É indisfarçável o desconforto sentido por muitos operadores do Direito em relação aos instrumentos de defesa coletiva da sociedade ou de alguns de seus segmentos mais necessitados.

Entretanto, cresce a cada dia a consciência acerca da maior eficácia dos instrumentos coletivos de aplicação do Direito e de busca da Justiça Social. Embora, ressalte-se, a tendência de se aplicar o direito por meio de iniciativas

1 É importante salientar, porém, que a partir de 1891, quando o Brasil deixou de ser a única Monarquia do continente americano e adotou o federalismo e o regime presidencial ao estilo dos EUA, as instituições político-jurídicas norte-americanas passaram a ter grande influência no país. V. Jacob Dolinger, "*The influence of American constitutional law on the Brazilian legal system*", in *American Journal of Comparative Law*, Fall 1990 38 nr. 4 p. 803/837.

2 A expressão "*establishment* jurídico nacional" tem aqui uma significação pouco precisa, reconhece o autor: trata-se de um pequeno grupo de profissionais do Direito, composto essencialmente por autores de obras jurídicas de impacto no plano nacional e por advogados de prestígio e clientela afluente, quase todos estreitamente vinculados à estrutura de mando do País. Esses profissionais exercem sobre o sistema jurídico brasileiro uma influência maior que a exercida, por exemplo, por *scholars* e advogados europeus em seus respectivos países. Seguramente, têm prestígio e poder inalcançáveis por profissionais com perfil semelhante em países de *common law*, como os EUA. Essa forma de poder é em muitos casos excessiva e injustificada, e só se explica pelo isolamento cultural em que vivemos, cujo efeito mais devastador reside na falta de referências, de parâmetros de comparação. Ilustra à perfeição o poder de certos causídicos brasileiros a seguinte comparação, feita, reconheça-se, assim meio "à la sauvette": o *Doyen* Georges Vedel, o mais prestigiado e influente jurista francês das três últimas décadas, mundialmente conhecido, não tem em seu país uma influência sobre as instituições comparável à que desfruta, entre nós, alguém como, digamos, o advogado e ex-ministro Saulo Ramos... Numa palavra, a compreensão do Direito brasileiro, dos seus avanços e recuos, passa necessariamente pela análise dessas nuances sócio-culturais.

de caráter meramente individual ainda seja prevalecente, vislumbram-se no horizonte, porém, claros sinais de mudança.

A RUPTURA DE 1985/1988: O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS COLETIVOS E DE GRUPOS E O ADVENTO DAS AÇÕES CIVIS COLETIVAS

Com efeito, a aprovação pelo Congresso Nacional, em 1985, da Lei nº 7.347/85, complementada pela promulgação da nova Constituição em 5 de outubro de 1988, anunciou uma mudança vital nesse campo. Pelo menos do ponto de vista jurídico-formal, trata-se de um divisor de águas, pois as inovações produzidas por esses dois atos normativos cuidam precisamente de instrumentos jurídicos de proteção e defesa de direitos de grupos sociais específicos, ou de direitos e interesses afetos à coletividade como um todo ("***Public Interest Law***").

De fato, o Congresso Nacional, constatando a existência de uma lacuna no ordenamento jurídico brasileiro, e também sabedor da necessidade de se incentivar a implementação de direitos que transcendam a esfera individual, buscou criar instrumentos de defesa e promoção dos chamados direitos "coletivos" e "difusos", perante o Poder Judiciário.

Em 1985, portanto, foi editada a chamada Lei da Ação Civil Pública, que autoriza o Poder Executivo federal e estadual, as associações constituídas há mais de um ano e o Ministério Público a proporem ações civis perante o Poder Judiciário, em defesa de direitos e interesses difusos e coletivos. A Constituição de 1988 veio reforçar essa lei, atribuindo enormes poderes ao Ministério Público para agir em defesa de tais direitos e interesses, inclusive o de conduzir investigações próprias através do chamado Inquérito Civil Público, novidade absoluta no Direito brasileiro.

Nas palavras de José Carlos Barbosa Moreira, o Poder Legislativo, através das novas normas introduzidas em 1985 e 1988, fez "*irromper o social na paisagem do processo*", com isso deixando em segundo plano a concepção individualista até então predominante. Ao fazê-lo, o Congresso ampliou a legitimação para postular em juízo das entidades jurídicas vocacionadas à defesa e à promoção dos interesses das massas.[3]

3 V. sobre Ação civil pública, entre outros: José Carlos Barbosa Moreira — *Tutela Jurisdicional dos Interesses Coletivos ou Difusos* — *in* "Temas de Direito Processual", 3ª série, Saraiva, 1984, p. 193-197; Ada Pellegrini Grinover — *A problemática dos interesses difusos* — *in* "A Tutela dos Interesses Difusos", Coord. Ada Pellegrini Grinover, ed. Max Limonad, SP, 1984, p. 29-45; Rodolfo de Camargo Mancuso — 1) *Interesses Difusos*, ed. RT, 1988; 2) *Interesses Difusos: conceito e colocação no quadro geral dos "interesses"*, *in* Revista de Processo, nº 55, 1989, p. 165-179; 3) *Ação Civil Pública* — ed. RT, 1994; Antonio Augusto

Esta foi, sem dúvida, uma mudança crucial no domínio da aplicação do Direito, e terá certamente num futuro próximo profundas repercussões no campo da eficácia das normas jurídicas em nosso país.

Com efeito, a noção de interesse público ou interesse geral da coletividade passou nos últimos tempos por certas modificações conceituais, a ponto de se cogitar, com uma boa dose de precisão, da diferenciação entre a) direitos e interesses gerais de toda a coletividade; b) direitos e interesses de determinados grupos; e c) direitos individuais indisponíveis. Isto significa que, ao invés da tradicional dicotomia entre direitos do indivíduo e direito da coletividade, admite-se a existência de uma categoria intermediária de direitos, situada a meio caminho entre os direitos puramente individuais e os direitos e interesses gerais da sociedade como um todo.[4]

No Brasil, a partir de 1985, e com mais precisão a partir de 1988/90[5], não há dúvida de que essa categoria intermediária de direitos admite uma outra diferenciação: a que separa os direitos pertencentes a uma categoria "determinada" ou "determinável" de pessoas e aquela pertinente a um grupo "indeterminado" de indivíduos. Por exemplo, podem seguramente ser catalogados como membros de uma categoria determinada ou determinável de pessoas: a) os moradores de um edifício; b) os empregados de uma empresa estatal ou de um conglomerado de empresas privadas; c) os membros dos corpos docente e/ou discente de uma Universidade; d) as pessoas pertencentes a uma determinada etnia; e) as adeptas de um determinado culto ou religião. Os elementos-chave de caracterização em todos esses exemplos são, de um lado, o caráter transindividual do direito ou interesse tutelado; de outro lado, a noção de *appartenance ou membership* que anima os membros do grupo, vinculados uns aos outros em razão do interesse comum decorrente do fato de pertencerem a um universo de pessoas dotadas de certas características distintivas facilmente identificáveis. Ou, no dizer da lei, do fato de existir, entre os titulares do referido direito, uma "relação jurídica-base" comum a todos os integrantes do grupo ou categoria. Nessa categoria jurídica determinada ou determinável poderiam ser enquadrados, por exemplo, todos os cidadãos brasileiros descendentes de africanos, as mulheres, os índios, os membros da minoria judaica, os adeptos desta ou daquela confissão religiosa, em suma, todos aqueles grupos que, no nosso sistema jurídico, têm legitimação para reivindicar direitos que lhes são próprios, seja por razões históricas ligadas à sua inserção na comunidade nacional, seja por peculiaridades que os distinguem daqueles que compõem o contingente majoritário no seio da nação brasileira.

Já o grupo social ***indeterminado*** ou ***de difícil determinação*** seria aquele cujos direitos e interesses trazem igualmente a marca da transindividualidade. Noutras palavras, trata-se de direitos e interesses que "*depassam a esfera de atuações dos indivíduos isoladamente considerados, para surpreendê-los em sua dimensão coletiva*"[6]. Entretanto, em relação a esse grupo, haveria uma **indefinição** importante: a que se refere à individualização das pessoas titulares dos direitos e interesses reivindicados e a concernente ao alcance das lesões eventualmente infligidas aos membros desse grupo. Isto porque, neste caso, em se tratando de dano aos direitos e interesses do grupo, a lesão se dissemina "por um número indefinido de pessoas, tanto podendo ser uma comunidade, uma etnia ou mesmo toda a humanidade"[7]. Noutras palavras, para dar exemplos mais concretos, seriam titulares de direitos difusos: a) os moradores *anônimos* de uma cidade ou de um Estado; b) os consumidores de um determinado produto espalhados por todo o país; c) ou ainda os contribuintes de um determinado tributo de incidência geral e indiscriminada.

Vários autores, brasileiros e estrangeiros, tentaram traçar o conceito e a diferenciação entre essas categorias de direitos, que, como já dito, constituem novidade no sistema jurídico do Brasil. Albino Zavaski, por exemplo, assim se pronuncia sobre o tema:

> *"Do ponto de vista objetivo, assemelham-se os interesses difusos aos coletivos: ambos são indivisíveis, não podendo ser satisfeitos nem lesados senão de forma que afete a todos os possíveis titulares, difusa*

Mello de Camargo Ferraz, Édis Milaré e Nelson Nery Junior — A Ação Civil Pública e a Tutela Jurisdicional dos Interesses Difusos, ed. Saraiva, 1984, p. 54-59; Hugo Nigro Mazzilli — *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, ed. Saraiva, 1997; Hely Lopes Meirelles — *Mandado de Segurança, Ação Popular e Ação Civil Pública* — Ed. RT, São Paulo, 1989; Roy R. Friede — *Ação Cautelar, Ação Civil Pública e Ação Popular* — Rio de Janeiro, ed. Forense Universitária, 1993; José Carlos Barbosa Moreira — *Ação Civil Pública* — Separata da Revista Trimestral de Direito Público, SP, p. 1-18, 1992; Paulo Afonso L. Machado — *Ação Civil Pública: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, tombamento* — Ed. RT, 2ª edição, SP, 1987; José dos Santos Carvalho Filho — *Ação Civil Pública: Comentários por artigo* — ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1995; Ada Pellegrini Grinover, Antônio Herman de Vasconcellos e Benjamin, Daniel Roberto Fink, José Geraldo Brito Filomeno, Kazuo Watanabe, Nelson Nery Júnior e Zelmo Denari — Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, ed. Forense Universitária, RJ, 1998.

4 Os direitos individuais homogêneos, segundo o STF, são subespécie dos direitos coletivos (RE nº 163231-SP, Rel. Min Mauricio Correia).

5 É importante salientar que, embora essas importantes modificações tenham sido introduzidas no Direito brasileiro desde 1985, a definição mais ou menos exata das novas categorias de direitos só veio a ser feita em 1990, quando o Congresso aprovou o Código de Defesa do Consumidor, o qual, em seus artigos 81 e seguintes, dá a definição legal de Direitos Difusos, Direitos Coletivos e Direitos Individuais Homogêneos.

6 Rodolfo de Camargo Mancuso, *Comentários ao Código de Proteção do Consumidor*, ed. Saraiva, 1991, p. 274/275.

7 Mancuso, ob. cit., p. 275.

ou coletivamente considerados. O que os diferencia são seus aspectos subjetivos: embora ambos sejam transindividuais, a indeterminação dos sujeitos titulares é absoluta quando se trata de interesses difusos, mas é relativa em se tratando de interesses coletivos. É que nos difusos, a ligação entre os titulares decorre de mera circunstância de fato, enquanto que os titulares dos interesses coletivos têm a ligá-los, entre si ou com o obrigado, uma relação jurídica-base".[8]

Um autor que também enfrentou o tema foi o jurista italiano Mauro Cappelletti. E o fez na perspectiva de busca de uma solução para problemas sociais, isto é, aqueles problemas para cuja solução não basta a ação isolada de um único indivíduo, mas a iniciativa conjunta de Governo, de movimentos sociais e organizações não governamentais nacionais e estrangeiras. Diz Cappelletti com muita propriedade:

"O que são os chamados direitos difusos? Para entender-se perfeitamente o tema, é preciso, antes de tudo, abandonar os esquemas dogmáticos e puristas. É necessário entender a questão social, primeiro. Pois a questão social está na base dos interesses difusos. Só a partir daí se podem compreender os aspectos propriamente jurídicos. Acima de tudo compreendendo o problema social e a sua nova, mas já enorme e crescente importância na sociedade contemporânea. Então, compreenderemos por que este tema tem sido negligenciado pelos juristas(....)" "Quando surge o problema social, o direito logo deve intervir, deve tratar de resolvê-lo, ou de colaborar na resolução do mesmo. Esse é o direito realista, não um direito abstrato, dogmático, direito das nuvens. Qual é o problema jurídico que corresponde ao problema social característico da sociedade contemporânea? Não posso dizer que, em outras épocas, não existissem exigências de intervenção do mesmo tipo, intervenções difusas. Mas o que desejo enfatizar é que hoje esse problema emerge com uma importância extraordinária, sem precedentes na história do homem. O problema jurídico é muito simples. Como proteger essa categoria, essa massa, esses interesses difusos (do consumidor, do meio ambiente, etc.?). Certo, uma primeira resposta é óbvia: o legislador pode aprovar leis de direito substancial que protejam o consumidor, o ambiente, as minorias raciais, civil rights, *direitos civis etc. Aí está apenas um primeiro passo, não mais. Porque especificamente o interesse difuso necessita de uma proteção judiciária, processual, sempre que violado. Não basta que exista uma lei de direito material que exija lealdade, por exemplo, em matéria publicitária. Não basta isso. É preciso antes uma proteção adequada no caso de fraude publicitária".*[9]

São, portanto, muito próximas as noções de interesses "difusos" e "coletivos". Enquanto os primeiros dizem respeito a direitos e interesses importantes para a coletividade como um todo, os últimos se destacam por serem pertinentes a um grupo suscetível de identificação.

A proximidade e a semelhança desses conceitos faz surgir um primeiro problema: o da legitimidade para a defesa de cada tipo de direito ou interesse, já que são múltiplos os atores autorizados pela Constituição e pelas leis brasileiras a agir em defesa de direitos metaindividuais.

LEGITIMAÇÃO PARA DEFESA DE INTERESSES DE GRUPOS ÉTNICOS MINORITÁRIOS

De saída, uma reflexão se impõe: quem detém legitimidade para a promoção e a defesa dos interesses de um determinado grupo étnico — apenas as entidades representativas desses grupos ou os órgãos que agem em nome de toda a coletividade?

À primeira vista, a questão parece de fácil solução, pelo menos no plano jurídico. Na prática, ela não o é, e as dificuldades inerentes ao seu deslinde só ainda não vieram à tona por força da ligeireza e do mal disfarçado desdém com que a situação social do negro e de outras minorias é tratada na sociedade brasileira.

Dada a avassaladora predominância de uma visão conservadora nos meios jurídicos brasileiros, não constituiria nenhuma surpresa o eventual surgimento de corrente de pensamento tendente a desqualificar o fator étnico-racial como elemento determinante de legitimação para efeito da ação civil pública. Aliás, uma tal corrente de pensamento não seria estranha às tradições jurídicas brasileiras, que tendem sempre a deixar de lado a discussão da essência das coisas para privilegiar a abordagem de aspectos secundários, periféricos, processuais...

Porém, no caso específico do objeto deste estudo, existem obstáculos de peso a essa possível tentação *diversionista:* de um lado, a própria Constituição Federal que, em seu artigo 129, III, declara o Ministério Público habilitado a propor ações civis públicas para defesa de **"outros interesses difusos e coletivos"**. Como já vimos, a promoção dos direitos constitucionais dos negros

8 Albino Zavascki — Ministério Público e Ação Civil Pública, *in Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*, v. 32, p. 117/124.

9 Mauro Cappelletti, "A Tutela dos Interesses Difusos" *in AJURIS*, 1985, nº 33/174.

brasileiros pode ser enquadrada tanto como direito coletivo quanto como direito difuso. De outro, a Lei Orgânica do Ministério Público da União, que acrescentou ao elenco de atribuições desse órgão a defesa dos direitos das "**minorias étnicas**" (L.C. 75/93, art. 6º, VII, "b"), atribuição essa exercitável justamente pela via da ação civil pública. Portanto, no plano puramente normativo, não existe qualquer obstáculo à atuação do MP na proteção aos direitos de grupos étnicos minoritários. Ao contrário, existe autorização expressa, como já visto. Isto significa que a propositura de ação civil pública com vistas à defesa de direitos e interesses de minorias étnico-raciais independe de autorização legislativa específica, ao contrário do que vêm decidindo algumas cortes brasileiras, quando convocadas a decidir ações coletivas em outras áreas, como, por exemplo, na área de impostos...

Resta saber se tal atuação se faria a título de tutela de defesa dos direitos difusos ou coletivos. Em se tratando de atuação do Ministério Público, a questão me parece irrelevante, eis que a legitimação constitucional foi outorgada pelo legislador constituinte em termos deliberadamente irrestritos ("*outros interesses difusos e coletivos*")[10]. Vale dizer, ainda que, neste caso, os direitos e interesses protegidos tenham, em sua essência, uma indisfarçável natureza de classe ou de grupo, é plenamente viável a sua tutela por iniciativa do Ministério Público, como de resto pode ocorrer em outros domínios em que estejam em jogo direitos coletivos e não difusos. Já as associações só podem agir a título de defesa de direitos e interesses de grupo ou classe. Isto é, prevalece aqui o

10 Confira-se, nessa mesma linha de entendimento, importante acórdão do STJ: "Processual Civil. Ministério Público. Ação Civil Pública. Dano ao Erário. Legitimidade. 1. Impossível, com base nos preceitos informadores do nosso ordenamento jurídico, deixar de se reconhecer ao MP legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de proteger patrimônio público, especialmente, quando baseia o seu pedido em prejuízos financeiros causados a ele por má gestão (culposa ou dolosa) das verbas orçamentárias. 2. "Com efeito, não poderia a Ação Civil Pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988, que é função do MP promover "Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos" (art. 129, III), "tout court" (e não os "interesses coletivos e difusos indicados em lei" (Milton Flaks, "in" Revista Forense v. 32, pp. 33 a 42). 3. "Nem mesmo a ação popular exclui a ação civil pública, visto que a própria lei admite expressamente a concomitância de ambas (art. 1º) "Hely Lopes Meirelles, p. 120, Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, RT — 12ª edição). 4. Procedentes jurisprudenciais entre tantos outros: RESP 98.648/MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJU de 28.04.97; RESP 31.547-9/SP, rel. Min. Américo Luz, DJU de 8.11.93, pg. 23.5.46. 5. Não cabe exame, em sede de recurso especial, a existência ou não da conexão, continência, litispendência ou coisa julgada se, primeiramente, o acordão hostilizado não tratou de nenhuma dessas entidades processuais e, em segundo, quando inexiste prova absoluta da caracterização de qualquer uma delas. 6. Recursos especiais improvidos. (RESP nº 167783-MG, 1ª Turma, rel. Min. José Delgado; julgado em 02-6-98; in DJU de 17/8/98, p. 00038.

princípio da especialização: somente as associações que, de acordo com os seus estatutos, tenham como objetivo a defesa de direitos de certas minorias, poderão ingressar em juízo com ação civil em nome delas.

De toda sorte, o que nos parece absolutamente relevante é o fato de que, efetivamente, o fator étnico constitui um critério inegável de classificação, para efeito de enquadramento do tipo de tutela a ser reivindicada perante o Poder Judiciário.

Por outro lado, vista sob o ângulo da Justiça Social, que constitui um dos pilares do sistema constitucional brasileiro[11], a busca de solução aos problemas de grupos étnicos minoritários interessa não só a esses grupos mas também à sociedade brasileira como um todo, ao Estado brasileiro e, cada vez mais, às forças econômicas hegemônicas no País, que têm todo o interesse em ver integradas à sociedade de consumo as grandes massas marginalizadas da nossa sociedade, compostas majoritariamente por pessoas de ascendência africana. Isto contribuiria sem dúvida alguma para a preservação da paz social, para a cessação do alijamento social e da marginalização de um grupo social de importância vital na construção da nacionalidade brasileira. Sob este ângulo, pois, o enquadramento jurídico dos direitos dos negros brasileiros se faria na categoria de direitos difusos, e não de direitos de uma classe de pessoas[12].

Como um dos detentores da legitimação para propor Ação Civil Pública, o Ministério Público é de longe a instituição que reúne as melhores condições para obter sucesso nessa empreitada, que é de interesse de toda a sociedade brasileira, como já dissemos. Com efeito, nos diversos domínios em que as ações civis públicas são taxativamente admitidas (meio ambiente, defesa do consumidor, mercado financeiro, defesa do patrimônio público), o MP é, sem dúvida alguma, dentre os legitimados, a instituição mais atuante. Isto decorre de alguns fatores, entre os quais: a) a boa qualificação jurídica dos membros do Ministério Público e o prestígio profissional de que desfrutam na sociedade brasileira; b) a fragilidade financeira e organizacional das associações voltadas à defesa de interesses coletivos e de grupos, ainda bastante incipientes e rudi-

11 A Constituição Federal brasileira, em seu art. 3º, IV estabelece como um dos "*objetivos fundamentais*" da República: "*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*".

12 Neste ponto, nosso entendimento coincide com o de **Hugo Nigro Mazzilli,** que assim se manifesta: "*Às vezes, a defesa de interesses de um grupo determinado ou determinável de pessoas pode convir à coletividade como um todo. Isto geralmente ocorre em diversas hipóteses, como quando a questão diga respeito à saúde ou à segurança das pessoas; ocorre, também, quando haja extraordinária dispersão dos interessados, a tornar necessária ou, pelo menos, conveniente a sua substituição processual pelo órgão do Ministério Público(...) ocorre, ainda, quando interessa à coletividade o zelo pelo funcionamento correto, como um todo de um sistema econômico, social ou jurídico*".

mentares no Brasil; c) a notável ausência, entre os brasileiros em geral, daquilo que os povos anglo-saxões apropriadamente denominam espírito de "community", deficiência agravada pela nossa secular tendência a acreditar que deve vir do Estado a solução para todos os problemas sociais.

Não resta dúvida de que a Constituição Federal elegeu o Ministério Público como um instrumento privilegiado de promoção e defesa dos direitos coletivos e difusos. A leitura de alguns de seus dispositivos nos conduz à conclusão de que essa Instituição foi alçada à condição de Promotor da Cidadania e dos direitos coletivos, como tem sido dito à exaustão. Rompeu assim a Constituição de 1988 com uma longa e já bem estabelecida tradição dessa Instituição, que, até então, se dedicava preferencialmente ao desempenho do papel de mero fiscal da lei e de titular da ação penal, o que é muito pouco quando se sabe que o Brasil é um país em que a persecução penal constitui precisamente a mais dramática prova da ineficiência e do caráter às vezes artificial, puramente mimético, de algumas peças do sistema jurídico.

De fato, em seu art. 129, a CF 1998 inclui entre as funções institucionais do MP a de "*promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos*".

Note-se que a Constituição não inclui expressamente a defesa dos direitos das minorias entre os interesses a serem tutelados através da ação civil pública. À primeira vista, esse suposto silêncio do texto constitucional poderia constituir um poderoso argumento para os segmentos conservadores e imobilistas do **establishment** jurídico brasileiro, que aí encontrariam a base jurídica formal para entravar toda e qualquer ação do Ministério Público em defesa das minorias marginalizadas[13].

Contudo, é a própria Constituição, no mesmo artigo 129, inciso III, que outorga ao Ministério Público a atribuição de propor ação civil pública para defesa de **"outros interesses difusos e coletivos"**. Vale dizer, a previsão constitucional é ampla, sem qualquer cláusula restritiva. Portanto, não há obstáculo jurídico sério à ação do Ministério em defesa dos direitos da minoria negra brasileira[14].

13 O temor de que isso venha realmente a acontecer é plenamente justificável à luz da curta mas significante experiência já acumulada em matéria de ação civil pública. Por falta de conhecimento, ou simplesmente por má-fé, têm-se tornado rotineiras, especialmente na esfera da Justiça Federal, decisões de juízes que extinguem liminarmente ações civis públicas propostas pelo MPF em defesa do patrimônio público. Invariavelmente, a alegação nesses casos é de que seria preciso uma lei específica dando legitimação ao MP para atuar em cada caso! Se tais absurdos ocorrem em domínios taxativamente previstos na Constituição como objeto da chamada tutela coletiva, da alçada do MP, é de se imaginar quantos disparates virão à tona quando o MP finalmente se dispuser a tomar iniciativas efetivas em defesa de certas minorias, especialmente a negra!

Ainda no plano constitucional, guarda pertinência com o tema da afirmação dos direitos da comunidade negra a seção relativa à cultura (seção II do capítulo III do título VIII), artigos 215 e 216, assim concebidos:

> *"Art. 215, § 1º: O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (...);*
> *Art. 216: Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: a) as formas de expressão; os modos de criar, fazer e viver;*
> *§ 4º: Os danos e ameaças ao patrimônio cultural serão punidos, na forma da lei."*

Como se vê, a própria Constituição Federal (art. 215) singulariza os brasileiros de descendência africana, ao assegurar a proteção do Estado às suas manifestações culturais específicas. Reconhece-lhes, portanto, a condição de grupo social portador de certas características histórico-culturais, diferenciadoras dos demais elementos componentes da Nação. No plano estritamente jurídico, o art. 215 imprime de forma inequívoca aos direitos e interesses dos negros em geral, assim como dos índios e dos descendentes de europeus, a marca de direito coletivo, de classe. Em suma, reconhece-lhes o caráter de grupo dotado de direitos específicos em face da sociedade brasileira.[15]

Já o art. 216 vai mais longe: diz que o patrimônio cultural brasileiro se compõe dos bens de natureza material ou imaterial oriundos das três raças que compõem a nossa nação, e que qualquer dano causado a um ou a todos os elementos componentes desse patrimônio ("tomados individualmente ou em

14 É importante salientar que os Ministérios Públicos dos Estados e o Ministério Público do Trabalho teriam nesse domínio um papel muito mais ativo do que o Ministério Público Federal, cujas atribuições são fixadas à luz de critérios orgânicos, *rationi personae*, ao contrário do que ocorre nos EUA, onde a violação da legislação federal de direitos civis, por si só, é suficiente para determinar a competência do Judiciário federal, *et partant*, dos chamados *US Attorneys*.

15 Numa perspectiva de direito comparado, v. Judith Baker (ed.), "Group Rights", University of Toronto Press, 1992; Charles Taylor, "Multiculturalism and The Politics of Recognition", Princeton University Press, 1992; s/direito do consumidor, v. Samuel Issacharoff — *Group Litigation of Consumer Claims: Lessons from the American Experience* — Revista AJURIS, edição especial, vol. I, Porto Alegre, março de 1998.

conjunto") será reprimido na forma da lei. Aqui não se trata mais de direitos de grupo ou de classe, mas de direitos pertencentes a toda a coletividade ("patrimônio cultural brasileiro"). Poderá, assim, ser considerada violação de *direitos difusos* toda e qualquer ação (privada ou governamental) tendente a sufocar, a suprimir, a escamotear, a mitigar a importância da contribuição de cada uma das três raças na construção da nacionalidade brasileira. Neste sentido, pois, o combate à opressão e à situação de quase-ausência de direitos em que vive a maioria dos negros no Brasil constitui, sem dúvida alguma, um direito difuso a ser perseguido na via da ação civil pública.

Portanto, os artigos 215 e 216 da Carta de 1988 reforçam o entendimento de que o MP está constitucionalmente autorizado a propor ações civis públicas em defesa das minorias oprimidas, a título de defesa de interesses difusos. Tais interesses, como já vimos, somados aos dos demais grupos étnicos que formam a identidade nacional, constituem, à luz do dispositivo constitucional acima transcrito, o chamado patrimônio cultural brasileiro. Ou seja, um típico interesse difuso.

Não bastasse isso, a Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) veio tornar ainda mais explícita essa atribuição do MP, ao dispor em seu artigo 6º:

> "ART. 6º — Compete ao MPU:
> *VII — Promover o inquérito civil e ação civil pública para:*
> a) proteção dos direitos constitucionais;
> b) proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, dos bens e direitos das comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, *às minorias étnicas e ao consumidor.*

Por fim, no plano da lei ordinária, a própria Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) outorgou ao MP os instrumentos de ação necessários à defesa dos direitos de minorias. Com efeito, concebida inicialmente como instrumento de defesa do meio ambiente, do consumidor e do patrimônio cultural (bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico), na sua versão original essa lei teve amputado, por força de veto do Presidente José Sarney, o dispositivo que possibilitava o ajuizamento da ação para defesa de "*outros interesses difusos*". O argumento jurídico usado para justificar o veto foi o de que a amplitude dessa expressão findaria por causar insegurança jurídica.

Foi necessário aguardar a promulgação da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) para que o quadro normativo da ação civil pública viesse a se completar, já que esse Código veio não apenas restaurar o dispositivo vetado

cinco anos antes, mas também dar a definição precisa do que são direitos difusos, direitos coletivos e direitos individuais homogêneos (art. 81)[16].

Assim, a partir de 1990, como diz a Procuradora Thaís Graeff em sua dissertação de Mestrado[17], "*a ação civil pública passou a ser instrumento de defesa de todo e qualquer interesse difuso ou coletivo, transformando-se em poderoso instrumento de preservação do patrimônio público e dos direitos de minorias, bem como veículo de demandas sociais na busca da efetiva realização de direitos constitucionalmente assegurados*".

FACILITAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA

Também no plano da efetividade das normas constitucionais e legais pertinentes à tutela de interesses difusos e coletivos, a presença do Ministério Público se reveste de grande importância, na medida em que a atuação desta Instituição pode ser vista como um utilíssimo instrumento de superação das dificuldades de acesso à Justiça.

Com efeito, é sabido que a Justiça no Brasil é cara, morosa e inacessível ao cidadão comum. "*Imagine-se o cidadão comum litigando com uma grande multinacional em busca do seu direito a um meio ambiente saudável*" (Thais Graeff, ob. Cit., p. 44)[18]. Ou, diríamos nós: imagine-se um grupo de cidadãos

16 "Art. 81 (...) Parágrafo único: "A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum".

17 Thais GRAEFF — *Cidadania e Tutela dos Direitos Difusos — Uma análise do Papel do Ministério Público.* Dissertação de Mestrado — Departamento de Direito — PUC-RJ, 1996

18 Cappelletti, no estudo aqui já citado, faz uso da imagem Davi *versus* Golias, para demonstrar a ineficácia das soluções individualistas para os problemas envolvendo lesão de interesses jurídicos de massa. Diz ele: *"Pensemos, ainda uma vez, no fenômeno do consumidor. Quando uma lesão é produzida em forma massiva, de massa, não apenas eu sendo consumidor, mas muitos, muitos outros sendo consumidores também, o meu direito, minha lesão, não passa de um fragmento do dano total. Eis o ponto, jurídico, de partida. Interesses difusos, interesses fragmentários, não são totalmente privados, nem inteiramente públicos. Aquilo que denominei, parafraseando Pirandello, interesses em busca de autor* (interessi in cerca di autore), *porque não têm um proprietário, um titular, são difusos(...)" "Suponhamos a emissão ilegal de fumaça, ou a poluição das águas de um rio, lago, onde vamos passar as férias. Se somente o indivíduo pode agir, o que poderá obter? Lembre-se que a solução tradicional diz caber ação ao vizinho, ao proprietário, e não a quem se vê perturbado, por exemplo, no gozo de férias. No caso em tela, é lógico que apenas um herói terá coragem, resistência, e mesmo fundos para intentar*

negros em luta contra o Estado ou contra o poderoso cartel do ensino privado lucrativo brasileiro, a fim de fazer valer o seu direito, de cunho constitucional, de ver os filhos contemplados com o acesso à boa educação...

Em princípio, a ação civil pública seria um excelente meio de remover tais obstáculos, já que ela não expõe individualmente cada pessoa interessada, tampouco implica gastos por parte do cidadão beneficiário da tutela. Isto porque, proposta pelo Ministério Público ou por associações, a Ação Civil Pública não acarreta condenação em honorários de advogado nem despesas processuais.[19,20] Por outro lado, evita-se o congestionamento do Poder Judiciário, eis que uma só ação é suficiente para dar solução a problemas de interesses de milhares, e até mesmo de milhões, de pessoas ao mesmo tempo.

Some-se a isso o fato de que o inquérito civil público conduzido pelo Ministério Público, procedimento preparatório à ação civil pública, permite a celebração de ajustes entre as partes em confronto, visando à adequação aos desígnios da lei, os chamados Compromissos de Ajustamento de Conduta. Tais compromissos têm-se revelado mais eficazes do que o ajuizamento de ações, pois, muitas vezes, os direitos difusos envolvem questões estruturais, de larga repercussão social, que não podem ser resolvidas à base de uma simples e, em muitos casos, abrupta decisão judicial.

uma ação contra um grande poluidor. Sem falar que este terá normalmente uma força econômica muito superior à do indivíduo singular prejudicado". (p. 174-5)

19 Aqui se impõe mais um esclarecimento endereçado àqueles não familiarizados com a *praxis* jurisdicional brasileira (os que lerem este *paper* na sua versão em inglês). No sistema jurídico do Brasil, salvo raríssimas exceções, a parte perdedora em um processo de natureza civil é sempre condenada pelo juiz a pagar ao ganhador o corresponde às despesas processuais por este adiantadas e uma soma relativa aos honorários do Advogado do vencedor, independentemente da natureza do ajuste financeiro entre este e o seu advogado. Na Ação Civil Pública, porém, esta regra de compensação financeira do advogado da parte contrária não tem aplicação quando o autor da ação civil pública sucumbe. Esta exceção constitui um incentivo importante à atuação das entidades voltadas à defesa de direitos de minorias pobres e marginalizadas, que não dispõem de recursos suficientes para contratar bons advogados. Nos EUA, o Congresso se deu conta da importância dessa questão, ao instituir não faz muito tempo sistema parecido com o brasileiro, permitindo que nos processos judiciais envolvendo "civil rights" o vencedor possa se reembolsar dos gastos com "attorney's fees". Eis aí, portanto, uma boa e rara coincidência entre os dois sistemas! V. *Civil Rights Attorney's Fees Awards Act of 1976.*

20 Tanto no Brasil quanto nos EUA, a exclusão da condenação do perdedor ao pagamento de certas despesas processuais em demandas de cunho coletivo funda-se na própria natureza do litígio, na sua importância para a sociedade como um todo. Nos EUA, porém, onde as despesas com advogado são estratosféricas, a alteração apontada na nota anterior foi motivada por um fator adicional: incentivar a advocacia individual "pro bono", em defesa de causas nobres, que promovam a coesão social, a igualdade efetiva entre os cidadãos. Note-se, contudo, que as Cortes controlam com rigor o exercício desse tipo de advocacia. Não é permitida, em nenhuma hipótese, a advocacia temerária ("frivolous suits").

OS OBSTÁCULOS À AÇÃO EFICAZ DO MP

Resta saber, contudo, se esse complexo arcabouço constitucional e legal tem obtido repercussão na vida diária da instituição Ministério Público e, por via de conseqüência, do Poder Judiciário. Mais: é imperioso também indagar se esses poderosos instrumentos de intervenção do poder público na área social são sequer do conhecimento de alguns órgãos do Poder Executivo, que também têm legitimidade para utilizá-los.

Tome-se por exemplo a educação, que é um setor crucial e que tem um impacto desproporcional sobre os negros, pois eles constituem a maioria esmagadora dos pobres brasileiros. A educação é um tema que se enquadra perfeitamente no conceito de "direitos difusos": a Constituição Federal diz expressamente que a "educação é um direito de todos e dever do Estado e da família". Noutras palavras, um típico exemplo de direito que é ao mesmo tempo individual, isto é, suscetível de ser postulado pelo cidadão a título pessoal, e difuso, por ser um dever do Estado para com todos aqueles que vivem no território nacional.

Mas a educação é precisamente um exemplo perfeito do divórcio entre lei e realidade, entre meras proclamações jurídicas e direitos efetivamente assegurados. Às vésperas da virada do milênio, até o nível de ensino médio, as escolas que oferecem boa qualidade de ensino no Brasil são, em geral, as escolas privadas. Apesar de privadas, essas escolas recebem diversos tipos de financiamento governamental, seja sob a forma de ajuda direta para construção e reforma de suas instalações, seja através de isenções fiscais de diversas naturezas[21]. Somente as famílias dotadas de consideráveis recursos financeiros têm meios de matricular seus filhos em escolas privadas. Negros, portanto, estão excluídos desse sistema, em razão de injustos artifícios criados pela própria lei.

A injustiça se torna ainda mais intolerável em se tratando de ensino universitário. Aqui a equação se inverte: as boas universidades são as públicas. Contrariamente ao que se passa nos EUA, em que há uma grande diversidade de instituições de ensino universitário, no Brasil boa qualidade de ensino universitário se confunde com universidade pública. Pouquíssimas universidades privadas oferecem ensino de razoável qualidade. Contudo, o acesso à Universidade pública é ultralimitado: a seleção dos alunos se faz através do exame "vestibular", no qual são aprovados, em sua maioria esmagadora, pelo

21 Um grande número de escolas se autodenominam instituições sem fins lucrativos. Com isso, são isentas de tributos. Trata-se em realidade de uma fraude jurídica legitimada pelo Congresso. No ano de 1998, a imprensa anunciou com estupefação e indignação o caso de um senhor proprietário de escolas privadas consideradas instituições sem fins lucrativos. O ilustre senhor se desloca pelo país com um meio de transporte bem especial: um jato privado de última geração, formalmente registrado como propriedade da escola!

menos para os cursos de maior prestígio, apenas os alunos egressos das escolas privadas, que, além de terem tido o privilégio de freqüentar boas escolas, indiretamente financiadas com recursos públicos (que deveriam imperativamente ser usados para financiar o ensino público universal, e não o ensino canalizado para uma pequena minoria), ainda dispõem de recursos financeiros para freqüentar cursos específicos de preparação para tal exame de admissão ao curso superior.[22]

Em resumo: o dinheiro dos impostos pagos por toda a sociedade é canalizado, primeiro para subsidiar a escola privada de ensino fundamental e médio à qual apenas os ricos têm acesso; em segundo, para financiar integralmente a universidade pública a que somente esses mesmos privilegiados terão acesso[23]. Ou seja, a perfeita perpetuação do ciclo vicioso da miséria e da exclusão.

Esse nosso sofisticado (chancelado pelas leis[24]) sistema de opressão social e racial, se confrontado com o de outros países, traria à tona a intolerável

22 Nos EUA, um sistema de educação como o brasileiro seria fulminado na via judicial por inconstitucionalidade à luz de múltiplos fundamentos jurídicos. O principal dentre estes seria a doutrina do "*disparate impact*", que pretendemos abordar com maior profundidade em outro estudo. Ao aplicar tal doutrina, as Cortes de Justiça não se limitam a verificar a compatibilidade vertical, aparente, semântica, das normas infraconstitucionais com dispositivos específicos da Constituição, mas, ao contrário, escrutinizam os seus "resultados" à luz do objetivo constitucional que se quer atingir, que é a igualdade efetiva. Assim, uma norma ou medida governamental que tenha toda a aparência de ser plenamente compatível com a Constituição ("*facially neutral provision*"), quando examinada sob a ótica dos resultados que ela produz ou poderá vir a produzir, pode ser considerada inconstitucional em função do impacto desproporcional ("*Disparate impact*") que produzirá em certos segmentos vulneráveis da sociedade. E isto seria o bastante para a respectiva invalidação. No Brasil, a utilização de técnicas de interpretação jurídica revestidas de tamanha sofisticação conduziria inexoravelmente à constatação que as elites dirigentes brasileiras procuram a todo custo escamotear: a de que inúmeras políticas públicas adotadas entre nós, ainda que não concebidas com a intenção clara de promover a exclusão dos negros, têm nestes a sua clientela predileta, pois qualquer medida governamental tomada em detrimento dos pobres em geral, atinge de forma "desproporcional" os negros, que compõem o grupo social numericamente mais expressivo entre os pobres. O mais desatento observador estrangeiro percebe isso no primeiro contato com a realidade brasileira; mas, entre nós, até mesmo pessoas integrantes do segmentos mais refinados da *intelligentsia* nacional fogem a esse debate. No meio jurídico, então, a discussão desse tipo de questão seria considerada anátema! Nessa esfera, prefere-se, candidamente, enfrentar os problemas decorrentes do racismo pela via do Direito penal, a qual, se é certo que deve continuar a ser explorada, não pode de forma alguma ser a única, tampouco ser aquela na qual o Estado e as organizações anti-racistas despendem a maior parte das suas energias, como ocorre atualmente.

23 É importante assinalar que os alunos das universidades públicas não pagam um único centavo pelo ensino que recebem. Tudo é gratuito, até mesmo as instalações esportivas, os estacionamentos onde os alunos deixam os seus carros! E todos acham isso perfeitamente legítimo!

24 V. Michael Mitchell — *Racism and Brazilian Legal Culture: Nineteenth Century Antecedents*, 1999, ainda inédito.

incivilidade das nossas relações sociais. À guisa de comparação, tome-se mais uma vez como exemplo os Estados Unidos, país que, como o Brasil, teve longa história de escravidão, mas que as elites conservadoras brasileiras têm especial horror em ver comparado ao Brasil. Esquecem-se de que lá, como aqui, negros foram durante séculos considerados como objeto e, mesmo após a emancipação legal, continuaram alijados dos mecanismos suscetíveis de conduzir ao aprimoramento pessoal e humano. Lá, o alijamento se operou através de leis e de decisões judiciais aplicáveis em todo o território do país(v. Plessy v. Ferguson, 1896). Aqui, através do "jeitinho" brasileiro de fazer as coisas.[25] Lá, o problema vem sendo corajosamente enfrentado por todas as forças atuantes no espectro político. A mobilização da sociedade em favor dos direitos civis nos anos 60 resultou na aprovação pelo Congresso do Programa de Direitos Civis, um complexo, minucioso e vasto conjunto de atos normativos que apregoam várias medidas de promoção no campo cível, mas que no Brasil já começa a ser deturpado como se se tratasse meramente de um "sistema de quotas". Os resultados desse programa, passados pouco mais de trinta anos de aplicação, são simplesmente espetaculares.[26]

Na área da educação, insista-se mais uma vez, o combate aos efeitos da discriminação racial nos EUA se faz por diversos métodos, uns aparentemente heteredoxos (*affirmative action programs*), porém concebidos com prazo certo de duração como único meio de extirpar a mentalidade escravocrata, responsá-

25 Eis a arguta observação feita por um atento participante de seminário co-organizado por nós na Faculdade de Direito da Universidade de Columbia, NY, em março de 1999, acerca do que todos no Brasil sabem mas evitam discutir abertamente, isto é, que entre nós a discriminação racial prescinde de leis explicitamente racistas: "*So, Professor, you mean that in Brazil racist laws aren't needed to discriminate blacks*?").

26 De acordo com os dados apresentados no magnífico estudo conduzido por um ex-Presidente da Universidade Harvard e ex-Diretor da Faculdade de Direito daquela mesma Universidade, Derek Bok, em colaboração com um ex-Presidente da Universidade de Princeton, William Bowen, os avanços obtidos pelos negros norte-americanos na área da educação, em conseqüência do programa de direitos civis, são impressionantes, sobretudo se levarmos em conta o fato de que, até o início dos anos 60, negros eram proibidos de freqüentar os mesmos locais públicos, as mesmas escolas, os mesmos locais de diversão freqüentados pelos brancos. O mencionado estudo revela, por exemplo, que o percentual de negros formados em Universidades e escolas profissionais pulou, entre 1960 e 1995, de 5,4% para 15,5% do total de de graduandos; nas faculdades de Direito o progresso foi de 1% para 7,55%, ou seja, mais de 700%; em Medicina, de 2,2% em 1964, para 8,1% em 1995; as empresas americanas em geral, que no início dos anos 60 não tinham negros em cargos executivos (como no Brasil de hoje!), atualmente abrigam 8% de negros nas posições de executivos e administradores; o número total de agentes públicos eleitos negros (governadores, prefeitos, delegados, juízes, promotores, xerifes etc.) passou, entre 1965 e 1995, de 280 para 7.984! V. "*The Shape of the River: Long-Term Consequences of Considering Race in College and University Admissions*", de Derek Bok e William Bowen, ed. Princeton University Press, 1998.

vel por aquele tipo de discriminação disseminada, estrutural, não necessariamente ancorada em leis; outros através de mecanismos jurídicos revestidos de induvidosa sofisticação, como é o caso do capítulo das *Civil Rights Laws* de 1964, que ao invés de se limitar a condenar a discriminação racial por meio de normas proibitivas vagas, como se faz no Brasil, optou por uma postura mais afirmativa, pró-ativa, de promoção, impondo o dever de promoção da "diversidade" em todo e qualquer estabelecimento de ensino ou programa educacional que se beneficie de qualquer tipo de ajuda governamental federal ("*Discrimination in federally assisted programs*"). Como se vê, é o Estado, usando de suas prerrogativas de supremacia para impor não apenas às instituições de ensino públicas mas também às privadas beneficiárias de qualquer tipo de apoio governamental, a *obrigatoriedade de inclusão,* em percentuais compatíveis com a respectiva presença de cada grupo em uma dada comunidade, de representantes de grupos sociais historicamente marginalizados, que de outra maneira não teriam acesso à educação de boa qualidade, já que esta normalmente é reservada ao atendimento dos interesses das classes sociais dominantes, em caso de inércia do Estado.[27]

Em suma, embora não seja a única, a educação é uma das áreas em que o conceito de "direitos difusos" se adapta perfeitamente. Nela se encontram entrelaçadas a questão racial e os mecanismos legais através dos quais o Direito brasileiro exclui os negros e os pobres em geral do processo de aprimoramento social.

É certo que um empreendimento dessa envergadura incumbe prioritariamente ao poder público e às lideranças políticas nacionais mais expressivas, cujo poder de impulsão não deve ser menosprezado. Seria um equívoco imaginar que a segregação de fato do negro no Brasil se resolveria com base apenas em ações judiciais. O exemplo dos EUA está aí para nos mostrar o contrário: sem a firme determinação do Governo federal sob Kennedy, Johnson, Carter, Clinton e até mesmo de alguns republicanos[28], os negros norte-americanos não

27 O caso "*Bob Jones University*", julgado pela Corte Suprema dos EUA em 1982, apesar de conter particularidades específicas da sociedade americana, em que o ódio racial é bastante disseminado, traz não obstante lições jurídicas úteis a todos aqueles que pensam seriamente em meios eficazes de combate ao racismo, especialmente essa forma de racismo estrutural, entranhada nas instituições e em todos os quadrantes da vida social, embora não imposto por normas jurídicas explícitas. Em "Bob Jones", a Corte Suprema considerou legítima a decisão da Receita Federal Americana (Internal Revenue Service-IRS) de cancelar a isenção de tributos de que era beneficiária uma instituição privada de ensino que, a par de não praticar a saudável recomendação do Governo no sentido de se instituir classes escolares multi-étnicas, mantinha uma política de admissão francamente racista, além de normas internas que, sob o pretexto de convicção religiosa, proibiam relacionamentos afetivos entre pessoas de raças diferentes.

28 Nos EUA, tem sido decisiva a ação do Estado na busca de soluções para o problema da opressão de minorias raciais, sexuais, religiosas e de origem nacional. Várias instituições

governamentais atuam nesse setor. Destaque-se, em primeiro lugar, o importantíssimo papel desempenhado pelo *Solicitor General* (a segunda maior autoridade do Ministério da Justiça americano, equivalente ao nosso Advogado Geral da União), cuja principal atribuição é defender os interesses do Governo dos Estados Unidos perante a Corte Suprema. Foi graças à intervenção decisiva do *Solicitor General* que os negros, as mulheres e os cidadãos de origem latina ganharam muitas das batalhas judiciais travadas perante a Corte Suprema nas últimas décadas, em busca de igualdade efetiva no acesso à educação, ao mercado de trabalho e a outros setores da vida coletiva em que são discriminados. A intervenção do *Solicitor General* se dá não apenas nos casos judiciais em que o Governo seja parte no litígio, mas também naqueles envolvendo entidades e pessoas privadas. Neste último caso, em que atua *como "Amicus Curiae"* ("Amigo da Corte"), sua intervenção se opera através da chamada "*Amicus Brief*", peça jurídica através da qual ele influencia as decisões da Corte, transmitindo-lhe as posições da Administração Federal nos litígios que são submetidos à decisão desta (V. Lincoln Caplan, "*The Tenth Justice: The Solicitor General and the rule of Law*". — ed. Alfred Knopf, NY, 1987). Ainda no âmbito do *Justice Department*, cujas atribuições correspondem *grosso modo* às que atualmente no Brasil se distribuem entre o Ministério da Justiça, Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União, existe um outro órgão com importantes competências na área de defesa dos direitos de minorias, podendo agir tanto na esfera administrativa quanto na Judicial: é a *Civil Rights Division* (v. Brian K. Landsberg, "*Enforcing civil rights: race discrimination and the Department of Justice*", University Press of Kansas, 1997); outro órgão de vital importância nessa área é a chamada *Equal Employment Opportunity Commission — EEOC*, uma agência reguladora independente, colegiada, com membros nomeados pelo Presidente após aprovação do Senado, dotada de poderes investigatórios e capacidade postulatória, incumbida de promover a "diversidade", isto é, a real presença de minorias e de mulheres em todos os setores do mercado de trabalho, inclusive no setor público. Para um país, como o Brasil, cujo Direito público a cada dia mais se aproxima do Direito norte-americano, a EEOC apresenta peculiaridades importantes: a) as reclamações por discriminação no acesso ao emprego ou nas relações de trabalho perante ela formuladas submetem-se à regra da obrigatoriedade da exaustão da instância administrativa, isto é, o ajuizamento de qualquer ação judicial por discriminação só é possível após a EEOC emitir o chamado "Right to sue"; b) ela tem poderes quase-judiciais, podendo aplicar pesadas multas às empresas ou a entidades governamentais que deixem eventualmente de promover a diversidade nas suas relações de trabalho, e até mesmo estipular indenizações em favor de pessoas que tenham sido vítimas de discriminação; c) um número significativo de conquistas das minorias raciais, das mulheres e de deficientes físicos nas últimas três décadas ocorreu graças à ação dessa agência governamental, cuja missão institucional se desenrola tanto na esfera judicial, mediante ações visando a compelir as empresas e o Governo a promover a igualdade e a diversidade, quanto na esfera administrativa, através de variados procedimentos administrativos de natureza investigatória, que podem desembocar em acordos que em muito se assemelham aos "Compromissos de Ajustamento de Conduta", próprios da nossa ação civil pública. Como se vê, ao contrário do que pensam alguns influentes juristas brasileiros, paladinos de um ultrapassado "*individualisme à outrance*", mesmo na pátria do liberalismo econômico a busca pela igualdade efetiva não se faz sem a intervenção decisiva, afirmativa, quase militante, do Estado. Dentre os representantes da elite brasileira, quem tem se declarado favoravelmente à ação do Estado para promover o acesso dos negros à educação e ao mercado de trabalho é o embaixador e ex-Ministro da Fazenda Rubens Ricúpero. Confira-se, a esse respeito, trecho de artigo no qual, com o brilhantismo e a lucidez habituais, ele analisa as posturas de Brasil e EUA sobre a questão: "Os americanos abominam a intervenção do

teriam obtido o que já conseguiram, que é muito se comparado com a triste situação dos negros brasileiros, que vivem num país que ironicamente se autoproclama uma "democracia racial"!

A ação civil pública, portanto, conduzida por ONGs e pelo Ministério Público, seria um ótimo instrumento de combate a esse sistema viciado de criação de "injustiças legitimadas pelo Direito". E isso não apenas no campo da educação, mas também no das relações de emprego[29] e muitos outros, em que o Brasil se notabiliza por uma insuportável injustiça.

Resta saber se esse formidável instrumento de combate jurídico vem sendo utilizado adequadamente.

AS DEFICIÊNCIAS ESTRUTURAIS DO MP

No âmbito federal, não obstante a boa receptividade que o assunto tem em alguns setores do Ministério Público Federal, especialmente da Procuradoria

Estado na esfera econômica e, salvo em crises como a da Depressão, preservam no domínio privado tudo o que, direta ou indiretamente, tem a ver com a produção. Em compensação, são ativistas e militantes para exigir a ação do governo, às vezes intrusiva e dura, a fim de corrigir injustiças raciais e promover a mudança social. Nós, em contraste, herdeiros dos monopólios e companhias de comércio da colônia, nos comprazemos com empresas estatais a vender gasolina, exportar minério de ferro, prestar serviço telefônico e até administrar hotéis. Reagimos, porém, indignados cada vez que se sugere que o governo faça algo para promover o ingresso de negros nas universidades e carreiras de prestígio do serviço público ou intervir para reduzir a incomensurável taxa de injustiça social. Se em economia estamos entre os campeões mundiais de um estatismo quase sem qualificações, em matéria social o nosso "laissez-faire" é de dar inveja aos puristas do liberalismo do século 19". (Folha de S. Paulo, 31-8-96, p. 2-2)

29 Na área do emprego, citem-se alguns números que envergonhariam qualquer pessoa mediamente civilizada, mas que no Brasil não causam o menor impacto. Tomemos por exemplo alguns setores de prestígio na vida pública brasileira: o Brasil tem cerca de 800 juízes federais. Destes, os negros mal chegam a uma dezena; o Ministério Público Federal tem cerca de 600 Procuradores, dentre os quais apenas 6 negros; a Diplomacia, a mais racista das instituições brasileiras, não conta com mais do que 3 diplomatas negros num quadro em que há cerca de 1000 diplomatas!; as Universidades públicas brasileiras, sobretudo nos seus cursos de maior prestígio, não têm sequer 3% de alunos negros, o que é um absurdo num país em que a população negra é superior a 40% do total; Nas universidades, são pouquíssimos os professores negros, não sendo incomum encontrar Departamentos desprovidos de um único representante dos afro-descendentes; Nem mesmo em Estados com forte presença negra na população a representação dos negros é mais significativa. No Rio de Janeiro, por exemplo, havia, em 1995, apenas 4 negros entre os cerca de 400 Juízes Estaudais (v. *Veja Rio*, de 17-5-95, p. 13); a televisão brasileira é avassaladoramente branca...Estas cifras, chocantes, causam a cada dia mais perplexidade e embaraços às autoridades brasileiras em suas relações no Exterior. Internamente, porém, a indiferença é geral...

Federal dos Direitos do Cidadão e das suas Procuradorias Regionais dos Direito do Cidadão, é forçoso reconhecer que muito pouco foi feito até hoje. É bem verdade que somente agora, passados quatorze anos desde a sua instituição, as ações civis públicas começam a ter um impulso positivo na vida institucional brasileira. Até há bem pouco tempo, militava contra a sua evolução o "effet de blocage" do Judiciário, consistente ora em abortar abruptamente, ainda no nascedouro, certas ações mais indigestas, invariavelmente através de *technicalities* ou *mumbo jumbo*, isto é, medidas judiciais estapafúrdias de conteúdo meramente processual, ora por intermédio de liminares altamente contestáveis, impostas de cima para baixo pelos órgãos jurisdicionais de revisão e de cúpula do Judiciário Federal. Noutras palavras, no seu período de amadurecimento inicial as ações civis públicas têm servido para expor às escâncaras os vícios e as chagas perpétuas do sistema jurídico brasileiro como um todo: o individualismo exacerbado, o formalismo *outrancier*, a falta de racionalidade e de praticidade da grande maioria dos instrumentos de ação etc. Diante deste quadro, não surpreende que o balanço geral das ações civis públicas seja tão esquálido, e que na coluna referente à proteção dos direitos das minorias, por parte do Ministério Público, nada haja para se analisar!

Tal estado de coisas reflete, não é ocioso frisar, o conhecido drama institucional de muitas nações, o qual é particularmente agudo no Brasil: o da profunda dissociação entre direito positivo e direito efetivamente aplicado, entre norma formal e realidade institucional concreta. Tal clivagem, a bem da verdade, vem inteiramente ao encontro da acurada reflexão de Norberto Bobbio, para quem, em se tratando de direitos do homem, "*deve-se ter em mente, antes de mais nada, que teoria e prática percorrem duas estradas diversas e a velocidades muito desiguais*". Pensamento este também compartilhado pela ilustre autora da dissertação já mencionada, que constata o "*abismo verificado entre direitos reconhecidos e direitos assegurados efetivamente no Brasil*", isto é, a enorme distância existente entre os instrumentos legais de que se dispõe para tentar interferir com esta realidade no âmbito do Judiciário e do Ministério Público, e a realidade cruel da vida cotidiana dessas instituições.

Como já dito, a Constituição de 1988 transformou o Ministério Público em verdadeiro "promotor da cidadania". Colocou-o como ponte entre a sociedade e o Estado, dando-lhe poderes para muitas vezes contrariar e impedir a realização de ações pelo próprio Estado, quando ilegais ou lesivas ao interesse da coletividade. Para isso, dotou-o de autonomia administrativa e financeira, concedeu aos seus membros garantias funcionais idênticas às da Magistratura. Em suma, retirou-o da esfera de influência do Poder Executivo.

Mas os problemas organizacionais, estruturais e até ideológicos da Instituição não têm permitido que ela exerça plenamente a sua missão.

Com efeito, o Ministério Público Federal, passados mais de dez anos da promulgação da Constituição de 1988,[30] continua funcionando como se, na prática, o sistema jurisdicional ainda estivesse sob a égide do regime constitucional anterior a 1988: muitos membros da Instituição ainda agem (ou são forçados a agir por força da estrutura organizacional traçada pela LC 75/93) como se a sua missão mais importante ainda fosse a de defender a União em Juízo; não poucos se dedicam quase exclusivamente a atuar em litígios de cunho individual, cumprindo o papel de **custos legis.** Ou seja, existe atualmente no MPF um grande número de profissionais experimentados que se dedicam a atividades que são seguramente subalternas se comparadas ao papel ativo reservado à Instituição pela Constituição e pelas Leis de regência da chamada "tutela coletiva". Poucos Procuradores são afetados a este setor de Promoção de Direitos e Interesses Difusos, quase todos eles jovens recém ingressados na Instituição, não raro movidos por um edificante entusiasmo pela causa da regeneração da nossa triste e vexaminosa *praxis* social e institucional, mas, em realidade, desprovidos do indispensável apoio das esferas dirigentes da Instituição, ainda muito impregnadas do "esprit d'antan".[31] Um contingente expressivo de procuradores experientes — profissionais com cerca de 10/15 anos de exercício — está inteiramente alijado da atuação ativa no campo dos direitos difusos ou coletivos, seja por razões de ordem legal e estrutural concernentes à organização e ao funcionamento do Órgão, seja porque esta é uma matéria ainda de raríssima aparição no âmbito da jurisdição de segundo e terceiro graus onde atuam esses Procuradores. Noutras palavras, o Ministério Público Federal, por força de uma certa inércia institucional e de uma *pésanteur típicas das instituições estatais, vem de certa forma ignorando o seu novo papel constitucional, privilegiando a tarefa de emissão de pareceres em casos de natureza eminentemente privada, e relegando a um plano secundário a missão que a Constituição lhe outorgou — de defesa de direitos e interesses difusos e coletivos, inclusive os direitos das grandes massas, das minorias humilhadas e sem voz na vida pública do país.*

Diante desse quadro de omissão e comprometimento do Estado brasileiro, só resta às organizações não governamentais que se dedicam ao combate à discriminação racial:

a) exercer pressão constante junto aos órgãos competentes do Poder Executivo (especialmente o Ministério da Justiça), a fim de despertá-los para a necessidade de assumir o papel ativo de promoção e execução que a Constituição e as leis lhes atribuem e que, infelizmente, vem sendo de certa forma negligenciado em prol de uma atuação meramente protocolar;

b) provocar, com freqüência e por todos os meios possíveis, o Ministério Público, subtraindo essa Instituição do estado de letargia institucional em que ela se encontra, no que concerne ao tema da discriminação racial;

c) buscar estabelecer canais de contato freqüentes e institucionalizados com o MP, de modo a criar parcerias para atuação na área de defesa de direitos coletivos e difusos;

d) promover gestões junto aos Poderes Executivo e Legislativo, no sentido de que sejam feitas alterações na Lei de Ação Civil Pública, de modo a adaptá-la ao atendimento dos interesses específicos das minorias raciais. Por exemplo: a

30 Antes da Constituição de 1988, o Ministério Público Federal brasileiro, à semelhança do Justice Department dos EUA, exercia basicamente duas funções constitucionais importantes: a) persecução penal dos crimes de natureza federal; b) defesa da União em juízo. No segundo e terceiro graus de jurisdição, os Procuradores se limitavam, em sua grande maioria, a emitir pareceres nos processos em curso nos Tribunais, quase sempre em questões de pouco ou nenhum interesse público. Por outro lado, não havia uma distinção nítida entre os Procuradores afetados a uma ou outra dessas funções. Esse sistema caótico marcou indelevelmente essa Instituição centenária e contribui enormemente para sua relativa ineficiência na nova ordem constitucional.

31 Neste passo, faz-se imperativa uma observação, endereçada sobretudo aos militantes em prol das causas de minorias, quanto a um aspecto relacionado ao que denominaremos pretensiosamente "a dimensão sociológica do MP do novo milênio". Sob esta ótica, com efeito, as perspectivas não são das mais encorajadoras. Isto porque o MP, como de resto todas as demais instituições brasileiras de prestígio, singulariza-se por um impressionante desconhecimento a respeito das questões atinentes a esse vasto contingente humano a que comumente se dá o nome de "comunidade negra". Não por culpa ou deficiência pessoal dos membros da Instituição, mas como resultado do tipo de política governamental posta em prática em nosso país nas últimas três décadas, sem falar nos efeitos perversos do mito da "democracia racial". Egresso majoritariamente da classe média e da classe média alta, o novo contingente de promotores e procuradores da República, que atualmente formam maioria no seio do MP, teve a sua mentalidade formada no excludente sistema educacional vigente no país no período acima mencionado. São todos oriundos de escolas privadas, onde quase não há negros. Perderam, em razão disso, a oportunidade de frequentar escolas verdadeiramente multiétnicas na tenra idade, período que marca de maneira indelével a formação das pessoas, que faz despertar nelas os sentimentos de fraternidade e igualdade, pouco importando as origens e as classes sociais a que cada um pertença. Numa palavra, salvo as raríssimas exceções de praxe, ajusta-se como uma luva a esses *jovens guerreiros* do MP, que a sociedade brasileira começa justificadamente a apreciar, com um misto de admiração e estupefação, a observação aguda feita pelo também jovem escritor Diogo Mainardi, em artigo publicado na revista *Veja* de 28-4-99 sob o título "Onde Estão os Negros?", no qual comentava o livro "*America in Black and White*", de Stephan e Abigail Thernstrom. Disse Mainardi: "...Ao ler o livro, fui estabelecendo alguns paralelos com a minha própria vida no Brasil. Estudei numas catorze escolas. Vergonhosamente, nunca tive um colega negro. Nunca tive um chefe negro. Nunca votei num negro. Nunca vi um sócio negro no meu clube. Nunca convidei um negro para jantar. E assim por diante. O Brasil é um regime de *apartheid* disfarçado... Eu sou de São Paulo. É provável que em outras cidades brasileiras o negro seja menos discriminado. Que o preconceito seja menos evidente. Pouco importa. O fato é que, nos anos 60, os americanos eram muito mais racistas do que nós. Eles melhoraram. Enquanto nós pioramos".

criação de um Fundo específico para depósito de quantias oriundas de condenações judiciais cíveis ou criminais motivadas por ofensas de cunho racial, com a conseqüente utilização desses recursos na promoção de cursos de formação destinados a formar lideranças e a chamar a atenção de importantes "decision-makers" para a situação crítica em que se encontram os negros no Brasil;

e) abandonar a ação militante fechada, "de gueto", pela qual vêm pautando suas condutas; é fundamental que a luta pelos direitos dos negros seja levada a cabo também por pessoas pertencentes aos segmentos não-negros da sociedade brasileira;

f) solicitar ajuda a organismos internacionais e ONGs voltados à defesa de direitos humanos, para que pressionem o Governo brasileiro, no sentido de forçá-lo a assumir a sua responsabilidade na promoção dos direitos dos negros.

LEVEZA, HUMOR E POESIA EM TEMPOS DE GLOBALIZAÇÃO – Discurso do Patrono.*

LUÍS ROBERTO BARROSO**

Há muitos anos atrás, em meio às oportunidades que a vida me oferecia, decidi ser professor. Sobretudo professor. Foi o encontro de um homem com seu destino. Jamais me arrependi da escolha que fiz. E partilho aqui, com vocês, a absoluta certeza de que, se fosse preciso, começaria tudo outra vez. Este meu sentimento, esta minha convicção não dependem de homenagens e reconhecimento. É um momento interior. Mas o carinho de vocês dá a tudo isto um renovado sentido: **"É que melhor que um grande amor, só um grande amor correspondido"**.

Ao dirigir-me a vocês nesta última hora, nesta última vez, pretendo violar uma regra de protocolo e uma tradição.

Quanto ao protocolo, dou-me por liberado de tratá-los na segunda e solene pessoa do plural. De um lado para poupar-me de alguns inevitáveis embaraços gramaticais. Mas sobretudo porque dizer-lhes coisas do tipo "Atentai vós que ora ingressais novéis sodalícios..." é, em verdade, isto sim, uma violação do nosso código de relação, feito de carinho e respeitosa proximidade.

Quanto à tradição, não lhes trago um discurso longo e alinhavado em renda. Serei informal e, na medida possível, breve, para alívio geral. Mas, como nada é perfeito, não tão breve como o jovem aluno a quem a professora determinou que escrevesse uma redação sobre **religião, sexo e nobreza**, e ele lavrou, em admirável síntese: **"Ai meu Deus, como é bom, disse a princesa ainda ofegante"**.

* O texto é produto da transcrição de gravação. Foi escrito para ser falado e não para ser lido. Pede-se ao leitor que leve isto em consideração.

** Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Master of Laws* pela Yale Law School. Procurador do Estado e advogado no Rio de Janeiro.

Meus queridos filhos espirituais, futuros advogados, promotores, juízes: Bem-vindos ao mundo sem certezas absolutas, sem super-heróis, sem vingadores mascarados. Um mundo de incontáveis sutilezas entre o certo e o errado, onde nem sempre é nítida a distância entre o bem e o mal. Onde o mocinho nem sempre vence no final. Mas nem por isso menos fascinante, menos sedutor.

E porque não os terei mais ao alcance dos olhos – embora certamente no coração – não consigo evitar a tentação de partilhar com vocês, nessa hora de despedida, algumas idéias, algumas reflexões, na suposição de que elas possam tornar a vida melhor e mais fácil. Relevem esta onipotência, que é mero fruto do meu afeto, e estejam prevenidos pelas palavras de Bertold Brecht: **"O que não sabes por ti mesmo, não o sabes"**.

Colhi em autores diversos três sugestões de forma para me dirigir a vocês. Em primeiro lugar, a **leveza**, que Italo Calvino elegeu como a primeira de suas seis propostas para o próximo milênio. Em segundo lugar, o **humor**, que Sponville incluiu como uma das virtudes, em seu *Pequeno Tratado das Grandes Virtudes*. Em terceiro lugar, a **poesia**, que Paulo Leminski define como a paixão pela linguagem. E nós vivemos da linguagem. O nosso ofício é o de usar as palavras, a argumentação, a persuasão. Somos a alternativa que a humanidade concebeu à força bruta. É preciso ter cuidado com a linguagem. Simples e clara, sempre que possível. Lembrem-se de Manuel Bandeira, em seu *Itinerário de Pasárgada*:

> "*Aproveito a ocasião para jurar que jamais fiz um poema ou verso ininteligível para me fingir de profundo... Só não fui claro quando não pude*".

A primeira coisa que gostaria de dizer neste momento em que vocês se vão, e que digo a todos os meus alunos, é: ***Cuidado com a pressa***, com o excesso de voracidade, com a ansiedade. Tenham tempo de olhar para os lados, de desfrutar o caminho, de fazer amigos. Tantos quantos possam sinceramente cultivar. Cuidado com a pressa. As coisas vêm sempre ao seu tempo. Não estejam dispostos a pagar qualquer preço pelo sucesso. E mesmo quando tudo pareça difícil, distante, inalcançável, relaxem. E lembrem-se da advertência libertadora de Paulo Leminski de que **"distraídos venceremos"**. Ou se preferirem a canção de Renato Russo, o jovem poeta morto prematuramente:

> *"Não temos tempo a perder,*
> *mas temos todo o tempo do mundo.*
> *Temos nosso próprio tempo".*

Por certo as coisas não caem do céu. É preciso ir buscá-las. Correr atrás, mergulhar fundo, voar alto. Muitas vezes será preciso voltar ao ponto de partida

e refazer tudo outra vez. As coisas não caem do céu. Mas quando após haverem empenhado cérebro, músculos, nervos chegarem ao resultado almejado, conquistarem a vitória na batalha final, saboreiem o sucesso com prazer e proveito, gota a gota – é uma delícia! Sem se esquecer, no entanto, que ninguém é bom demais, que ninguém é bom sozinho, e que no fundo no fundo, por paradoxal que pareça, as coisas caem mesmo é do céu. E é preciso agradecer.

Sejam autênticos, sejam leais, antes de mais nada, a vocês mesmos. Movam-se pelos próprios sentimentos, princípios e crenças. Não é obrigatório percorrer apenas os caminhos que já existem. Ousem. Procurem lugares onde ninguém esteve, se este for o seu impulso. É isto que move o mundo e a ciência. Sustentem a própria convicção com serenidade e firmeza, mesmo que seja a posição dissidente, o voto vencido. Às vezes, são as minorias que estão certas. Não tenham medo de perder. Tenham medo de não ser.

> "*Para ser grande* (escreveu o grande Fernando Pessoa)
> *sê inteiro: nada*
> *Teu exagera ou exclui.*
> *Sê todo em cada coisa. Põe quanto és*
> *No mínimo que fazes.*
> *Assim em cada lago a lua toda*
> *Brilha porque alta vive".*

Tenham, no entanto, respeito pela verdade alheia. ***Cultivem a tolerância***, nunca a arrogância. Lembrem-se do aviso de Ortega y Gasset: **"Entre o querer ser e o crer que já se é vai a distância entre o sublime e o ridículo."** Ouçam. Ouçam muito. Com o espírito aberto. Uma das melhores formas de convencer as pessoas é com os ouvidos: ouvindo-as. Há um livro sobre interpretação constitucional – dizem que um bom livro – que começa com a seguinte frase: "A Terra é plana, e todos os dias o sol nasce, percorre o céu de ponta a ponta, e se põe do lado oposto". Por muito tempo isto foi tido como uma obviedade e todo o conhecimento que se praticava no mundo era fundado nessa premissa. Que, todavia, sabemos hoje, não era verdadeira. Na vida, como na ciência, as verdades não são absolutas nem perenes. Tudo depende do ponto de observação, das circunstâncias do intérprete e do imaginário de cada um. No verso inspirado de Ramon de Campoamor, que vocês transcrevem no seu convite de formatura:

> "*En este mundo, señor*
> *no hay verdad ni mentira*
> *pues todo tiene el color*
> *del cristal con que se mira".*

Em meio à pressa aflita desses tempos, do excesso de competição, do pragmatismo que distancia as pessoas, trafeguem pela vida, antes e acima de tudo, com ***amor***. Em primeiro lugar, com amor próprio. A capacidade de gostar de si e fazer-se feliz é um pressuposto da capacidade de amar o outro. Amar a si, mas nunca com o exagero doente das pessoas sempre centradas em si mesmas. O narcisismo é a patologia do amor próprio. O amor, na verdade, é um convite para sair de si mesmo. O exercício do amor supõe a descoberta do outro. Há um belo texto de Vinícius de Moraes sobre o tema:

> *"A maior solidão é a do ser que não ama.*
> *A maior solidão é a do homem encerrado em si mesmo*
> *No absoluto de si mesmo,*
> *O que não dá a quem pede o que ele pode dar de amor, de amizade, de socorro.*
> *O maior solitário é o que tem medo de amar,*
> *O que tem medo de ferir e ferir-se,*
> *O ser casto da mulher, do amigo, do povo, do mundo."*

Também na vida profissional é preciso ter amor pelo que se faz. É preciso ter ideal. Não suponham um minuto sequer que sucesso seja sinônimo de fama ou de dinheiro. Estas são conquistas exteriores. Sucesso é uma realização interior. E não há fama nem dinheiro no mundo capazes de neutralizar a insuportável rotina das coisas que se fazem sem amor e sem ideal. Não se desperdicem. Lembrem-se da canção, e de uma lição para não esquecer: **"Lo que puede el sentimiento no lo hay podido el saber"**.

E naturalmente – também aqui sem pressa; sobretudo aqui sem pressa – saibam cultivar e esperar a hora certa de colher o amor apaixonado e cúmplice, tradicionalmente amor entre o homem e a mulher – mas pode ser apenas o amor de uma pessoa por outra pessoa –, o amor de liberdade, a aliança A FAVOR e não CONTRA o vôo de cada um pela vida. O amor tão intenso como o que foi celebrado por Jorge Luiz Borges, o grande escritor argentino: **"Estar com você ou não estar com você é a medida do meu tempo"**.

Tenham compromissos com o seu tempo, com o seu País e sua gente. A reflexão final que gostaria de fazer esta noite é sobre esta matéria: ser cidadão, participar, fazer o mundo melhor.

Devo dizer-lhes, todavia, que este é o capítulo mais difícil para mim. Precisei escrevê-lo. Eu já há alguns anos vivo em exílio político voluntário. Sou de uma geração que participou da resistência à ditadura militar e que tinha um projeto ambicioso para o País. Um projeto que não se consumou. Pelo contrário. Onde nós sonháramos solidariedade, venceu a competição. Onde nós havíamos pensado em partilha, venceu o lucro a qualquer preço. Onde imagináramos humanismo, venceu o consumo. Passados muitos anos, ainda não consegui realizar inteiramente a perda, a frustração de um sonho que não pôde ser, e que aparentemente não foi em lugar nenhum. Eu não estou inteiramente certo de que consiga transmitir com precisão esse sentimento, que não é de derrota, mas de perplexidade. Mas me vem à mente um contundente trecho de **Brecht**, no qual ele se explicava para a geração seguinte:

> *"Vós que vireis na crista da onda em que naufragamos, quando falardes de nossas fraquezas, pensai também no tempo sombrio a que haveis escapado."*

Esta perplexidade, todavia, não me traz qualquer amargura. De modo que sigo adiante para partilhar com vocês uma reflexão sobre três aniversários emblemáticos que se completaram neste final de ano: os 50 anos da Declaração dos Direitos Humanos, da ONU; os 30 anos do Ato Institucional nº 5; os 10 anos da Constituição de 1988.

Voltem o relógio no tempo 30 anos. Estamos no final de 1968. O Congresso está fechado. As tropas estão nas ruas. O Presidente da República, imperialmente, cassa mandatos parlamentares, suspende direitos políticos, aposenta professores. O Judiciário está sem suas garantias tradicionais. O *habeas corpus* é cerceado. Existe censura, presos políticos torturados, desaparecidos e exilados. Sobretudo não há esperança.

Avancem agora o relógio no tempo para os dias de hoje, dias em que se celebra o 10º aniversário da Constituição de 1988. Olhem à volta: uma sociedade reconciliada, um País onde os Poderes são limitados, os direitos individuais em linhas gerais respeitados, há eleições periódicas, liberdade de imprensa, Justiça funcionando. Se um velho prócer da antiga ordem reaparecesse para perguntar de novo "Que País é esse?", não haveria que hesitar: um País muito melhor do que ontem. Não se deve desprezar esta constatação evidente. Dez anos de estabilidade institucional são um retumbante sucesso em país marcado pelo golpismo e pela intolerância política. Só quem não soube a sombra é que não reconhece esta luz.

Mas se em lugar de olharmos para o AI 5 nos voltarmos para o texto da Declaração dos Direitos Humanos, veremos um país por fazer. Tenham generosidade e compromissos com a transformação social. Não é possível fazer um País para poucos, os mesmos de sempre, de geração para geração, há 500 anos. Pincei dois artigos da Declaração para compartilhar com vocês:

> *"XXV. 1. Todo homem tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde, bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis...".*

"XXVIII. Todo homem tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados".

As palavras da temporada são globalização, eficiência e competitividade internacional. Não se derrotam fatos consumados. Mas a inevitabilidade de determinados processos não significa que se deva abdicar da reflexão crítica sobre eles e afetar-lhes o curso, na medida do possível. A aceitação de que somos meros personagens secundários de um cassino, onde tudo se mede pelos fluxos circunstanciais de capitais, negligencia a obviedade de que o mundo é feito de gente, com suas famílias, seus projetos, seus sonhos. A condição humana tem compromisso é com a felicidade, não com as estatísticas.

O fetiche da inserção internacional não pode estar acima de tudo. Não é possível fechar os olhos à exclusão social, ao desemprego, à tristeza dos que não são competitivos porque não podem ser. A nova ordem mundial, sem disputa ideológica, faz uma opção preferencial pelos ricos, pelos mais capazes, pelo *darwinismo* social. Sejam críticos, e não cúmplices, disso tudo. Parodiando Cortazar, **"Saibam onde têm o coração, e por quem ele há de bater"**.

É boa hora de concluir.

Passados alguns anos, quando alguém perguntar a algum de vocês quem foi mesmo o seu professor de Direito Constitucional, a memória pode falhar. Consolo-me de não ser lembrado pelo nome, pela fantasia de imaginar que estarei presente em uma idéia, em um exemplo, quem sabe em uma boa ação. Um sentimento que vem espelhado em uma linda poesia de Ferreira Gullar, uma boa despedida:

"Quando você for se embora,
moça branca como a neve,
me leve.
Se acaso você não possa
me carregar pela mão,
menina branca de neve,
me leve no coração.

Se no coração não possa
por acaso me levar,
moça de sonho e de neve,
me leve no seu lembrar."

E se aí também não possa
por tanta coisa que leve

já viva em seu pensamento,
menina branca de neve,
me leve no esquecimento.

Vão em paz, sejam bons, sejam felizes. Deus os abençoe.
UERJ, 16 de dezembro de 1998.

A INTERPRETAÇÃO DO DIREITO TRIBUTÁRIO PELA ADMINISTRAÇÃO

RICARDO LOBO TORRES*

1. Os intérpretes do direito tributário. 2. Hierarquia das fontes formais de interpretação. 3. O regulamento. 4. A recepção dos julgados. 5. A aplicação do direito tributário pela Administração. 6. A eficácia da interpretação administrativa. 6.1. A irrevisibilidade por erro de interpretação. 6.2. A revisão do lançamento e o erro de fato. a) A revisibilidade por erro de fato. b) A irrevisibilidade por erro de valoração do fato. c) A revisibilidade por erro de fato sobre o direito (ou erro grosseiro de direito). 7. A interpretação dos tratados. 8. Ética e interpretação administrativa.

1. *Os intérpretes do direito tributário*

Quem interpreta o direito tributário?

Interpretam-no todos aqueles que o aplicam, eis que não se separam a interpretação e a aplicação da norma tributária, como já deixou claro a hermenêutica capitaneada por Gadamer.[1] Interpretam-no, pois, o Legislativo, o Judiciário, a Administração, os advogados, os contadores, os planejadores fiscais, os lobbistas e os contribuintes. Não existe um *númerus clausus* de intérpretes do direito tributário.[2]

1 *Warheit und Methode*. Tübingen : J. C. B. Mohr, 1975, p. 291 : "a aplicação (*Anwendung*) é parte integrante do fenômeno hermenêutico, da mesma forma que a compreensão (*Verstehen*) e a interpretação (*Auslegen*).

2 Cf. TIPKE, Klaus. Steuergestzgebung und Verfassungsgerichts". *Steuer und Wirtschaft* 67 (4) : 310, 1990.

* Professor Titular de Direito Financeiro na Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Häberle cunhou a expressão "sociedade aberta de interpretes da Constituição" que, em certo sentido, poderia ser transposta para o direito tributário, ao fito de deixar transparecer a existência de uma pluralidade de intérpretes que operam no espaço público em busca do aprofundamento das relações entre o Estado e a sociedade. O constitucionalista alemão oferece o seguinte quadro dos intérpretes da Constituição : a) os que exercem a função estatal : Tribunal Constitucional e demais órgãos do Judiciário, Legislativo e Executivo; b) as partes no processo judicial, legislativo e administrativo : autor, réu, recorrente, parecerista, testemunha, partidos políticos, lobbistas, etc.; c) os grandes animadores do espaço público democrático e pluralista : jornais, rádio, televisão, jornalistas, leitores, associações, igrejas, teatro, editoras, escolas, pedagogos; d) a doutrina constitucional (*Verfassungslehre*), que tematiza a participação de todos os outros intérpretes.[3] Pena é que Häberle enfraquece o conceito de reserva da lei, substituído por uma difusa "reserva de processo, entendido este em sua dimensão mais larga (processo legislativo, administrativo e judicial), posto que os direitos já existem *in processu*,[4] idéia que não encontra ressonância no direito tributário, preso fundamentalmente ao discurso do legislador.

A interpretação do direito tributário, conseguintemente, pode ser *formal*, com a eficácia dos atos praticados pelo Estado, por intermédio do legislador, do juiz e do administrador, ou *informal*, levada a efeito pelos advogados, contadores, planejadores fiscais e contribuintes.

2. *Hierarquia das fontes formais de interpretação*

A interpretação do Legislativo, do Judiciário e da Administração deve ser integrar harmoniosamente. Até mesmo do ponto de vista lógico e funcional integram-se os diversos processos : a decisão judicial que declara a inconstitucionalidade da lei, na via da ação, com eficácia erga omnes, opera do mesmo modo que a lei formal, pelo que a interpretação que a embasa se aproxima da autêntica;[5] a decisão judicial sobre questões constitucionais se transforma em

3 *Die Verfassung des Pluralismus. Studien zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft.* Königstein: Athenäm, 1980, p. 83.

4 *Id., ibid.*, p. 185.

5 Cf. Böckenförde, "Die Methoden...", cit., p. 2.099; W. Haller, "Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen", Die öffentliche Verwaltung, 1980, p. 469; U. Scheuner, "Verfassungsgerichtsbarkeit und Gesetgebung", Die öffentliche Verwaltung, 1980. p. 475; Hensel, Diritto Tributario, cit., p. 70 : "A dificuldade sempre crescente da aplicação da lei faz com que a sentença do tribunal supremo adquira um certo caráter de interpretação autêntica da normas".

mudança informal da Constituição, a dispensar as revisões e as emendas;[6] a interpretação judicial sofre consubstanciada nos regulamentos,[7] ao mesmo tempo em que a interpretação administrativa deve se adequar à judicial, tanto que pacifica, em homenagem à segurança jurídica,[8] posto que o ato interpretativo judicial se aproxima do administrativo não-discricionário;[9] a interpretação autêntica e a lei interpretativa incorporam a orientação jurisdicional. incorporam a orientação jurisdicional.[10]

Mas nem sempre existe tal harmonia. A prevalência do Legislativo tem sido defendida inúmeras vezes, desde o pandetismo e o positivismo normativista até os adeptos das proibições de interpretar. A superioridade do Judiciário afirmaram-na a jurisprudência dos interesses, a tópica, a hermenêutica concretizadora e a corrente da consideração econômica do fato gerador. A importância exagerada da Administração é fruto do intervencionismo estatal na economia, do New Deal, do autoritarismo, como deixou claro a reforma tributária alemã de 1934 (*StAnpG*), ao introduzir dispositivos que subordinavam a interpretação ao *Führerprinzip*.

De modo que não se pode perder de vista que o direito tributário, que se estrutura sobretudo a partir do discurso do legislador, necessita da complementação harmoniosa do trabalho da interpretação administração e judicial.

3. *O regulamento*

A interpretação do direito tributário pelo Executivo pode ser dar, inicialmente, no exercício da atividade de regulamentar os dispositivos da lei formal.

Há zonas de imprecisão nas leis tributárias e um certo espaço não preenchido pelo próprio legislador que abrem à Administração o poder de complementar a regra da imposição fiscal. Claro que sempre resta a possibilidade de contrastar tal interpretação administrativa com a judicial, que prevalecerá afinal. Mas não se pode eliminar a competência administrativa na elaboração do regulamento, com eficácia sobre terceiros.

6 Cf. Anna Cândida da Cunha Ferras, Processos Informais de Mudança da Constituição, São Paulo : Ed. Max Limonad, 1986, p. 126; K. Hesse, "Die nomative Kraft...", cit., p. 89.

7 Marchessou, op. cit., p. 235, com certo exagero diz que a interpretação dos textos fiscais é "le fruit d'un compromis entre juge et administration". Cf. tb. Tipke, "Rechtsetzung durch Steuergericht...", cit., p. 199; Tettinger, op. cit., p. 214.

8 Cf. Tipke. "Rechtsetzung durch Steuergericht...", cit., p. 94; Jakob/Jüptner, "Zur Porb'ematik sogennanter Nichtsanwendungsverfügungen im Steuerrecht", Steuer und Wirtschaft, 1984, p. 165.

9 Cf. Santi Romano, Scritti Minori, Milano, Giuffrè, 1950, v. 1, p. 103.

10 Cf. P. Roubier, Le Droit Transitoire, Paris, Daloz et Sirey, 1980, p. 259.

Na Alemanha a matéria vem sendo muito discutida e o Tribunal Constitucional já reconheceu a validade do "regulamento concretizador de normas" (*normkonkretisierenden Verwaltungsvorchiften*),[11] que se não confunde com o exercício da mera atividade discricionária. Explica K. Vogel que se trata de interpretação administrativa, eis que concretização e interpretação constituem conceito similares, e que tal ampliação da competência administrativa se justifica em decorrência da necessidade de complementação de valores incluídos na lei formal.[12] Há, por conseguinte, regulamentos titpificadores (*Typisierungsvonschriften*), com eficácia vinculante, aos quais compete concretizar a linha de valoração(*Bewertungsrichtlinien*) iniciada pela formal,[13] máxime no que se refere à prevalência do princípio constitucional da igualdade, sendo certo que o espaço para a interpretação na via do regulamento será tanto maior quanto mais complexa for a valoração. Restaria, evidentemente, a possibilidade de se discutir a respeito da atipicidade das hipóteses consideradas pela norma regulamentar.[14] De notar que o positivismo alemã rejeita peremptoriamente a possibilidade de a Administração baixar regulamentos tipificadores.[15]

Nos Estados Unidos também existe um amplo espaço para o exercício da atividade regulamentar da Administração. Diante da morosidade da interpretação pelo próprio Legislador ou da insegurança que causaria a espera das decisões judiciais casuísticas, vem a Suprema Corte deferindo ao regulamento do imposto de renda (*Internal Revenue Code*) a competência para interpretar as ambiguidades da lei tributária, na ausência de uma intenção legislativa clara.[16] A regulamentação do Tesouro é vinculante, a menos que "não razoável e plenamente inconsistente com a lei do imposto de renda" (*unreasonable and plainly inconsistent with the revenue statutes*).[17] Por evidente que se tornará inevitável o controle judicial quando pela interpretação a burocracia prentenda simplesmente aumentar a arrecadação.[18]

No Brasil o positivismo tem procurado minimizar a importância da interpretação administrativa com defender a existência da "tipicidade fechada", que

11 Ac. do Tribunal Alemão.

12 "Zur Binding der Steuergerichte an Bewettungs- und Pauschalierungsrichtliwin *Steuer und Writhschaft* (3) : 257, 1991.

13 *Id., ibid.*, p. 262.

14 *Id., ibid.*, p. 261.

15 Cf. KRUSE. Na Itália Vitorio Frosini (*La Lettera e* lo *Spinto delle Legge*). defende ponto de vista semelhante, recomendando que o órgão jurisdicional não se deixe vincular pela interpretação administrativa constante dos regulamentos.

16 Chevron USA v. Natural Resource Defense Council.

17 Bingler v. Johnson.

18 Cf. Leading Cases.

é contradictio in terminis", e da legalidade absoluta.[19] O art. 99 do Código Tributário Nacional expressa a adesão a esse raciocínio, ao estabelecer: "o conteúdo e o alcance dos decretos restringem-se aos das leis em função das quais sejam expedidos, determinados com a observância das regras de interpretação estabelecidas nesta lei". Quer dizer: o próprio CTN procura fechar e limitar a atividade regulamentar da Administração, estabelecendo regras para a interpretação das leis tributárias (art. 107 a 112) de modo pretensamente unívoco e seguro. Só que tais normas de interpretação carecem elas próprias da interpretação, tornando-se inócuas e vazias,[20] donde redunda que a interpretação administrativa ainda encontra amplo campo para a sua efetivação.

4. *A recepção dos julgados*

Às vezes a Administração modifica a sua interpretação sobre a matéria tributária, ao recepcionar as decisões judiciais firmes e pacíficas.

É medida da maior importância para a segurança das relações entre o Fisco e o contribuinte, que evita a insistência na defesa de teses repudiadas pelo Judiciário.

Pelo art. 1º do Decreto nº 1.601, de 30.8.95, ficou a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional dispensada de interpor os recursos cabíveis quando a decisão versar, no mérito, sobre alguns temas durante longos anos discutidos perante os tribunais superiores, como sejam, entre outros : empréstimo compulsório sobre aquisição de combustível e veículos automotores; contribuição social sobre o lucro; taxa de licenciamento de importação; ICMS na importação de mercadorias (Súmula 577 do Supremo Tribunal Federal); adicional de tarifa portuária.

A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, pelo art. 2º daquele Decreto 1601/95, ficou permanentemente autorizada a dispensar a apresentação de recursos quando houver manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme.[21]

19 Cf., por todos, XAVIER, Alberto. *Os Princípios da Legalidade e da Tipicidade da Tributação*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1978.

20 Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *Normas de Interpretação e Integração do Direito Tributário*. Rio de Janeiro : Forense, 1994, p. 159.

21 "Art. 2º — Nas causas em que a representação da União competir à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, em que haja manifestação jurisprudencial reiterada e uniforme e decisões definitivas do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça, em suas respectivas áreas de competência, fica o Procurador Geral da Fazenda Nacional autorizado a declarar, mediante parecer fundamentado, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda, as matérias em relação às quais é de ser dispensada a apresentação de recursos".

5. *A aplicação do direito tributário pela Administração*

A interpretação do direito tributário chega ao seu grau mais dramático na aplicação das normas aos casos concretos.

A modalidade do lançamento pode interferir sobre a qualidade da interpretação. Em lançamentos por declaração ou por homologação, nos quais é ponderável a participação do contribuinte, a interpretação muitas vezes se faz de modo massificado, por mera subsunção. Já no lançamento por avaliação contraditória, típico dos impostos sobre o patrimônio, há larga margem para o preenchimento de conceitos indeterminados e para o exercício da atividade interpretativa.[22]

Campo extremamente propício para o desenvolvimento da interpretação administrativa é o da consulta. Respondem-na os órgãos da administração ativa, envolvidos na fiscalização de rendas e na arrecadação, e não os da administração judicante, eis que a resposta à consulta está em íntima relação com a política fiscal.

A interpretação do direito tributário ocorre ainda no bojo do processo tributário administrativo, de rito contraditório. Firmam-na os órgãos da administração judicante. Tais decisões administrativas, quando proferidas por alguns Conselhos de Contribuintes e pelo Tribunal de Impostos e Taxas do Estado de São Paulo, por exemplo, gozam de grande prestígio diante dos tribunais do País, coisa que ocorre também no estrangeiro.

6. *A eficácia da interpretação administrativa*

No direito tributário brasileiro prevalece a regra da irrevisibilidade do lançamento por erro de interpretação ou por alteração nos critérios jurídicos da Adminstração, ainda que em consequência de decisão administrativa ou judicial (arts. 145, 146 e 149). Admite-se, todavia, a revisão por erro de fato sobre o direito (erro grosseiro de direito).

6.1. A irrevisibilidade por erro de interpretação

O lançamento definitivamente constituído é insuscetível de revisão, por erro de direito, na órbita administrativa.

Cumpre distinguir, aí, entre a revisão *ex officio* e a procedida no processo tributário administrativo de rito contraditório.

22 IFA.

Claro está que o processo tributário administrativo, iniciado pela impugnação do sujeito passivo ao lançamento, é a sede por excelência da revisão por erro de direito. Nele se examina, com todas as garantias materiais da jurisdição, como sejam a imparcialidade, a ampla defesa, a plena produção das provas e a igualdade processual entre o fisco e o contribuinte, qualquer desconformidade entre o ato de lançamento e a lei material do tributo.

Mas a revisão *ex officio* por erro de direito não se justifica.

De feito, a autoridade administrativa, depois de efetivado o lançamento, não pode alterá-lo, de ofício, sob o argumento de que a interpretação jurídica adotada não era a correta, a melhor ou a mais justa. Nem mesmo se os Tribunais Superiores do País firmarem orientação jurisprudencial em sentido diverso daquela que prevaleceu no lançamento, com o que se teria robustecida a convicção da presença do erro de direito, poderá o agente fazendário modificar o ato para agravar a situação dos contribuintes.

Esta é uma das consequências do princípios constitucionais da segurança jurídica em matéria tributária.

Se o contribuinte acreditou na palavra da Administração, firmada no lançamento notificado, não poderá ficar a mercê de eventuais alterações de critérios jurídicos, a pretexto de erro na interpretação. Pelo menos no Estado de Direito.

O Código Tributário Nacional não prevê, entre as hipótese de revisão de ofício elencadas no art. 149, o erro de direito. E, no art. 146, estabelece: "A modificação introduzida, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução".

A inspiração para a norma transcrita buscou-a o legislador no direito germânico. Em sua nova versão, estampada no art. 176 do Código de 1977 (*Abgabenordnung* 77), aquela regra, sob o título de "proteção da confiança nas hipóteses de anulação e alteração de lançamento" (*Vertrauensschutz bei der Aufhebung und Anderung von Steuerbescheiden*), tem o seguinte teor: "Na anulação ou alteração de ato de lançamento notificado, não pode ser considerado em detrimento do contribuinte o fato de 1) a Corte Constitucional Federal declarar a nulidade de uma lei, em que até então se baseava o lançamento; 2) um tribunal superior federal não aplicar uma norma em que até então se baseava o lançamento, por considerá-la inconstitucional; 3) ter-se alterado a jurisprudência de um tribunal superior a qual havia sido aplicada pela autoridade fiscal no lançamentos anteriores".[23]

23 Tradução de ALFRED J. SCHMID e outros. *Novo Código Tributário Alemão*. Rio-São Paulo: Forense/ IBDT, 1978, p. 74.

O Supremo Tribunal Federal proclama, pacificamente, o princípio da irrevisibilidade do lançamento por erro de direito.[24]

A doutrina brasileira majoritariamente também se manifesta no mesmo sentido. Os argumentos se baseiam em que, após proceder ao lançamento com base em determinada interpretação da lei, não pode o fisco voltar atrás para rever a interpretação, até porque o lançamento é atividade vinculada, que não varia ao sabor do interesse da Administração. RUBENS GOMES DE SOUZA afirma : "Mas se o fisco incorreu em *erro de direito*, isto é, se na apreciação da *natureza jurídica* do fato gerador o fisco cometeu um erro (p. ex. se conceituou como doação um contrato que na realidade era uma venda), entendemos que não pode fazer revisão do lançamento: com efeito, o direito se presume conhecido, o que significa que ninguém pode alegar que o desconhecia ou que errou a seu respeito.[25]

24 Cf. RE 60.633/RJ, (Ac. Unân. da 3ª T., de 16.6.67, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, Rev. Dir. Público, 4/199); RE 62.252-SP, Ac. da 2ª T., de 10.3.69, Rel. Min. Thompon Flores, Rev. Dir. Público 10/184 : "Imposto predial. Lançamento. Revisão. Alteração de critério no mesmo exercício. Ilegalidade. Segurança concedida. Recurso não conhecido. Admite-se a revisão do lançamento do imposto quando ocorra erro de fato. Mas não se admite a alteração de critério para o lançamento, no mesmo exercício, e quando já pago o tributo"; RE 73.443-SP, Ac. da 1ª T., de 24.2.72, Rel. Min. Djaci Falcão, Rev. Dir. Público 20/202 : "Não se admite revisão tributária resultante de simples mudança de orientação do fisco, em contraposição à norma legal. Não comprovada a negativa de vigência de direito federal, nem tampouco o dissídio de julgados, incabível é o recurso extraordinário". RE 69.426-RGS, Ac. da 1ª T. de Rel. Min. Barros Monteiro, RTJ 65/192 : "Lançamento. Revisão. Princípio da imutalidade. A autoridade fiscal exorbita ao proceder segundo lançamento, observando critério diferente do seguido no primeiro para o cálculo do tributo, violando, em consequência, o princípio da imutabilidade do lançamento consagrado na doutrina e na jurisprudência. Não tendo havido mutação dos elementos de fato e aceito um determinado critério para obter um acréscimo do tributo": RE 100.481-SP, Ac. da 2ª T., de 4.4.86, Rel. Min. Carlos Madeira, RTJ 122/636 : "Inalterabilidade do lançamento feito segundo critério estabelecido pelo fisco".

25 *Compêndio de Legislação Tributária*. Rio de Janeiro : Ed. Financeiras, s/d, p. 83. Cf. tb. XAVIER, Alberto, *op. cit.*, p. 33: "Uma primeira ordem de limites baseia-se na distinção entre *erro de direito* e *erro de fato* e tem o seu assento legal no art. 146 do CTN... Assim, o erro de fato legitima a alteração do lançamento pela prática dos adequados atos de anulação ou lançamento suplementar. Ao invés, a modificação de critérios jurídicos só pode prevalecer quanto a fatos geradores ocorridos posteriormente à sua introdução, o que o mesmo é dizer-se, não pode servir de fundamento a modificação do lançamento anterior". ULHOA CANTO, Gilberto. *Temas de Direito Tributário*. Rio de Janeiro : 1964, v. 1, p. 370: "A lei não se pode admitir ignorada dos funcionários fiscais encarregados de proceder ao lançamento, e, assim, o erro de direito que estes cometem no exercício de suas atribuições não justifica a alteração da situação individual criada pelo lançamento em favor do contribuinte, pois é presumido que os agentes do fisco tivessem tido presentes todos os elementos jurídicos em vigor ao tempo em que o efetuaram". NOGUEIRA, Ruy Barbosa. *Teoria do Lançamento Tributário*. São Paulo : Ed. Resenha Tributária, 1965, p. 133: "A prática, a doutrina e a legislação, na proteção da

Posição solitária na doutrina brasileira ocupava CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES. Defendia a revisão do lançamento por erro de direito, partindo do pressuposto de que o ato declaratório deveria sempre coincidir com o seu substrato material, pois no Estado de Direito a interpretação jurídica é unívoca. No estudo publicado sob o título de *O Processo Fiscal*[26] afirmava: "Naturalmente que, se o Fisco dá uma interpretação hoje e outra amanhã, o que importa saber é qual é a interpretação certa e não saber se a primeira é que vale ou se é a segunda. O que não se pode é ficar adstrito a considerar existente uma definitividade no lançamento pelo motivo de que a interpretação jurídica é meramente opinativa. O que se tem é que apurar qual é, realmente, a interpretação verdadeira, para então considerar válido o primeiro ou o segundo lançamento". Aquele trabalho, entretanto, é bem antigo, publicado há mais de 30 anos, quando ainda não havia texto de direito positivo que genericamente proibisse a revisão do lançamento por erro de direito. Tanto que, em livro posterior, CARLOS DA ROCHA GUIMARÃES reformulou o seu pensamento: manteve-se fiel, do ponto de vista "ontológico", à tese da revisibilidade do lançamento, mas passou a reconhecer que o direito positivo dispõe de forma contrária.[27]

Favorável também à revisão por erro de direito é HUGO DE BRITO MACHADO, que estrema esse tipo de correção da hipótese prevista no art. 146 do CTN, afirmando: "Em tese parece-nos que o erro de direito, que não se confunde com a simples mudança de critério jurídico, enseja a revisão do lançamento tributário a favor do Fisco, e pode ser também invocado pelo sujeito passivo da obrigação tributária. É esta a conclusão a que conduz o princípio da legalidade, pelo qual a obrigação tributária nasce da situação descrita na lei como necessária e suficiente à sua ocorrência".[28]

A hipótese do art. 146 difere da do art. 100, parágrafo único, do CTN, que diz que a observância das normas administrativas complementares (atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas, decisões do órgãos sin-

certeza jurídica, não admitem, em princípio, que seja feita revisão do lançamento pela superveniência de outros critérios jurídicos". SAMPAIO DÓRIA, A. R. "Decisão Administrativa. Efeitos e Revogabilidade. Coisa Julgada. Limites Objetivos em Matéria Fiscal". *Revista dos Tribunais* 363/48: "A orientação fiscal poderá variar com relação a outros contribuintes, mas nunca quanto àquele que já adquiriu, por ato administrativo regular, direito público subjetivo de não recolher determinado tributo. Entender o contrário, seria implantar o regime do arbítrio e da insegurança nas relações entre o fisco e contribuinte, em manifesta contradição com a índole de nosso sistema jurídico".

26 In : ——. CARNEIRO, Erymá e ULHOA CANTO, Gilberto. *Problemas de Direito Tributário*. Rio de Janeiro : Ed. Financeiras, 1962, p. 131.

27 *Prescrição e Decadência*. Rio de Janeiro : Forense, 1980, p. 164.

28 *Temas de Direito Tributário*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1993, p. 107.

gulares ou coletivos de jurisdição administrativas e convênios) exclui a imposição de penalidades, a cobrança de juros de mora e a atualização do valor monetário da base de cálculo do tributo. No caso do art. 100, parágrafo único, a mudança do critério normativo incompatível com a lei tributária pode ser aplicada genericamente aos contribuintes, em homenagem ao princípio da legalidade, excluídas as suas conseqüências penais. Já no art. 146 protege-se contra a mudança, com efeito retroativo, do critério individualmente utilizado no lançamento relativo a um mesmo sujeito passivo.

6.2. A revisão do lançamento e o erro de fato

Resta identificar as várias hipóteses em que se dá o erro de fato, a ver até que ponto é legítima a revisão do lançamento.

a) A revisibilidade por erro de fato

A possibilidade de se rever o lançamento em que houve erro de fato ou vícios como a simulação, a fraude ou a falta funcional não oferece dificuldade. Proclama-a unanimemente a doutrina e a admite explicitamente o CTN (art. 149).

A única ressalva, aí, prende-se à exigência de o erro de fato só vir a ser conhecido pela autoridade fiscal após o lançamento primitivo. Como diz o CTN (art. 149, VIII), "quando deve ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior".

b) A irrevisibilidade por erro de valoração do fato

Se a autoridade lançadora conhecia em toda a sua inteireza os fatos, o erro será *de direito*, ou de *valoração jurídica do fato*, e, portanto, imutável o lançamento. O contribuinte que forneceu os elementos e prestou as declarações corretamente está protegido contra a mudança na interpretação daqueles fatos.

É bem de ver que a distinção entre o *erro de fato* e *erro de direito* é difícil. Numa primeira aproximação, o erro de direito seria aquele relacionado com a questão de direito, ou seja, com a interpretação da hipótese legal, da premissa maior, da norma jurídica; o erro de fato, por seu turno seria o decorrente da inexata identificação da *quaestio facti*, isto é, do fato da vida real que se deva subsumir na hipótese abstrata prevista na norma. Assim, interpretar-se-ia a hipótese legal para nela subsumir-se o fato concreto, com o que se teria o perfeito silogismo na aplicação da lei.

Sucede que é vã a tentativa de separar a questão de fato da questão de direito, porque são interdependentes e o fato só pode ser qualificado sob a perspectiva da norma. F. GENY demonstrou que é quase impossível a distinção entre a questão de fato e a de direito, tanto no campo tributário,[29] como no dos

29 "O Particularismo do Direito Fiscal". *Revista de Direito Administrativo* 20: 28, 1950.

outros ramos do fenômeno jurídico.[30] Também J. ESSER[31] entende que é impossível a separação, pois ambas se baseiam em julgamento de valor; a aplicação do direito depende da apreciação da questão de direito (*Tatbestand*) e da questão de fato (*Schverhalt*), mas nenhuma delas pode ser prefabricada pelo legislador para ser levada ao computador. Daí porque a retórica tem sublinhado que a atividade forense se fundamenta, muita vez, no escamotear a questão de direito em questão de fato, e vice-versa.[32]

A antiga legislação germânica (*Steueranpassungsgesetz*, art. 1, 3) recomendava a interpretação econômica da lei (*wirtschaftliche Bedeutung der Steuergesetze*) e do fato gerador (*Beurteilung von Tatbestanden*). A norma desapareceu da nova codificação (AO 77), com os aplausos de TIPKE, que a considerava redundante e dispensável, pois a interpretação da lei (*Gesetzauslegung*) e a valoração do fato (*Sachverhaltsbeuerteilung*) são dois aspectos do mesmo problema, tendo em vista que "uma valoração do fato por si mesmo não é possível (*Eine Beurteilung des Sachverhalts aus sich selbst ist nicht möglich*).[33]

De modo que a errônea qualificação do fato constituirá erro de direito, com as mesmas consequências da errônea interpretação da norma.

A doutrina brasileira vem afirmando a irrevisibilidade do lançamento por erro de valoração do fato. RUBENS GOMES DE SOUZA[34] dizia categoricamente que : "O lançamento, em razão das suas características e dos efeitos que dele decorrem, quer seja considerado dentro da sistemática dos atos administrativos, quer seja, mais exatamente, considerado como um elemento do processo formativo da obrigação tributária, não pode ser revisto, modificado ou substituído por outro, por ato espontâneo da Administração, em prejuízo do contribuinte, com fundamento em erro incorrido na valoração jurídica dos dados ou elementos de fato em que se tenha baseado, quer tal valoração jurídica tenha sido efetuada diretamente pela Administração, quer tenha sido adiantada pelo

30 *Méthode d'Interpretation et Sources en Droit Privé Positif*. Paris : LGDJ, 1954, v. II, p. 205.

31 *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*. Frankfurt : Athenäum, 1972, p. 63.

32 Cf. PERELMAN, Ch. *Droit, Morale et Philosophie*. Paris : LGDJ, 1968, p. 37; CALMANDREI, P. *Eles os Juizes vistos por nós, os Advogados*. Lisboa : Livraria Clássica, 1975, p. 138.

33 *Steuerrecht*. Colônia : O. Schmidt, 6ª ed., 1978, p. 97. Cf. tb. BEISSE, Heinrich. "O Critério Econômico na Interpretação das Leis Tributárias segundo a mais recente Jurisprudência Alemã." In: BRANDÃO MACHADO (Coord.). *Direito Tributário*. Estudos em Homenagem ao Prof. Ruy Barbosa Nogueira. São Paulo : Saraiva, 1984, p. 29: "O completo significado do critério econômico se revela, portanto, apenas na interpretação da lei, embora os efeitos deste método se reflitam sobre a apreciação dos fatos".

34 "Limites dos Poderes do Fisco quanto à Revisão dos Lançamentos". *Revista de Direito Administrativo* 14/38.

contribuinte ou terceiro obrigado à declaração ou informação". Desse entendimento não discrepa ALBERTO XAVIER[35]: "Nestes casos importa ter presente que não pode falar-se em erro de fato se as características de fato tributário e da pessoa do contribuinte foram sempre declaradas ao Fisco, sendo deste plenamente conhecidas. Por outro lado, é inexato pensar que o erro de direito se restringe à questão de interpretação, podendo instalar-se igualmente no decurso do processo substantivo, em que a aplicação da lei se traduz". Também TULIO ASCARELLI[36] se manifesta em termos semelhantes: "Decorre, por isso, do lançamento uma preclusão que assenta, em última análise, na impossibilidade do "bis in idem", ou seja, na impossibilidade do Fisco afirmar que a lei aplicável ao caso seja diversa da que ele próprio tivesse a princípio admitido. Esta preclusão só pode se referir aos critério jurídicos adotados para lançamento e aos fatos verificáveis por ocasião desta; ao contrário, não pode alcançar fatos que somente depois do lançamento pudessem ser apurados".

Idêntica é a lição GIULIANI FONROUGE,[37] que se manifesta contrário à revisão do ato quando os funcionários administrativos hajam incorrido em errônea apreciação dos dados e elementos conhecidos oportunamente.

O direito alemão contém também disposição expressa no sentido de que apenas os novos fatos ou os novos meios de prova ensejam a revisão do lançamento (art. 173 da *AO* 77; anteriormente, art. 222 da *AO* 19). PAULICK[38] esclarece que, se o contribuinte prestou todas as informações devidas, a falsa conclusão jurídica (*falsche rechtliche Schlusse*) tirada pela autoridade administrativa não autoriza a revisão.

Discutiu-se, intensamente, na vigência da codificação de 1919 da Alemanha, se a descoberta dos novos fatos autorizaria a revisão do lançamento anterior em todos os seus aspectos, *inclusive naqueles relacionados com o erro de direito*. A jurisprudência admitia tal extensão, enquanto parte da doutrina a recusava, por ferir o princípio da segurança jurídica.[39] Mas, com o novo Código Tributário (*AO* 77), a questão ficou resolvida no sentido de que os erros de direito poderão ser revistos apenas na extensão dos fato novos (art. 177). K. KOCH[40] esclarece que se trata de uma compensação com os erros de direito

35 *Do Lançamento no Direito Brasileiro*. São Paulo : Ed. Resenha Tributária, 1977, p. 333.
36 "Parecer". *Revista Forense* 156/487.
37 *Derecho Financiero*. Buenos Aires : Depalma, 1977, v. II, p. 714.
38 *Lehrbuch des allgemeinen Steuerrechts*. Colônia : Carl Heymanns Verlag, 1977, p. 390. Cf. tb. MARTENS, Joachim. "Änderung von Steuerbescheiden wegen neuer Tatsachen". *Steuer und Wirtschaft* 66 (4): 366, 1989.
39 Cf. TIPKE, Klaus. "*An den Grenzen der Rechtssicherheit in Steuerverfahrensrecht*". *Steuer-Kongress-Report* 1965: 221.
40 *Abgabenordnung*. Colônia: 1979, p. 716.

(*Saldierung mit Rechtsfehlern*). TIPKE[41] exemplifica que, se o lançamento anterior indicava o débito de 14.000 DM, e se o novo acusa 17.000 DM, os erros de direito autônomos (*autonome Rechtsfehler*) poderão ser corrigidos tão-somente na extensão da diferença de 3.000 DM.

c) A revisibilidade por erro de fato sobre o direito (ou erro grosseiro de direito)

O auto de infração fundado em lei inexistente ou inválida pode ser revisto, porque se trata de erro de fato ou erro grosseiro de direito, e não porque se cuida de erro de direito ou de interpretação da norma.

Isso é claríssimo, pois a lei que não vale, ou que não existe, não é lei. Lei revogada ou lei inexistente, em sentido jurídico positivo, é uma *contradictio in adjecto*; poderá ter significado cultural ou histórico, o que é coisa muito diferente de poder constituir uma *quaestio juris*.

Até para o positivismo formalista, que reduz o direito à norma, a lei revogada é insuscetível de dar lugar a uma questão jurídica. Como diz KELSEN[42] "a lei inválida não é lei, porque inexiste juridicamente, e por isso a seu respeito nenhuma asserção jurídica é possível".

A norma inexistente, por conseguinte, apenas subsiste como objeto histórico ou cultural. Pode ser estudada e compreendida, mas não comanda nem constrange. SEBASTIAN SOLER[43] afirma que a lei não vigente, como objeto cultural, se oferece à compreensão e suporta a incompreensão, podendo ser livremente reconhecido ou negado o valor nela contido; já as normas vigentes têm um destinatário, um súdito, um amplo setor constitutivo da norma funcional tal como é, independentemente do efetivo reconhecimento; e dá como exemplo a *manus injectio* do direito romano, que hoje pode ser livremente objeto de valorações negativas, mas cujo desrespeito naquela época levava à escravidão ou à morte. H. HENKEL[44] diz que o direito "morto" é o direito que já não é válido ("*Totes*" *Recht ist nicht mehr geltendes Recht*) e que a "morte" do direito não é desaparecimento, mas sobrevivência sob um outro modo de existir (*Seinsweise*), o da configuração espiritual.

A hermenêutica jurídica também se preocupa com a diferença entre os métodos de interpretação do direito vigente e do não vigente. BETTI[45] distingue entre a orientação meramente *recognitiva* do jurista histórico e a orientação *normativa* daquele que é chamado a interpretar um direito em vigor.

Tudo isso, que se disse sobre o direito em geral, vale para direito tributário. Se o funcionário fiscal exigir hoje, de alguém, o recolhimento do imposto de

41 *Steuerrecht*, cit., p. 448.
42 *Reine Rechtslehre*. Viena : Springer, 1967, p. 275.
43 *Las Palabras de la Ley*. México : FCE, 1969, p. 113.
44 *Einführung in die Rechtsphilosophie*. Munique : C. H. Beck, 1977, p. 218.
45 *Teoria Generale della Interpretazione*. Milão : Giuffrè, 1949, v. 1, p. 583.

vendas e consignações ou do imposto de indústria e profissões, que já desapareceram do sistema jurídico brasileiro, terá cometido um erro de fato sobre a lei ou um erro grosseiro de direito, e jamais um *error juris*. Obviamente.

A Comissão incumbida de elaborar o Anteprojeto do Código Tributário Nacional distinguia, com muita nitidez, entre o erro de direito e o de fato relativamente ao recurso à lei revogada: "A expressão erro de direito, aliás, não é tecnicamente rigorosa: uma distinção conceitual entre "erro de direito" e "erro de fato" é importante no plano da fundamentação teórica do sistema, porém no campo da sua atuação a diferenciação pode perder algo do seu rigor, sem que por isso fique reduzida a sua nitidez. Assim, o erro na aplicação da lei. (p. ex., recurso a lei revogada ou inaplicável ao caso) não será erro de direito, mas de fato; inversamente, a variação de critério jurídico na aplicação da lei pertinente ao caso não implica necessariamente em "erro" de direito, até mesmo porque a hipótese típica é a da variação opinativa entre os dois critérios, por definição igualmente exatos e portanto alternativos."[46]

GILBERTO DE ULHOA CANTO, no Anteprojeto da Lei Orgânica do Processo Tributário, elaborado em 1964 a pedido da Comissão de Reforma do Ministério da Fazenda, contemplava, entre as hipóteses de revisão do lançamento, o "erro grosseiro de direito".

7. *A Interpretação dos tratados*

Importante também é a interpretação administrativa dos tratados internacionais sobre a tributação.

Claro que, em caso de conflito com a interpretação judicial, prevalece esta última. Mas o entendimento administrativo, máxime o consubstanciado nos acordos mútuos de interpretação, embora não vincule o órgão da jurisdição, exerce sensível influência sobre os julgados.[47]

8. *Ética e interpretação administrativa*

A interpretação administrativa na atividade de determinação dos tributos está inteiramente vinculada pela ética.

46 *Trabalhos da Comissão Especial do Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro : Imprensa Nacional, 1954, p. 209.

47 Cf. XAVIER, Alberto. *Direito Tributário Internacional do Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1993, p. 117.

Superada a incomunibilidade entre moral e direito, defendida pelos positivismos, toda a teoria jurídica volta a se deixar impregnar pelos pressupostos éticos. E a hermenêutica, pelo lugar central que ocupa, não poderia estar ausente desse movimento. Dworkin recomenda: "A leitura ética da Constituição."[48]

O direito tributário segue também a mesma orientação. O Supremo Tribunal Federal, em recente julgamento, declarou a responsabilidade da Fazenda por danos provocados ao contribuinte por modificação do critério jurídico anteriormente adotado em resposta a consulta fiscal;[49] a Corte se baseou no voto do Min. Marco Aurélio, do qual se extraem os seguintes trechos: "A relação jurídica Estado/contribuinte há de repousar, sempre, na confiança mútua, devendo ambos atuarem com responsabilidade, fiéis ao ordenamento jurídico em vigor. No caso dos autos, o Recorrente, demonstrando inegável confiança no fisco e, portanto, havendo adotado postura de absoluta boa-fé, fez-lhe uma consulta e, a partir dela, adotou procedimento que, em última análise, veio a implicar antecipação do recolhimento do imposto. Enquanto isso, empresas congêneres agiam de modo diverso... Conheço do extraordinário e o provejo, fazendo-o até mesmo em prol da credibilidade do setor público."[50]

48 *Freedom's Law. Ethical Reading of Constitution*. Cambridge : Harvard University Press, 1996.

49 RE.

50 *Id., ibid.*, p.114.

FAVELA BAIRRO: BREVE ANÁLISE INSTITUCIONAL DO PROGRAMA HABITACIONAL, E DE SEUS ASPECTOS FUNDIÁRIOS.*

SONIA RABELLO DE CASTRO**

1 — APRESENTAÇÃO

O programa denominado e conhecido como ***Favela Bairro*** foi concebido e implementado, a partir de 1994, como uma política do governo da Cidade do Rio de Janeiro.

O programa ***Favela Bairro*** vem tendo especial destaque e reconhecimento nacional e internacional por estar realizando, com investimentos públicos e de forma eficiente, uma ação de intervenção estatal na área do urbanismo habitacional. O programa objetiva a inserção das favelas na cidade oficial através do acesso, pelas populações faveladas, à fruição mínima das funções e serviços urbanos e sociais, bem como a regularização fundiária de seus espaços públicos e privados.

É de se destacar que este programa iniciou-se por decisão política exclusiva do governo local, e vem sendo realizado através do seu corpo técnico-funcional. Esta é uma circunstância institucional muito especial, do ponto de vista do desenvolvimento de programas do porte do programa ***Favela Bairro***. Isto foi possível face às características específicas do regime federativo brasileiro, que se diferencia de outros países federados, como os Estados Unidos ou a Alema-

* Este trabalho foi realizado a pedido do *Institut Française d'Afrique du Sud* e da *University of Witwatersrand* para ser apresentado no Seminário realizado em Joanesburgo, no período de 26 a 28 de Julho de 1999, tendo como tema "*Tenure Security Policies in South-African, Brazilian, Indian and Sub-Saharan African Cities: a comparative Analysis*".

** Professora de Direito Administrativo e Direito Público Urbano. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

nha. No Brasil os Municípios são entes da Federação; destarte, têm suas competências estabelecidas diretamente pelo texto constitucional, e não por delegação dos entes federados estaduais, como é comum acontecer nos demais modelos federativos.

Em função destas características federativas especiais, os Municípios brasileiros têm a suficiente autonomia constitucional para decidir e implementar suas políticas públicas, sem interferência dos governos federal ou estadual; e o faz por sua própria conta (recursos próprios) e riscos. No caso do programa ***Favela Bairro*** portanto, a responsabilidade pela concepção e pelo desenvolvimento do programa foi, e é inteiramente do governo local.

Há partes do programa onde há a intercessão de ações dos Governos Federal e Estadual; porém, são participações sem relevância política, salvo na questão da obtenção da autorização e do aval da União Federal para o financiamento externo de parte do programa, conforme determina a legislação brasileira.

O Programa ***Favela Bairro*** é um projeto que requer, necessariamente, vários tipos de ação do Poder Público; logo, qualquer autoridade governamental para realizá-lo, necessita da previsão da respectiva competência constitucional. Sua implementação só foi possível, por decisão política exclusiva do governo do Município do Rio de Janeiro, pelo fato de que, além de ser unidade federativa autônoma, o Município também detêm o conjunto de competências específicas para execução de todos, ou quase todos, os serviços públicos previstos para o desenvolvimento do programa.

Com isto queremos ressaltar que o modelo federativo do Estado Brasileiro foi fator institucional fundamental para que, através de uma decisão política simples — isto é, dependente tão somente do chefe do Poder Executivo local e, subsidiariamente dos Vereadores, na aprovação do seu orçamento, fosse resolvida sua realização. Por outro lado, exigiu do Município do Rio de Janeiro uma capacidade executiva, administrativa e financeira que poucos municípios brasileiros têm.

Com isto podemos concluir esta apresentação com duas observações iniciais:

a) a de que o Programa ***Favela Bairro***, da forma em que foi concebido, foi possível a partir de uma decisão política simples (exclusiva) do governo local, graças ao modelo federativo brasileiro, que dá aos Municípios o rol de competências necessárias à sua implantação.

b) Por outro lado, por ser um programa de execução complexa, e de pesados encargos financeiros, somente poucos governos locais brasileiros teriam condições executivas, administrativas e financeiras de adotá-lo, por sua conta e risco.

Estes são dois aspectos que valem a pena ser ressaltados, sobretudo quando se apresenta o programa ***Favela Bairro***, como um possível paradigma para

projetos habitacionais fora do Brasil. Acresça-se a este aspecto sua pertinência à vista dos pressupostos sociais, físicos e legais, específicos da situação das favelas na Cidade do Rio de Janeiro pois, na ausência destes pressupostos, o programa dificilmente faria sentido.

É o que veremos adiante.

2 — ANTECEDENTES E ALGUNS ASPECTOS ATUAIS

2.1 — *Antecedentes*

Como diz o próprio nome do programa, o ***Favela Bairro*** tem como objeto de ação governamental as denominadas áreas de *FAVELAS*. As favelas são áreas de ocupação basicamente residencial, de populações de baixa renda, que se desenvolveram em áreas desocupadas, públicas ou privadas.

No Município do Rio de Janeiro seus registros mais significativos datam do final do século passado, e do início deste século sendo que, curiosamente, o nome *favela* originou-se a partir da ocupação do chamado Morro da Favela, vulgarizando-se como uma tipologia habitacional urbana desde então. Reconhece-se contudo, a existência desta tipologia de núcleos habitacionais desde muito antes do final do século XIX, haja vista as sempre citadas ocupações das encostas dos morros do Castelo e de Santo Antônio, que foram dizimadas pelos projetos de urbanização do centro da cidade nas primeiras décadas do século XX.

É também interessante ressaltar que a motivação apontada como fato gerador desta ocupação social do solo urbano da cidade, tida como urbanística e socialmente indesejável, é praticamente a mesma até os dias de hoje: busca de um teto possível, por uma população sem renda para adquirir moradia, em espaço urbano desocupado ou inutilizado pelo seu proprietário, próximo ao mercado de trabalho, ou com transporte acessível.

> *"...Vale dizer que a ocupação dessas áreas tem um caráter distinto, isto é, a busca de espaço para moradia. (...) São elementos (população) atraídos pela conjugação de meios de transporte modernos e espaços ocupáveis."* [1]

Destaque-se que o problema da renda, que inviabilizava a aquisição e o acesso a formas de habitações tidas como regulares — (aquisição ou locação

1 PORTO ROCHA, Oswaldo. *A era das demolições.* Rio de Janeiro. Coleção Biblioteca Carioca. Secretaria Municipal de Cultura. 1995. p.75.

de residências legalmente admitidas pela legislação urbanística), foi agravado por vários fatores, dentre os quais queremos especialmente destacar aqueles relacionados à política governamental:

a) os projetos de urbanização realizados no Brasil, pelo Poder Público, demoliram várias áreas de habitação coletiva de baixa renda, próximas aos locais de trabalho.

b) Constata-se uma absoluta ausência de política governamental que visasse suprir habitação para estas populações deslocadas.

c) A legislação urbanística da cidade não só ignorou o problema habitacional, mas suas normas o fizeram agravar, na medida em que foram sendo gradativamente proibidas, nas novas áreas urbanizadas as usuais habitações coletivas: as estalagens, os cortiços, as casas de cômodos, as avenidas[2]e, posteriormente até mesmo as vilas.

De certa forma, todos estes fatores da política governamental de urbanismo continuaram presentes por todo este século na Cidade do Rio de Janeiro o que, evidentemente, permitiu que as favelas[3] se tornassem a realidade social mais

2 Cortiços foram definidos, na própria legislação municipal como sendo "habitação coletiva, geralmente por constituída por pequenos quartos de madeira ou construção ligeira, algumas vezes instalados nos fundos dos prédios, e outras vezes uns sobre os outros, com varandas e escadas de difícil acesso; sem cozinha, existindo ou não pequeno pátio, área ou corredor, com aparelho sanitário e lavanderia comum." In: CARVALHO, Lia de Aquino. *Habitações Populares.* Rio de Janeiro. Coleção Biblioteca Carioca. Secretaria Municipal de Cultura. 1995. 2ª ed. p.134.
Estalagem: "apresentava um pátio, área ou corredor, com quartos divididos em sala e alcova, cozinha interna ou externa e com lavanderias e aparelhos sanitários comuns nos pátios." In: CARVALHO, Lia de Aquino; p.134.
Casas de cômodos: "velhos casarões de muitos andares, divididos e subdivididos por um sem número de tapumes de madeira..." Ibid., p. 138.
Avenidas: " constituída por domicílios particulares e independentes, de pequenas dimensões, com instalações sanitárias, cozinhas, água e esgoto completamente separados, dando todas as casas frente para uma rua central ou lateral". Ibid., p.138. As avenidas tem concepção tipológica muito parecida com as *Vilas*, tendo estas últimas domicílios de maiores dimensões.

3 As favelas, no Rio de Janeiro talvez não se diferenciem, do ponto de vista sanitário e de sua precariedade habitacional, das demais possibilidades habitacionais acima mencionadas. Se no começo elas eram ainda mais precárias hoje, consolidadas podem apresentar, em alguns casos condições sanitárias, de espaço ou de edificação menos ruins. O que se apresenta como alteração significativa da situação é o fato de que a área que anteriormente era ocupada pelos tipos habitacionais acima referidos, em áreas centrais da cidade, tornaram-se áreas urbanizadas e destinadas à especulação imobiliária, já que foram valorizadas excepcionalmente, tanto em função dos investimentos públicos de urbanização, como principalmente pela sua localização como centro de negócios. No caso, entretanto, das áreas ocupadas por *favelas*, estas estão localizadas em áreas periféricas e adjacentes às áreas centrais de negócios e trabalho, principalmente nos morros da cidade, ou em áreas de ocupação de risco, e portanto áreas sem valor para os negócios especulativos do mercado imobiliário.

sistemática e ordinária na Cidade, como meio e forma das populações de baixa renda resolverem por si, o seu inafastável e inevitável problema de moradia.

2.2 — *Alguns aspectos atuais*

A ocupação precária, com fim habitacional, em áreas urbanas vazias, preponderantemente situadas próximas ao mercado de trabalho, caracteriza as chamadas favelas.

As favelas se diferenciam ainda, por outro fator, de outras ocupações irregulares: os chamados loteamentos irregulares ou clandestinos. E este fator de diferenciação irá ter conseqüências importantes, tanto na distribuição do espaço edificável, quanto na forma de edificação, assim como na implantação dos serviços urbanos.

O que fundamentalmente diferencia os loteamentos irregulares ou clandestinos, das favelas, ***é a questão dominial.*** Tanto no caso dos loteamentos irregulares, como nos loteamentos clandestinos, há a irregularidade urbanística isto é, a irregularidade em face do Poder Público; no primeiro caso, porque o proprietário da gleba não executou o projeto aprovado, ou o executou irregularmente; no caso dos loteamentos clandestinos, porque nem sequer foi apresentado o projeto junto à autoridade urbanística local. Porém, em ambos os casos, há a venda de um "lote" por seu proprietário, ainda que feita através de documentos precários. Estas vendas, no entanto que constituem, sem qualquer sombra de dúvida, títulos jurídicos hábeis à comprovação da vontade de alienar, da boa-fé da parte adquirente — **um justo título** conforme a legislação civil, que contém os elementos fundamentais para o ajuste daquele negócio jurídico entre as partes privadas: sujeito, objeto e preço. Este título, ainda que precário, representa a base da regularidade dominial.

Neste sentido, parece-nos fundamental a distinção entre as duas situações — a das favelas e a dos loteamentos irregulares e/ou clandestinos; na primeira situação, a das favelas, o fato da ocupação ter sido feita sem a anuência do proprietário marcará, por longuíssimo tempo, a ocupação com o **estigma da precariedade**.

Ressalte-se que no Brasil, a sociedade, de modo geral, tem pouquíssima, ou nenhuma informação acerca dos ilícitos administrativos cometidos quando do não atendimento de exigências urbanísticas, concernentes ao uso da propriedade privada. As pessoas ignoram, na maioria das vezes a existência destas regras e, consequentemente, o cometimento do respectivo ilícito.

No entanto, para a maioria a população, e em especial para a população mais pobre, o que é do conhecimento geral é a convicção de que o proprietário é quem "manda" na sua propriedade. Portanto, se ele a vende, este é um negócio que realmente vale, pouco importando a forma de sua realização.

Por este motivo é que, no caso dos loteamentos clandestinos e irregulares, para os adquirentes dos "lotes" não há precariedade no que lhes parece fundamental — ***a aquisição dominial***. Isto porque o lote teria sido adquirido de quem se apresentou como dono, mesmo que a aquisição tenha sido realizada através de um documento duvidoso, do ponto de vista formal do Direito; e é este documento que transmitirá ao adquirente a segurança da "propriedade" daquele lote.

Esta circunstância fundamental trará importantes conseqüências: o "novo proprietário", seguro desta sua condição agirá como tal, e tenderá a respeitar os limites do lote de "sua propriedade legitimamente adquirida". Tenderá a investir em moradia mais sólida e definitiva, e buscará, inclusive junto ao Poder Público, por todas as formas, a colocação de serviços urbanos básicos: água, esgoto, vias públicas, escolas, transportes, e postos de saúde. Ele estará certo da sua legitimidade para tal.

Nas favelas, ao contrário, tudo começa precário, e prossegue, conseqüentemente, irregular. E em função desta precariedade originária de ocupação a *non domminum*, que se construirá a pirâmide das subseqüentes precariedades e irregularidades: não há qualquer definição, *a priori*, de lotes ou áreas de ocupação exclusiva, já que esta vai acontecendo com quem chega, na medida das possibilidades físicas máximas. A partir daí, vão se fazendo, desordenadamente, os acessos mínimos necessários às passagens e à locomoção. Não há, evidentemente qualquer preocupação com serviços públicos básicos, pois este "luxo" é algo distante para quem, no momento, está cuidando basicamente da sobrevivência, através da busca de um teto, precaríssimo, para dormir.

Estes cidadãos, trabalhadores que ajudam a produzir a riqueza social urbana pelo seu trabalho, sabem da precariedade daquela ocupação, já que alguém, seja lá quem for o proprietário, não lhes deu sequer o aval da posse. Portanto, por longos anos, haverá uma enorme incertitude de alí permanecerem. Por conseqüência, seus tetos serão precaríssimos, pois não haverá nenhuma razão para investir na sua melhoria; assim como não haverá nenhuma razão para investir em qualquer espaço ou equipamento coletivo, e nem mesmo para se preocuparem com uma forma de acolhimento minimamente razoável aos novos "necessitados", que chegam ao local precisando de moradia.

Nas favelas, tudo é irregular e precário frente às normas formais da sociedade — e assim o será durante longos anos: é a materialização da exclusão da cidade legal. Mas, como qualquer grupo social, e para sua própria sobrevivência enquanto tal, construirá e instituirá suas próprias normas internas. Aparecerão líderes e chefes que, aos poucos, irão se municiar de meios coercitivos próprios de fazerem respeitar as "suas leis".

O Estado deixou-se estar totalmente fora das favelas: suas leis lá não se aplicam; nem sua polícia, nem sua Justiça as tutelam; nem seus serviços públicos lá chegam. ***São limbos urbanos frente à sociedade formal e regular***.

E é assim mesmo que estas áreas são apresentadas na legislação urbanística da Cidade do Rio de Janeiro.

3 — APRESENTAÇÃO DO PROGRAMA *FAVELA BAIRRO*

3.1 — *Aspectos gerais do programa* ***Favela Bairro***

A partir de 1994, o governo da Cidade do Rio de Janeiro iniciou a execução do programa ***Favela Bairro***. À época, não existia na estrutura administrativa do governo local a Secretaria de Habitação; a questão da intervenção do Poder Público nas favelas era objeto da competência da Secretaria de Urbanismo. Registre-se que, antes do início da execução do programa ***Favela Bairro***, já haviam sido iniciadas alguns ações, estritamente urbanísticas, pelo governo local. Havia, em algumas favelas, projetos de reflorestamento e de instalação de serviços básicos de água e esgoto, sob a forma de mutirão. Mas nada de forma sistemática, e com uma concepção mais abrangente, como o programa ***Favela Bairro***.

Afora as ações esparsas acima referidas pode-se dizer que, antes do início da execução do programa ***Favela Bairro*** como uma política pública de governo, não havia praticamente intervenção sistemática do Poder Público nas favelas.

A ausência do Estado se verificava seja no controle urbanístico da ocupação, seja na disponibilização de serviços e equipamentos urbanos. Nas favelas, não há transportes públicos, mesmo porque, na maioria das vezes, não existe possibilidade de acesso por vias que permitam passagem de veículos automotores. Não há serviços de infra-estrutura sanitária (água e esgoto). O fornecimento de energia é precário, sobretudo no que se refere à iluminação pública. O recolhimento do lixo é precaríssimo e, na maioria da vezes inexistente. Por tudo isso, as condições ambientais e sanitárias são de baixíssima qualidade.

Nas favelas não há qualquer regularidade urbanística, isto é, adequação a padrões da legislação de uso do solo, seja de parcelamento, edificação ou uso, mesmo porque não existe legislação urbanística para estas áreas[4].

Os serviços públicos de natureza social, como escolas, serviços de saúde, áreas públicas de cultura e lazer, lá não existem, salvo em algumas delas, nas mais antigas, onde há escolas primárias e postos de saúde, com precárias condições de funcionamento.

4 As favelas aparecem como áreas em branco, no Plano Diretor da Cidade do Rio de Janeiro, isto é, sem qualquer previsão legislativa para elas.

Quanto à questão dominial, vimos o quanto este é um aspecto problemático, já que a posse, quando não violenta ou clandestina —(o que a tornaria ilegal também à luz do direito privado), é precária e de difícil caracterização espacial.

Face a este mar de precariedades temos como consequência inevitável a luta pelo poder, e a dominação imposta pela violência e pela criminalidade, sem qualquer controle do Estado.'

Por todos estes fatores as favelas são como uma antítese à normatividade que regula a cidade formal. Um caos, portanto, se defrontada com a proposta da ordem urbana oficial.

Todavia, depois de um século de existência, a favela é uma realidade habitacional na Cidade do Rio de Janeiro, com cerca de 1 milhão de pessoas habitando em seus núcleos, e correspondendo a quase 20% da população urbana. Consequentemente, o programa ***Favela Bairro*** resulta da aceitação desta realidade inafastável: a existência da favela como fato social urbano, e da imperiosa necessidade desta ordem oficial a ela adaptar-se, em tudo o que for possível.

O nome engenhoso traduz a finalidade do programa, isto é transformar as favelas em bairros, integrando-as urbanisticamente à cidade. Espera-se que, com a implantação do programa, as favelas venham a perder o prenome "favela", e a cidade a elas se refira como se refere aos bairros oficiais: Copacabana, (F.) Borel, Maracanã, (F.) Mangueira, Tijuca, (F.) São Carlos....

Agora cabe perguntar: qual a natureza e o conteúdo do programa ***Favela Bairro***? A resposta não é aquela que se apresenta aparentemente óbvia: a de que é um programa habitacional.

As favelas, embora sejam áreas basicamente residenciais, hoje se consubstanciam, em uma situação urbanística complexa e problemática. Embora a questão habitacional seja o seu elemento causal e sua função urbana principal, é a questão urbanística que induz que o programa ***Favela Bairro*** envolva, necessariamente, os aspectos básicos da gestão urbana, com a implantação de serviços e equipamentos públicos e sociais.

Dentro desta perspectiva é que o Plano Diretor da Cidade, no seu art. 139, dispôs que a responsabilidade pela política habitacional da Cidade seria da competência do orgão de planejamento urbano.[5]

No começo assim foi, até ser criada, em março de 1994 a Secretaria Municipal de Habitação, à qual foi conferida competência legal para a implementação de toda a política habitacional na Cidade do Rio de Janeiro.

Neste ponto destacamos dois aspectos:

a) o de que a política habitacional da cidade não se esgota no programa ***Favela Bairro***;

5 Plano Diretor: Lei Complementar n.16, de 14 de Junho de 1999.

b) e de que o programa ***Favela Bairro***, apesar de estar inserido no âmbito conceitual da política habitacional é, fundamentalmente, um programa urbanístico de execução complexa, aí compreendidos, necessariamente, os projetos sociais, bem como o projeto de regularização fundiária.

Em resumo, o programa ***Favela Bairro*** é um projeto essencialmente urbanístico, na acepção ampla deste termo. Do ponto de vista finalístico, o ***Favela Bairro*** é um programa habitacional, já que pretende a regularização urbanística e legal de áreas predominantemente residenciais.

Não obstante sua natureza urbanística, por decisão política e por conveniência de gestão administrativa, decidiu-se que o programa seria gerenciado pela Secretaria Municipal de Habitação.

O delineamento básico, tanto da política habitacional da Cidade do Rio de Janeiro, como do próprio programa ***Favela Bairro*** encontra-se, desde 1992, previsto na Lei do Plano Diretor[6], no seu art.138, bem como na lei de estruturação e organização básica do Município do Rio de Janeiro, chamada Lei Orgânica:

> *"art. 429 — A política de desenvolvimento urbano respeitará os seguintes preceitos:*
> *(...)*
> *VI — urbanização, regularização fundiária e titulação das áreas faveladas e de baixa renda, sem remoção dos moradores, salvo quando as condições físicas da área imponham riscos de vida a seus habitantes, hipótese em que serão seguidas as seguintes regras:*
> *a) laudo técnico do órgão responsável;*
> *b) participação da comunidade interessada e das entidades representativas na análise e definição das soluções;*
> *c) assentamento em localidades próximas dos locais da moradia ou do trabalho, se necessário o remanejamento."(...)*

Como órgão gestor do programa ***Favela Bairro***, a Secretaria Municipal de Habitação preside e coordena os trabalhos de um grupo especial de gestão, composto de dirigentes do nível superior da administração pública do governo local: GEAP — Grupo Executivo de Assentamentos Populares. A finalidade precípua deste grupo é a interação e a harmonização das ações desenvolvidas por cada uma das Secretarias Municipais, responsáveis pela implantação de projetos específicos do programa ***Favela Bairro***.

O programa, dentro do seu objetivo de transformar favelas em bairros, pretende dotá-las de todos os equipamentos urbanos e sociais comuns aos

6 Idem.

bairros da cidade. Daí por que, para cada favela, são feitos projetos relativos a infra-estrutura urbana, como os de acessibilidade através de vias principais e secundárias, projetos de água e esgotamento sanitário, recolhimento de lixo, iluminação pública, projetos para áreas de lazer, esportes e equipamentos comunitários, bem como aqueles necessários a obras de contenção de encosta[7]; há também projetos relativos ao meio ambiente, inclusive de reflorestamento.

Importante é o aspecto relativo à questão de remoção de habitações nas áreas de risco, e nas áreas de passagens de vias e áreas de lazer, a serem implantadas e alinhadas. Salvo para substituir residências relocadas, o programa não inclui a construção de novas moradias.

Além da execução de projetos de natureza predominantemente urbanística, é de se ressaltar que o programa ***Favela Bairro*** prevê a implantação de relevantíssimos projetos sociais: na área de desenvolvimento social, na área de esporte, lazer e cultura, na área de atendimento à saúde, bem como projetos de integração ao mercado de trabalho, e projetos educacionais, destacando-se aqueles desenvolvidos através da rede municipal de escolas de ensino fundamental.

O desenvolvimento de projetos na área social, imprimem ao programa ***Favela Bairro*** aspecto diferenciado, e lhe dão, ao nosso ver, reais possibilidades de sobrevivência, e de desenvolvimento através das próprias comunidades.

Finalmente, é de ressaltar que com a execução desses projetos o Poder Público, através do Governo local, está explicitamente aceitando o fato social da existência das favelas como realidade urbana, pois está investindo na sua melhoria, como o faz para todos os demais bairros da cidade.

Voltamos a mencionar aqui a importância de se atentar para o fato de que, em função das competências constitucionais dos Municípios, e de sua autonomia constitucional como unidade da Federação Brasileira, o governo local pode executar, por sua decisão própria e exclusiva, todos estes projetos, sem consulta, aquiescência ou autorização de autoridade administrativa estadual ou federal.

Pela Constituição brasileira, o Município tem competência exclusiva em matéria de planejamento urbano da Cidade, o que lhe permite decidir sobre o zoneamento, os índices construtivos, e demais parâmetros de uso e ocupação do solo. Isto lhe permite deliberar sobre padrões urbanísticos diferenciados, eventualmente recomendáveis para as áreas de favela, de modo a integrá-las à normatividade oficial da forma como se apresentam, ainda que com alguns ajustes.

7 O Rio é um cidade montanhosa, e as favelas, ordinariamente, se encontram localizadas nos morros.

Igualmente, tem o Município competência executiva para prestação dos serviços públicos básicos da Cidade: água e esgoto[8], lixo, iluminação pública; para a implantação de vias e logradouros públicos, inclusive áreas de lazer e para a realização de obras em encostas e áreas de risco.

Finalmente, o Município pode desenvolver, por sua própria conta, todos os projetos sociais que integram o aspecto sensível do programa ***Favela Bairro*** junto à comunidade, destacando-se aqueles referentes à saúde pública, à educação, ao meio ambiente, ao trabalho, ao desenvolvimento social e à cultura.

3.2 — *Aspectos institucionais do programa* ***Favela Bairro***

Do ponto de vista jurídico-institucional vale registrar o que diz a Constituição brasileira em relação à questão habitacional: a Constituição Brasileira, atribuiu competência executiva concorrente aos três níveis de governo: federal, estadual e municipal, para o desenvolvimento de projetos habitacionais, através de ações de fomento. O art. 23 da Constituição Federal diz expressamente:

> "*Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:*
> *(...)*
> *IX — promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; (...)*"

Por este dispositivo constitucional, a legislação brasileira inseriu, dentre os interesses públicos a serem fomentados pela atividade estatal, a *habitação* que é, originalmente, uma atividade econômica privada e, como tal, objeto do mercado privado de investimentos.

Isto significa dizer que, do ponto de vista constitucional, a atividade econômica do mercado imobiliário para moradias, não está restrita ao interesse privado. Deste modo, prover este mercado de moradias, bem como prover a melhoria de suas condições habitacionais, tornou-se matéria de interesse público estatal.

Esta competência conferida aos municípios brasileiros, implica, por consequência, na responsabilidade de adimpli-la. Por outro lado permite às autoridades políticas locais desenvolverem projetos tão amplos e complexos como o ***Favela Bairro***, através de uma decisão política relativamente simples, pois independe da anuência ou aquiescência de autoridades de outros níveis de governo — estadual ou federal.

8 Há questionamentos jurídicos sobre a competência municipal para prestação de serviços de água e esgoto, em relação a eventual competência estadual para este mesmo serviço.

4 — ASPECTOS FUNDIÁRIOS DO PROGRAMA *FAVELA BAIRRO* E DE SUA REGULARIZAÇÃO

4.1 — *Aspectos gerais da questão fundiária*

Vimos que as favelas nascem, e se diferenciam, de outra formas irregulares de ocupação do solo (loteamentos irregulares e clandestinos), porque elas se iniciam, e permanecem sob o estigma da precariedade dominial.

São ocupações para as quais o sistema jurídico brasileiro não prevê qualquer instrumento sólido de proteção ao possuidor, ainda que ele seja um necessitado, agindo de boa-fé, e que esteja ocupando terras inutilizadas, e até mesmo abandonadas.

Na cidade do Rio de Janeiro, até a edição da Lei Orgânica do Município, toda a ocupação que se desenvolveu como favela esteve sob a ameaça de remoção.[9] Em razão disto, por décadas, em função de toda uma cultura urbana desenvolvida ao longo deste século, estes núcleos urbanos habitacionais estiveram excluídos dos investimentos públicos e sociais; também não houve qualquer tentativa que visasse sua regularização dominial.

Outra gravíssima conseqüência da total marginalidade das favelas dos serviços públicos foi a sua exclusão do sistema estatal de segurança pública, e de tutela jurisdicional. Estes núcleos habitacionais se desenvolveram *apesar do Estado*; lá dificilmente se conhecem, e se aplicam, as leis oficiais. As favelas construíram um sistema próprio de regras, e de "direitos de ocupação". Estas regras são "tuteladas" por grupos locais, que exercem seu poder, na maioria das vezes, pela força das armas, articulados que estão com o mundo do crime — **são os "donos da favela"**.

Esta situação fez consolidar um outro "Estado" dentro do Estado oficial, do qual as próprias populações faveladas se tornaram também reféns. A consolidação desta precariedade em relação à ordem jurídica oficial do Estado, fez-se pelo estabelecimento de uma outra ordem normativa, **imposta pela violência e pela força**.

As áreas de terras ocupadas por favelas foram negligenciadas pelos proprietários por dois motivos fundamentais:

a) quando o proprietário é o poder público, este, de modo geral, ou desconhece seus próprios domínios fundiários ou, em os conhecendo, não reage a qualquer ocupação não autorizada, seja ela feita por pobre ou rico.

b) No caso de áreas de domínio privado, os proprietários as tinham como áreas "desprezíveis", do ponto de vista patrimonial, já que as áreas de favela

9 A Lei Orgânica do Município, hoje, protege as favelas de políticas públicas de remoção, em função do disposto no seu art.429, inc.VI, salvo se localizadas em área de risco.

no Rio de Janeiro são, de modo geral, áreas montanhosas, ou de beira de lagoas, e portanto, áreas de difícil ocupação regular, e de difícil edificabilidade (por vezes vedada pela legislação). São áreas excluídas do mercado especulativo de terras, mercado este que investiu, ao longo deste século, nas áreas centrais e planas (de onde tirou, inicialmente, as populações de baixa renda), e depois, nas áreas litorâneas, e suas proximidades.

Nas áreas edificáveis, à medida que a ocupação oficial avançava, iam se eliminando as eventuais favelas existentes, como aconteceu, nas décadas de 60 e 70, com favelas que ocupavam áreas à beira da Lagoa Rodrigo de Freitas, ou aquela existente no início do elegante bairro da Gávea, próximo a uma conceituada universidade privada (respectivamente, as Favela da Catacumba, e a Favela do Pinto).

Registre-se que, nos bairros litorâneos, as favelas que ocupavam os morros, aí permaneceram, como algumas, nos bairros litorâneos de Copacabana, do Leblon e de São Conrado. Neste último bairro, está consolidada a maior favela do Rio de Janeiro, a favela da Rocinha, hoje com mais de 150 mil habitantes — uma cidade!

Todo este processo aconteceu por decorrência da absoluta carência de moradias acessíveis a esta população que, decorrentemente, veio a ocupar, precária e irregularmente, ao longo deste século, áreas desinteressantes para o mercado imobiliário da cidade.

4.2. — *A questão da regularização fundiária das favelas*

Consciente de que a questão fundiária é uma questão de fundo para o processo de integração social e urbanístico das favelas, o programa ***Favela Bairro*** não poderia deixar de especificar *a regularização,* como um projeto integrante do programa. Ademais, como vimos acima, a Lei Orgânica do Município, especificamente a prevê, como parte necessária e integrante da política de desenvolvimento urbano (ver p. 13).

A *regularização fundiária* está, explicitamente mencionada em todas as propostas do programa. Porém, podemos afirmar que, dentre todos os projetos do programa ***Favela Bairro*** foi o único que, efetivamente, nada avançou.

Houve, aleatoriamente, um ou outro caso, em que o Poder Público municipal titulou lotes. Foi uma excepcionalidade que ocorreu em função de estarem presentes condições, também excepcionais, que assim o permitiram; eram áreas públicas, planas, ou semiplanas, cuja tipologia da ocupação facilitou, sobremaneira, a delimitação dos lotes. Ainda assim, a ação de regularização fundiária encontra-se inacabada, já que foi feita apenas a distribuição de títulos de direitos reais aos moradores, sem o devido acompanhamento de seu desenvolvimento.

Não estão sendo devidamente monitorados os seus efeitos, nem os seus desdobramentos legais, decorrentes da regularidade e da estabilidade dominial.

A razão de não estar sendo realizado o projeto de regularização fundiária, conforme proposto no programa, decorre, ao nosso ver, da dificuldade de enfrentamento desta questão, face ao sistema legal brasileiro; a situação legal, urbanística e civil, é realmente complexa. E, neste ponto, não basta, somente uma decisão política do governo local, e dinheiro para realizá-la.

Na questão da regularização fundiária é necessário a formulação de um projeto específico de ação, no qual se deve levar em conta fatores que escapam à decisão, e à ação exclusiva do governo local. São fatores de importância capital como: a legislação civil, matéria de competência legislativa federal, que disciplina o próprio conteúdo do direito de propriedade, bem como aspectos relativos a natureza jurídica e os efeitos da posse, os direitos reais em geral, os contratos e convenções condominiais, as locações, as normas gerais de parcelamento do solo, os direitos de família e sucessões; a lei federal também disciplina as regras de direito processual, de usucapião, as regras gerais de registros públicos, e a desapropriação. Todas estas normas afetam, diretamente, à questão jurídica da regularização fundiária.

Conseqüentemente, o projeto de regularização fundiária das favelas, ao nosso ver, não pode ser considerado um simples desdobramento da execução dos projetos de urbanização. Para viabilizar sua realização eficaz, há que se desenvolvê-lo como um projeto específico e complexo. Será inevitável a realização de estudos jurídicos específicos, para o mapeamento das inúmeras variáveis legais das situações postas; é necessário delinear, com clareza, as hipóteses fáticas que se apresentam, de forma a pautá-las dentro das hipóteses legais diferenciadas; tudo ajustado dentro de um quadro de objetivos pré-determinados, a serem implantados, em prazos variáveis, mas que, certamente, ultrapassarão em muito, o tempo previsto de realização das obras e de implantação dos serviços públicos.

Além do projeto de regularização fundiária envolver o trato de questões legais supramunicipais, isto é, questões legais predeterminadas pelo sistema legal nacional, ela também dependerá, necessáriamente, da intervenção de dois outros parceiros: as autoridades do Judiciário, e da própria população interessada.

No Brasil, os conflitos de interesse e de direitos concernentes à questão de terras, rurais ou urbanas, fazem parte da nossa história sócio-jurídica. É o Judiciário que, ao final, formulará a interpretação da regra de Direito relativa a estes conflitos. É no Judiciário que se pode buscar, através da interpretação, uma nova construção do conteúdo do direito de propriedade, mais adequada à sua função social. Sem o envolvimento das autoridades do Judiciário, será ineficaz construir teorias jurídicas, idealizar projetos, e até mesmo editar leis

que, a médio prazo, venham a ser julgadas incompatíveis com o Estado de Direito, constitucionalmente constituído e interpretado.

Destarte, é de vital importância a sensibilização e o envolvimento do Poder Judiciário, desde o início, na formulação e no desenvolvimento do projeto de regularização fundiária. E a tarefa não é simples, nem pequena, já que o trabalho envolve outra função estatal, constitucionalmente independente; além disto, as autoridades judiciárias tendem a manter um afastamento funcional destes problemas sociais, com a intenção de conservar, desta forma, sua isenção de julgador.

Quanto ao envolvimento das comunidades no projeto de regularização fundiária, a tarefa não é menos simples, já que acreditamos que esta só se fará, e se consolidará se a comunidade for seu próprio agente executor. Evidentemente, é um longo processo que, inicialmente, necessitará ser muito amparado pelo poder público; mas será a comunidade que deverá se apropriar, paulatina e definitivamente do conhecimento dos seus direitos, do seu conteúdo e do seu significado, bem como dos meios e das fórmulas de obtê-los. É o exercício da cidadania, que só existente quando buscada pelo próprio cidadão, consciente e eficazmente.

E isto é um longo trabalho: conhecer os direitos, e a forma de buscá-los. Ainda, porque as postulações exigirão novas interpretações, e alternativas diferentes daquelas do direito tradicionalmente posto. Além disto, exigirá conhecimento básico das regras de Direito, concernentes a vários campos jurídicos, e que afetam, diretamente, à questão da regularidade dominial, como por exemplo o direito de família e de sucessões, o registrário, o fiscal, etc...

No entanto, apesar da complexidade da situação, a tarefa não é impossível de ser realizada; exigirá certamente bastante clareza na análise global do problema, bem como clareza quanto aos objetivos a serem alcançados, e quanto aos meios jurídicos possíveis e disponíveis; clareza quanto às formas de realização do projeto e quanto aos seus prazos, por todos os agentes envolvidos.

Por tudo isto, o projeto de regularização fundiária exigirá determinação, e muita paciência pois, como já foi dito, ele não será realizado e consolidado senão a longo prazo.

4.3 — *Alguns problemas específicos da regularização fundiária*

Dentre os vários aspectos problemáticos, do ponto de vista jurídico, concernente à regularização fundiária, abordaremos a título de ilustração, apenas alguns aspectos que, embora interligados, consideramos fundamentais: o problema do desenho e da forma de ocupação das áreas das favelas, e a questão da delimitação do direito real frente à legislação registrária.

4.3.1 — A ocupação das favelas, como vimos, deu-se de forma completamente desordenada, por conseqüência da precariedade dominial. Disto resultou uma tipologia de ocupação (edificação das residências), que se consolidou de forma absolutamente incompatível com as formas tradicionais de ocupação urbana, regrada tanto pela legislação urbanística, como pela legislação civil.

Como se pode ver em fotos de favelas, para quem nunca as viu pessoalmente, logo se verifica que as moradias são edificadas aproveitando o máximo de espaço possível, sobrepostas umas sobre as outras. Na maioria das vezes, quase não se percebe onde começa o espaço exclusivo de uma e de outra habitação, que por vezes podem ter tão-somente um ou dois cômodos, precariamente separados.

Se dentro das próprias edificações é impossível, muitas vezes, se delimitar os espaços de uso exclusivo (posse exclusiva), o que dizer então das delimitações de áreas e lotes, onde estas edificações se localizam! Assim, pensar em desenhar lotes, ainda que mínimos, ainda que irregulares na sua forma, para que sobre eles se caracterize uma habitação e, decorrentemente, uma propriedade (ou uma posse) a ser materializada em um título, é uma pretensão impossível de ser realizada nas áreas de favelas, pela natureza de sua conformação tipológica, já completamente consolidada.

Desde logo afirmamos que é inviável imaginar a regularização, através de um um projeto urbanístico que objetive o desenho de lotes individualizados, e demarcados da forma tradicional, embora seja esta a exigência legal para serem registrados no Registro de Imóveis. Qualquer proposta neste sentido só é possível de realização se cogitarmos no completo refazimento de toda a favela!

Daí a importância de se propor um projeto de regularização fundiária, que leve em conta esta situação desconforme com os padrões urbanísticos e civis preconizados pela legislação. É absolutamente necessário conceber e propor instrumentos e figuras jurídicas, civis e urbanísticas, diferenciadas; ou seja, ao invés de conformar a favela à legislação, que se busquem todos os meios e modos de se adequar a legislação à favela, para que ela possa ser integrada à cidade como um bairro oficial.

Há também a questão da atualização dos registros das habitações, que deve ser imaginado de forma inovadora. Isto porque a dinâmica das construções, e da ocupação das favelas é totalmente incompatível com o tempo, com a forma, e com os custos do Registro Imobiliário. No entanto, vale lembrar, que qualquer outra alternativa que exclua a participação direta e imediata dos registros imobiliários, deverá considerar que, no Direito brasileiro, é ele que confere a segurança jurídica dominial, com a anotação eficaz dos direitos reais sobre a propriedade, operando efeitos *erga omnis*.

O projeto urbanístico do programa ***Favela Bairro*** tem realizado, em plantas, a demarcação das áreas públicas das vias principais e secundárias, das áreas

de passagem de equipamentos de serviços públicos urbanos, das áreas e prédios de uso comunitário. Porém, se as demarcações físico-urbanísticas de áreas públicas representam um avanço importantíssimo, já que possibilitam sua clara identificação e, decorrentemente, o respeito de seus limites pela comunidade, há de se confirmar, também neste caso, as mesmas dificuldades de registro. Ainda não se conseguiu efetivar suas averbações nos registros imobiliários, pois isto dependeria do registro da planta imobiliária integral da gleba, e da existência de sua matrícula inicial.

Finalmente, há que se considerar a questão da oficialização dos padrões edilícios das favelas. Não temos conhecimento da criação de qualquer tipo alternativo de norma local, ou convencional, que acolha e especifique padrões alternativos de edificabilidade para as favelas, onde o programa já foi urbanisticamente realizado. Há, também neste caso, uma enorme dificuldade de consenso, e de adaptação do pensamento tradicional, às formas alternativas de construção e de ocupação, tão diferenciadas das favelas.

4.3.2: Como foi mencionado, a questão registrária, da forma em que ela é posta pela legislação brasileira, é problemática para ser ajustada a um projeto de regularização fundiária de favelas, não só em razão das questões urbanísticas, como também pela questão estritamente dominial.

O registro da propriedade urbana, para efeitos de registro formal, tem como pressuposto a existência de fatos, que dificilmente podemos encontrar ou manter em áreas como as de favelas. Estes fatos, estão basicamente relacionados com as condições relativas à titularidade dominial da gleba, onde elas se localizam.

Muitas vezes, a titularidade não se encontra estabelecida de forma clara, outras vezes esta titularidade se apresenta conflitante. Há ainda casos de glebas que são objeto de demandas judiciais; há casos, não raros, em que as glebas são oficialmente inexistentes, já que não há qualquer registro das mesmas. Esta última situação que pode, aparentemente indicar uma facilidade, constitui-se, na verdade, um complicador para o projeto de regularização, já que no Brasil, em princípio, não existe "terras sem dono", e é o registro que tem o efeito de gerar a titularidade dominial.

No Registro de Imóveis nada se registra que não seja preciso, oficial, e previsto na legislação própria. O título, objeto de registro, é ato solene; ou quando menos, obediente a condições formais precisas. As partes devem ter suas situações pessoais bem identificadas. Ora, estas também são condições dificilmente encontradas nas comunidades de favelas.

Cada vez mais se torna difícil, e caro, acompanhar e satisfazer as exigências complexas dos registros. Por isto mesmo, eles vem se tornando cada vez mais distantes do cumprimento de sua missão de retratação de titularidades dominiais, e reais, efetivamente existentes, e da segurança jurídica destes negócios.

Ressalte-se que os Registros de Imóveis, pela complexidade de sua operação, e pela sua inacessibilidade foi, e ainda o é, a forma comum de grilagem imobiliária no Brasil.[10]

5 — CONCLUSÕES

O programa ***Favela Bairro*** é, indubitavelmente, um projeto que está se desenvolvendo com sucesso, nos seus objetivos urbanísticos.

Desta forma, o programa atende à política habitacional do Município, já que as favelas representam uma opção de moradia possível, e já consolidada, para um significativo contingente populacional da Cidade do Rio de Janeiro.

A realização do programa ***Favela Bairro*** foi possível, na medida em que foi gerado por uma decisão política simples, isto é, exclusiva da autoridade local, que cumulativamente detém, pela legislação brasileira, a competência jurídica necessária para a realização dos serviços urbanos, e dos projetos sociais pertinentes.

O programa ***Favela Bairro*** é de execução urbanística complexa, pois envolve a realização de projetos e serviços de natureza variada, tais como os planos urbanísticos, os serviços de infra-estrutura urbana e de meio ambiente, os projetos sociais, e também o de regularização fundiária.

A questão fundiária constitui a causa original da situação de precariedade e irregularidade das favelas. A precariedade da situação legal das favelas gera sua exclusão social, marginalizando-a do acesso aos benefícios, serviços urbanos, e direitos sociais.

A exclusão se manifesta, ainda, na inacessibilidade à segurança pública, e à tutela judicial do Estado.

A marginalidade total das favelas frente ao denominado Estado de Direito, acarreta a formação, dentro destas comunidades, de regras próprias de "direitos", garantidos por grupos e "autoridades" locais, à margem do Estado, que mantém o poder local, na maioria das vezes, pelo constrangimento, pela força e pela violência.

A parte do programa ***Favela Bairro*** relativa à regularização fundiária não vem sendo realizada. Sua realização não encontra as mesmas condições, e pressupostos facilitadores dos demais projetos do programa, por envolver questões e aspectos que escapam à decisão, ou ao alcance da autoridade local.

O projeto de regularização fundiária do programa ***Favela Bairro*** demanda, para sua viabilização, a elaboração de um projeto específico de ação, projeto

10 Grilagem é a forma pela qual pessoas, não proprietárias, se tornam, por meios irregulares e escusos, proprietários de terras, ocupadas por posseiros sem título dominial.

que é, por si só, complexo. Nele devem estar claramente previstos os objetivos a serem alcançados: propriedade, ou segurança na habitação; titulação possível, a curto e médio prazos; meios e formas jurídicas disponíveis de realizar o projeto; agentes necessariamente envolvidos, e sua sensibilização. Enfim, impõe-se o conhecimento da problemática, o equacionamento dos pontos críticos, e de suas alternativas legais.

Este projeto de regularização fundiária não se encontra elaborado, nem sequer imaginado. Daí ser ele, hoje, ao nosso ver, o ponto mais crítico do programa ***Favela Bairro***. Sua inexecução, no futuro, poderá comprometer os projetos realizados, ***já que foi a precariedade dominial não resolvida que gerou as irregularidades, e a exclusão urbana das FAVELAS***.

UMA CONFUSÃO DE PRERROGATIVAS DE PODERES SEM FUNDAMENTO RAZOÁVEL E CONTRA A DEMOCRACIA: CONTRABANDO E CRIME CONTRA SEGURANÇA NACIONAL

SERGIO DO REGO MACEDO*

UM PRECEDENTE PERIGOSO CONTRA O PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL E O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. A Primeira Turma do STF, recentemente, ao julgar o HC-74782-5 RJ (DJ 27.06.97, Ementário 1875-05), concluiu, à unanimidade, com voto condutor do **Min. ILMAR GALVÃO**, que o fato do acusado ter, segundo a denúncia, *introduzido em território nacional, clandestinamente, 30 mil cartuchos de munição de procedência estrangeira, de importação proibida, próprios para fuzis dos tipos AR-15 e AK-47, privativos das Forças Armadas, para serem vendidos por terceiros aos traficantes de tóxicos*, configura a hipótese de crime capitulada no art. 12, *caput*, da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional).

O HC pedia a desclassificação do fato para o art. 334 — Contrabando —, do CP e indicava como autoridade coatora o STJ, cuja turma, por maioria, havia denegado Ordem anterior, impetrada contra Acórdão do TRF do Rio de Janeiro que confirmava a legalidade do ato judicial de primeiro grau, consubstanciado, segundo a impetração, no **recebimento de denúncia abusiva** que, embora reconhecendo descrever fato previsto como configurador da conduta prevista no artigo 334, inciso I, do Código Penal — que admite fiança —, incursou o denunciado em conduta prevista na Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983 — que, sabidamente tutela bem jurídico diverso e não admite fiança — sob a alegação textual de que a tipificação correta serviria para tratar o acusado, então Paciente, a "***pão de ló***". O HC localiza o argumento do MP assim, "*in literis*":

"Eis o trecho iniludível, "*in verbis*":

* Chefe do Departamento de Direito Penal da Faculdade de Direito da UERJ. Membro da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Conselho Federal da OAB.

"...Que a munição destinava-se aos traficantes de tóxicos desta cidade, a dedução é lógica."

E, finalmente,

"...Os acusados, destinando munições àqueles, colaboram para a manutenção daquele 'estado de desordem', lesionando o 'Estado de Direito', bem jurídico tutelado pelo art. I, inc. II, da lei n. 7.170 de 14 de dezembro de 1983.
Adequar suas condutas ao tipo descrito no art. 334, CP, é tratá-los a 'pão de ló'.
Estão incursos nas penas do art. 12, caput, da lei 7.170 de 14 de dezembro de 1983."

Sendo a descrição do fato, na denúncia, típico da conduta descrita no artigo 334, inciso I, do Código Penal e sendo esta, daquelas que admitem fiança de modo a possibilitar ao acusado responder o processo em liberdade, a ***propositadamente errada classificação jurídica dada ao fato***, pelo ilustre representante do zeloso e intrépido Ministério Público Federal, tal como se demonstra, impediu, por ***abuso de poder***, que o mesmo gozasse deste benefício que lhe é assegurado no item LXVI, do artigo 5º, da Constituição Federal, do momento em que a denúncia capitulou, a final, como configurada, a conduta prevista no artigo 12, da Lei referida, que define ***crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social,*** que não admite concessão de fiança — art. 323, I, do CPPB —, impondo ao Recorrente, por adiantado, desnecessário cerceamento de sua liberdade.

O comentário, aqui, não se prende à prisão, mas a classificação do delito.

A denúncia foi recebida, avalizando a ilustre Juíza da 13a. Vara Federal, a inadmissível configuração típica do fato tal como naquela descrito.

E, com efeito, na verdade, a lei impropriamente denominada de *Segurança Nacional,* é, apesar de apresentar inúmeros e abusivos defeitos de generalizações, obscuridades e imprecisões, quanto à sua objetividade jurídica, inquestionável e bem clara: ***visa tutelar***, contra lesão ou perigo de lesão: **I- a integridade territorial e a soberania nacional; II- o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; III- a pessoa dos chefes dos Poderes da União. Está isto expresso, literalmente, sem qualquer possibilidade de interpretação extensiva, no seu artigo primeiro.**

E para esgotar o argumento, basta atentar-se para o constante do seu artigo segundo, "*in literis*":

"Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta Lei:
I — a motivação e os objetivos do agente;
II — a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior."

Está, pois, fora de qualquer dúvida, que ***os motivos e fins do agente devem ser políticos*** e ***a lesão ou perigo de lesão deve dirigir-se aos bens jurídicos indicados no artigo primeiro.***

E à evidência, **o quadro descrito na denúncia desenhou situação totalmente diversa** da ofensa a tais bens jurídicos, motivo bastante para que se esteja impedido de visualizar a mais remota hipótese de configuração de *crime contra a segurança nacional ou a ordem política e social, previsto na Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1983.*

Aliás, a denúncia é demorada nos seus comentários ***às atividades do tráfico de drogas***. A crítica que fez, foi no sentido da sanção relativa ao delito de *contrabando ou descaminho.*

O MPF, inconformado com os limites da Lei, sob a égide do assombro:

"A importação desautorizada de armamento ou munição pode indicar, a princípio, que se trate de mero contrabando. Todavia, previsto o mesmo fato na Lei de Segurança Nacional, deduz-se que haverá situações em que a internação no território nacional de tais materiais coloque em risco mais do que a administração pública, mas a integridade territorial, a soberania, o Estado Democrático de Direito, o regime representativo e democrático, a Federação, etc. Resta-nos saber identificar em que circunstâncias tal risco se fará presente, e neste ponto, há alguns critérios que nos parecem indiscutíveis: a quantidade, a espécie, a destinação do armamento, bem como a situação histórica que situa o momento do crime.
(...)
O crescente e lucrativo comércio de drogas produziu um acúmulo de capital expressivo que se sustenta e se mantém quase que exclusivamente na base da força bélica. O binômio arma/droga se tornou indissociável e explosivo. A criminalidade, à sua moda, se "democratizou" para, hoje ameaçar indistintamente pobres, ricos ou remediados, governantes e governados. Todos, de certa forma, reféns apavorados da força disseminada e sem limite dos criminosos."
As assertivas podem valer como crônica jornalística, até como proposta, mas nunca como dissertação técnico-jurídica. O próprio subs-

critor do texto reconhece isto e escreve: "(...) Dir-se-ia, na esteira dos ensinamentos do festejado Prof. HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, que tais fatos não se subsumem no conceito restrito de segurança nacional. Realmente, o saudoso professor já atentava para a necessidade de não confundirmos segurança nacional com segurança pública (Jurisprudência Criminal, Forense, 1982). A questão que ora se coloca, todavia, é outra: será mesmo o problema da criminalidade das grandes cidades, especialmente a do Rio de Janeiro, hoje, apenas uma questão de segurança pública?"

Veja-se, aí, o declarado posicionamento de proposta de ***política criminal*** do parecerista, eminente representante do MPF, mas que está longe de adentrar, com a propriedade exigível, a área jurídica, simplesmente porque carece de mínimo fundamento legal.

Mas prossegue o texto ao largo da legislação:

"(...) As poderosas quadrilhas de traficantes encontram-se atualmente tão fortemente armadas que seu poder supera o das forças policiais regulares. Todos estamos conscientes dos problemas estruturais pelos quais passam as diversas polícias, problemas estes que só reforçam a premissa da qual derivam: o Brasil e seus Estados Federados estão miseravelmente pobres. Esta penúria se reflete na timidez e na carência do armamento utilizado pelos policiais, na indigência dos veículos e na crônica crise dos recursos humanos. Ao contrário, enquanto as forças institucionais se debatem numa crise interminável, a marginalidade avança, tem acesso aos mais modernos equipamentos bélicos que a tecnologia hoje produz e sobretudo, tem dinheiro para buscá-los, ou para pagar quem busque... ".

E por aí vai o ilustre Procurador, procurando desenhar a configuração do tipo descrito na Lei de Segurança Nacional ao argumento final de que, destinando-se a munição apreendida aos traficantes da cidade do Rio de Janeiro, e tendo estes traficantes criado um verdadeiro Estado Paralelo ao redor de suas "bocas de fumo", onde o ordenamento jurídico vigente não possui o menor valor, tais fatos evidenciam indiscutível lesão à Soberania Nacional, com afronta ao Estado Democrático de Direito.

Inaceitando a aplicação do texto legal oriundo do Poder Legislativo e, motivado por ímpeto pessoal de Justiça, naturalmente afeito ao cidadão comum, S. Exa., o denodado representante do MPF e a ilustrada e laboriosa Juíza, abusando de suas prerrogativas, invadiram as do Poder Legisferante e, com isto, sem se dar conta, violentaram, eles sim (!), o Estado Democrático de Direito,

que constitui a República Federativa do Brasil — Art. 1º, da CF e o Princípio da Reserva Legal. Estes, sim, são interesses jurídicos tutelados pela Lei, ora comentada, e que tem, como atores principais da sua guarda, exatamente, o Ministério Público e o Poder Judiciário — juntamente com os advogados, estes últimos, de acordo com imposição do seu próprio Estatuto.

O perigo desses discursos alarmantes e alardeantes, com enfoques de articulador de artigo de fundo de jornal de grande circulação é o de impressionar o espírito do julgador desavisado do tema e pronto a resolver a tragédia social tal como a legislação nazista do da Alemanha do Nacional-Socialismo a expressão *"conta tudo que consulte o sadio sentimento do povo"*. E lamentavelmente, foi o que aconteceu, quando o STF produziu, por esta provocação insólita Acórdão com a seguinte e perigosa Ementa:

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE RESPONSÁVEL PELA IMPORTAÇÃO DE ARMAMENTO DE USO PRIVATIVO DAS FORÇAS ARMADAS, SEM AUTORIZAÇÃO DA AUTORIDADE COMPETENTE. Configuração do ilícito do art. 12 da Lei n. 7.170/83 (que define os crimes contra segurança nacional). Tipo penal que, contrariamente ao sustentado pelo impetrante, não se confunde com o do art. 334, caput, do Código Penal. Competência do Juiz Federal para julgamento da ação, em primeiro grau, com recurso ordinário para o Supremo Tribunal Federal. Art. 109, IV, c/c 102, I, i, e II, b, da Constituição Federal. Julgado em 13 de maio de 1997.

O erro da decisão é crasso. Foi desatendida a especificidade do tipo penal que orienta o delito contra a segurança nacional.

Quando o Congresso achar que representa a vontade do Povo, considerar a conduta descrita no art. 334, do CPB, na modalidade de *exportar ou importar munições com o fim de abastecer a carga das armas de traficantes*, como *crime contra a segurança nacional*, poderá fazê-lo, e terá, forçosamente, de incluir como violador deste bem jurídico, *o tráfico de entorpecentes*. Nem a lógica legislativa, nem a judiciária, nem a lógica formal comum permitem outro raciocínio.

E foi assim que se manifestou a respeito o Emin. **Min. MAURÍCIO CORRÊA**, seguido pelos Ministros **MARCO AURÉLIO, CARLOS VELOSO** e **NERY DA SILVEIRA** durante o julgamento do HC-73452-9-RJ, citando, para deferir o trancamento da ação penal por falta de justa causa, lição do **Prof. CARLOS AUGUSTO CANEDO GONÇALVES DA SILVA**, *in* "Crimes Políticos", págs. 57/58, Del Rey Editora, Belo Horizonte — 1993, consignou:

"Costuma-se apresentar três teorias ou critérios explicativos do conceito de crime político; critérios estes trabalhados por quase todos os autores.
As primeiras, chamadas objetivas, partem da definição do crime político tendo em vista o bem jurídico lesado ou exposto a perigo de lesão. Assim, são crimes dessa natureza somente aqueles que atentam contra as condições de existência do Estado como organismo político. As teorias subjetivas se baseiam no móvel ou no fim perseguido pelo agente, de modo que, se esse for político, o crime será sempre político, independentemente do bem jurídico lesado. Aqui, o móvel se constitui em fator decisivo. Pode o comportamento ser constituído de um crime comum (homicídio, roubo, etc.), mas o que importa, para sua conceituação como político, é que tenha sido ele realizado por motivação política.
As teorias mistas partem de um critério objetivo, combinando-o com o subjetivo, vale dizer, levam em conta o bem jurídico tutelado e o móvel ou fim que guia o agente".

E arremata o Ministro em seu voto:

"Infere-se que o legislador pátrio adotou o sistema misto, fruto da combinação das teorias objetiva e subjetiva."

E tanto isto é verdade que os crimes políticos, no Brasil, estão enfeixados em lei especial.

Também é do voto citado do Min. CORRÊA, a continuação, a referência ao que "deduz HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, na monografia "Lei de Segurança Nacional" — uma experiência antidemocrática", págs. 21 e 27, Sergio Antonio Fabris Editor, 1980:

A primeira e mais importante questão é a que diz com o conceito de segurança nacional, incorporado à lei. Pode-se dizer, sem sombra de erro, que a intenção do legislador foi a de abandonar a concepção tradicional dos crimes contra a segurança do Estado, introduzindo uma fórmula abrangente de todo e qualquer bem-interesse elevado à categoria de objetivo nacional, como objeto da tutela jurídica nessa espécie de delitos. Essa fórmula simplesmente foi ignorada pelos tribunais, e, felizmente, não funcionou. A análise da jurisprudência revela que os tribunais permaneceram fiéis à concepção liberal, surgida no século das luzes, que sempre identificou essa espécie de crimes como ofensa aos interesses políticos da nação."
(...)

"O especial fim de agir que se consubstancia no propósito de atentar contra a segurança do estado deve ser elementar a todo o crime dessa natureza. Pelo menos os crimes contra a segurança interna, que gravitam em torno da sedição (crimes políticos propriamente ditos), não podem dispensar o propósito subversivo."

E mestre HELENO ainda transcreve ensinamento de **FLORIAN**:

"Doutrinariamente entendemos que, para obter a noção de delito político, devem associar-se os critérios do ***bem*** *ou* ***interesse jurídico*** *e do* ***fim político****. O critério deduzido da qualidade do bem que o delito político ofende é critério primário, posto que penetra intimamente na essência jurídica do delito... mas o critério do direito lesado não basta: o delito deve ser político objetiva e subjetivamente. Quando se considera o delito político... o fim político* ***tem de ser considerado elemento essencial dessa noção****". (EUGENIO FLORIAN,* ***Parte Generale del Dirito Penale****, Milão, Vallardi, 1934, I, 425).*

E retorna o Min. CORRÊA:

"Dentro dessa visão exegética, subsume-se inconcebível a configuração de crime contra a segurança nacional e a ordem política e social quando ausente o elemento subjetivo que se traduz no dolo específico: motivação política e objetivos do agente."

Referências sobre julgados desta Corte foram feitas nesse mesmo sentido, quando do julgamento do Deputado Francisco Pinto — Ação Penal 219, Rel. **Min. XAVIER DE ALBUQUERQUE**, bem como no Conflito de Jurisdição 6.707-RJ — Rel. **Min. MOREIRA ALVES**. Neste último caso, escreveu, com precisão, o Emin. Min. MOREIRA ALVES:

"Não há, no caso, crime contra a segurança nacional, por inexistência de elemento que indique motivação política na ação do réu, nem existe, por outro lado, crime contra o patrimônio militar, uma vez que a arma em causa, embora de uso privativo das Forças Armadas, não é de propriedade destas". (RTJ 127/98."

Aduz, finalmente, o Min. CORRÊA:

"Convenço-me de que os fatos narrados na denúncia não se coadunam com a descrição de qualquer tipo penal previsto na

Lei de Segurança Nacional. Acresce-se, ainda, que o disposto no parágrafo único do art. 12 da citada Lei n. 7.170/83 só pode ser compreendido com o elastério que lhe dá o art. 1º, complementado pelo art. 2º da mesma Lei."

Aproveitando a mesma fundamentação, o Min. CORRÊA posiciona-se no mesmo sentido para a concessão da Ordem no julgamento do HC 73451-1/RJ, também acompanhado à unanimidade. Neste, o Min. CORRÊA também foi definitivo:

"Se algum crime foi perpetrado, nele não vislumbro sequer um mínimo de aptidão objetiva para por em risco a segurança nacional, nem subjetiva, porquanto não demonstrada a intenção dos agentes."

Perante a Segunda Turma do STJ, o Min. **JOSÉ DANTAS** votou vencido no HC 5.462-RJ, no mesmo sentido. Vale transcrever esses trechos do seu voto:

"(...) E ao fazê-lo, adianto que conferi todo o lastro doutrinário e hermenêutico em boa hora esgotado pelos eminentes Ministros do Supremo Tribunal Federal, no recente julgamento do RECrim. 160841, Rel. Min. Sepúlveda Pertence (DJ de 22.09.95), tudo na excogitação de mostrar-se que a Lei de Segurança Nacional, ora vigente, lastreou-se na chamada teoria mista da conceituação do crime político, da forma instituída nos arts. 1º e 2º da Lei 7.170/83.

Confira-se esta feliz síntese do voto do eminente **Min. CELSO DE MELLO:**

"A objetividade jurídica do crime político, tal como vem este definido pela Lei n. 7.170/83, é específica, pois requer, para efeito de sua caracterização, a inequívoca constatação de que o comportamento do agente importou em violação efetiva ou em ofensa potencial aos valores que compõem, em suas múltiplas dimensões, a noção de segurança nacional.
Sem a identificação, necessária e precisa, desse núcleo material da ação delituosa, aferível em função dos preceitos inscritos nos arts. 1º e 2º da Lei de Segurança Nacional, não há como atribuir índole política ao crime praticado pelo agente.
O sistema jurídico brasileiro não conhece o delito político cuja caracterização conceitual resulte, exclusivamente, da motivação do autor

da conduta criminosa. Impõe-se, para esse efeito, que o ato criminoso também ofenda, real ou potencialmente, a segurança nacional, conceito jurídico e político este que, identificando-se nos valores referidos pelos arts. 1º e 2º, II, da Lei n. 7.170/73, constitui o próprio objeto material da proteção penal dispensada pelo Estado aos bens jurídicos pertinentes à organização institucional vigente no Brasil".

Aliás, ao tempo do extinto T.F.R. outro não era o entendimento jurisprudencial, a exemplo de ementa deste teor:

"CONFLITO DE COMPETÊNCIA CRIMINAL. IMPORTAÇÃO DE ARMAS ESTRANGEIRAS, SEM DOCUMENTAÇÃO LEGAL (ART. 334 DO CÓDIGO PENAL). NÃO CONFIGURADO O CRIME CONTRA A SEGURANÇA NACIONAL. O delito político ou delito contra a segurança nacional, conforme a teoria subjetiva, dentre as que pretendem revelar o seu conceito, só se configura quando esta expressa a intenção do ataque à segurança interna ou externa do País, ao lado da evidência dos traços objetivos da importação de armas e munições. "*In casu*", não ficou provada essa particular pretensão do agente. Ele é apenas um desportista de tiro ao alvo, sem qualquer vinculação com pessoa ou grupo subversivo. É o que demonstra a prova dos autos, por isso que o fato delituoso não ultrapassa os limites da importação proibida de que trata o art. 334 do Código Penal. Definida a competência do Juízo Federal da 4ª Vara do Rio de Janeiro (Suscitado)." — CC 5.176, Rel. Min. JOSÉ CÂNDIDO.

Na esteira dessa orientação, no caso dos autos, convenço-me do acerto da natureza comum do crime de contrabando de armas, a estilo de motivação inteiramente estranha aos dados objetivos e subjetivos que, segundo aquele lastro, distinguem o crime político quando o tipo especial possua correlação na lei geral.

Realmente, por maior que seja a correlação que merecem os fundamentos do v. acórdão, aqui reforçados pelas excelentes achegas do parecer, a indagação da motivação e do objetivo da ação do paciente se distanciam da natureza política a considerar, segundo mesmo a contextura do fato descrito na denúncia; isto é, a afirmação de que os denunciados fizeram "introduzirem em nosso território, clandestinamente, 30 mil cartucho de munição de procedência estrangeira, de importação proibida, próprios para fuzis AR-15 e AK-47, privativos das Forças Armadas, que seriam vendidos pelos acusados aos traficantes de tóxicos desta cidade" — fls.16.

Portanto, voltando-se à indagação da natureza política da motivação e do objetivo do denunciado contrabando de armas, certamente que não tem como identificá-la pela qualificação dos destinatários (traficantes de tóxicos da cidade do Rio de Janeiro)."

Em parecer mais recente, no RECrim. 1468-5/200-RJ, STF, o Subprocurador-Geral da República, **EDSON OLIVEIRA DE ALMEIDA**, calcado em outro parecer da Procuradoria da República da 2ª Região — RJ, da lavra do culto **Dr. JOÃO PEDRO SABOIA BANDEIRA DE MELLO FILHO,** escreve em determinado trecho da sua bem fundamentada cota:

> "2. Penso que o parecer da d. Procuradoria Regional da República às fls. 1.040/1.066, demonstra fundamentadamente que a conduta imputada ao recorrente não pode ser qualificada como delito político.
> 3. Ensina Nelson Hungria que os crimes políticos são aqueles dirigidos, subjetiva e objetivamente, de modo imediato, contra o Estado como unidade orgânica das instituições políticas e sociais ("Comentários ao Código Penal", 4ª ed., Rio, Forense, 1958, v. I, p. 187). Dentro desta perspectiva, anota HELENO FRAGOSO que "não há crime contra a segurança nacional sem que a ação seja praticada com especial fim de agir (dolo específico) que é, no caso, o propósito de atingir a segurança nacional. Esse fim de agir é elementar a todo crime político, como é trivial. (...) A segurança interna compreende a inviolabilidade do regime político vigente, a existência e a incolumidade dos órgão supremos do Estado. Quando se fala em segurança nacional, nas leis que definem os crimes contra o Estado e a ordem política ou social, cogita-se de um bem jurídico que se refere ao estado de segurança política e social do país, em sua estrutura jurídica, ou seja, em sua estrutura constitucional. Não se cogita de todo e qualquer fato que atente contra os interesses sociais, a ordem e a segurança pública." — Jurisprudência Criminal, 1º vol., 4ª ed., Rio, Forense, 1982, p. 390-1).
> 4. Destarte, a despeito do esforço da Procuradoria da República e da sentença, não está demonstrada a tipificação do crime contra a segurança nacional, desde que ausente o especial fim de agir consistente no propósito de atentar contra a segurança do Estado, que é elemento subjetivo do injusto, elementar à ilicitude penal (HELENO FRAGOSO. Lei de Segurança Nacional: uma experiência antidemocrática. Porto Alegre, Fabris, 1980, p. 28). A exegese adotada pela sentença não pode prevalecer, pois, como ressalta, com razão, o d. parecer da Procuradoria Regional da República, "mediatamente, qualquer atentado a segurança pública pode ter reflexos na segurança nacional, já que sem garantia da ordem pode sucumbir o Estado de Direito". E, ainda como leciona Nelson Hungria, "não se deve considerar crime político aquele que,. Embora direta ou indiretamente ofenda a ordem política, não visou, de modo algum, nem mesmo eventualmente, a tal resultado, salvo quando a lei, de modo expresso, reconhece o crime político" (A Criminalidade Política no Direito Brasileiro. Rev. Forense, p. 188, n. 7, mar./abr. 1960)."

Este julgado, ora *sub examen*, que tenta inovar, de modo perigoso, a interpretação correta dos tipos inscritos na Lei de Segurança Nacional, desatendendo grosseiramente ao seu ***especial fim de agir***, no conteúdo do ***elemento subjetivo*** que torna o ***dolo*** de todas as suas hipóteses, ***específico***, é uma forma de retroagir nossa cultura penal a antes do tempo do da Lei de Segurança Nacional da ditadura. Mas mesmo naquele tempo, esse equívoco técnico, mesmo sob o pretexto do regime de exceção, jamais foi cometido! Ilustra esta afirmação a Decisão de 05.09.1952, na Apelação Criminal 1.481 — D. Federal, sendo relator o Min. **LAFAYETTE DE ANDRADA**. O parecer do Procurador Geral foi no sentido da defesa, para a desclassificação do delito. Disse ele:

> "Julgando um caso idêntico em sessão realizada no dia 20 de junho último, este Colendo Supremo Tribunal, decidiu que estando esse crime subordinado à rubrica da lei que o prevê, ou seja, que "define crimes contra a personalidade internacional, a estrutura e a segurança do Estado e contra a ordem social" é indispensável o reconhecimento e a prova do dolo específico do agente, não se podendo deixar de apreciar psicologicamente o acusado, pois o crime só se caracteriza se estiver provado ou pelo menos indiciado, o fim ou a intenção do atentado contra a segurança nacional ou contra a ordem política ou social.
> Isso se deu por ocasião do julgamento da apelação criminal n. 1479, da qual foram relator e revisor, respectivamente, os eminentes Ministros Ribeiro da Costa e Ademar de Vasconcelos, e a decisão foi tomada por unanimidade de votos, não tendo sido porém, ainda, publicado o V. Acórdão respectivo.
> No caso presente também não vislumbramos no processo provas ou indícios desse dolo específico do agente, ou seja, de que o Apelante tinha como fim o atentado contra a segurança nacional ou contra a ordem política ou social, e assim, não vemos como possa prevalecer a condenação que lhe foi imposta."

E o voto do Min. Lafayette de Andrada fez constar:

"Estou de acordo com o parecer do Dr. Procurador Geral. Já entendemos recentemente, que o crime previsto no inciso 18 do artigo 3º do dec.-lei 431 de 1938, exige a prova ou o indício do dolo específico do ajuste, isto é, que tenha a finalidade de atentar contra a segurança nacional ou contra a ordem política ou social. Ora, na hipótese isso não ocorreu. O apelante nada fazia, não promovia agitações. Apenas, em seu automóvel foi encontrada uma arma considerada de guerra, uma pistola "Colt".

Não vejo, em absoluto, caracterizado o crime definido no dec.-lei 431. Dou provimento para absolver o réu do crime previsto no referido dec.-lei, e devolvo os autos ao Tribunal de justiça para apreciar as provas sobre a existência ou não, da contravenção de porte de arma."

Além do mais, para orientar a cabeça dos que podem entrar em injustificável dúvida, pelo odioso convencimento dos discursos sobre o errado e o acerto do que deve ser sendo o que deve ser o que pregam, traga-se a colação a Lei de Desarmamento, n. 9.437, de 20 de fev. de 1997 (que institui o sistema nacional de armas — SINARM —, estabelece condições para o registro e para o porte de armas de fogo, define crimes e dá outras providências) que, no seu art. 10 prescreve: "*Possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.*" Pena: detenção de um a dois anos e multa. E no seu parágrafo segundo, lê-se: "*A pena é de reclusão de dois a quatro anos e multa, na hipótese deste artigo, **sem prejuízo da pena por eventual crime de contrabando ou descaminho, se a arma de fogo ou acessórios forem de uso proibido ou restrito**.*"

Mais uma vez a legislação confirma a fácil distinção entre crime contra segurança nacional e contrabando, que se torna de compreensão primariamente acadêmica.

Portanto, não pode mais perdurar e, muito menos, prosperar, ação penal que se processa de modo a que o acusado não possa se defender de uma ***acusação legal***. Por *acusação ilegal* entende-se não só aquela que viola o Princípio da Legalidade (inepta), engendrada arbitrariamente, por força de uma ***"lei penal particular"***, que cria figura punível não contemplada no Direito Positivo do País, mas também a ***abusiva***, a que não tem um mínimo de fundamento factual comprovado, puro delírio de quem acusa. E o processo que prospera por conta de um ou de outro tipo de imputação não pode prevalecer, porque contaminará tudo o que lhe sucede do mesmíssimo defeito. O *abuso da denúncia* é assunto candentemente profligado em lapidar lição do saudoso

professor Heleno Cláudio Fragoso que vale a pena transcrever, por se ajustar como luva à hipótese vertente:

"Não se cogita, aqui, de ilegalidade em sentido estrito: a denúncia pode ser formalmente incensurável. Cogita-se, isso sim, de abuso de poder, ou seja, de desvio dos deveres do próprio ofício, na prática arbitrária de um ato legal. O abuso de poder é em suma, o mau uso de poder na denunciação, quando o Ministério Público, inteiramente fora da realidade e sem qualquer elemento de convicção, inicia o procedimento criminal. A isso se referia o Min. **OROZIMBO NONATO**, quando, no julgamento do HC-32.203, afirmava que "há falta de justa causa que justifica a concessão do habeas corpus, quando o fato nem mesmo em tese constitui crime, *ou **quando, configurando uma infração penal, resulta de pura criação mental da acusação***" (RF 150/393). Essa última parte é clara definição do abuso de poder de denúncia, que parte de um oferecimento que não repouse num mínimo de prova a lastrear a descrição acusatória." (in "Jurisprudência Criminal", ed. José Bushataky, 3a., 1979, vol. 1, n. 176, p. 176).

No caso em que se comenta a configuração forçada de determinado tipo penal, curiosamente, a denúncia se declara ***abusiva*** no seu próprio corpo, ao reconhecer que, embora configure o fato que descreveu a hipótese legal prevista no art. 334, do CPB, transmuda vertiginosamente a acusação, por conta exclusiva do humor de quem a subscreveu, para errônea, delirante e arbitrária classificação jurídica de ***conduta contra a Segurança Nacional!***

O Pleno do STF está julgando, agora, RECrim. em torno ao mesmo tema. A votação está empatada: UM A UM, com pedido de vista. Torcemos pela competência dos nossos Ministros Supremos — únicos que podem errar como se estivessem acertando — declarar a Justiça, segundo o Estado Democrático de Direito e o Princípio da Legalidade, onde a Lei deve prevalecer. E dela é que advém todos os conceitos do relacionamento social, inclusive o de liberdade. Não teria sentido ter a liberdade outra significação, senão a legal, ou seja, aquele estado da cidadania em que cada um pode *fazer* tudo aquilo que a lei não proíbe e *deixar de fazer* tudo o que ela não manda. Sabemos que a Democracia não nasce por decreto nem o democrata nasce democrata. Um democrata é produto da cultura e da civilização do povo, do qual é parte. Assim também a excelência da magistratura. Da mesma forma que há democratas isolados, por sua própria conta de formação, educação e cultura, há magistrados excelentes, por conta de idênticos fatores. De um modo geral, o Supremo Tribunal Federal, ao longo da sua história, tem demonstrado ser um tribunal de

bom juízo. Mas é fora de dúvida que a magistratura, tal qual como o resto do povo, não está ainda preparada para a democracia. E quando se fala em democracia, quer-se dizer do seu conjunto de vertentes: a democracia política, a democracia econômica, a democracia judicial e a democracia cultural.

Quanto aos empolgados discursos sobre o aumento do consumo de drogas no mundo inteiro e sua repressão cada vez mais radical, é bom lembrar que a lei não cria, a lei expressa. A repressão não evita nem emenda. A prisão é um transtorno como despesa sem retorno e uma indignidade indisfarçável para a sociedade, como a degradação do Homem. A tendência do Direito Penal é a descriminalização, concomitante a diminuição, ao máximo, das penas privativas de liberdade e o aperfeiçoamento das penas alternativas. O penalista de escol sabe, sem enganos e sem segredos, sem hipocrisia e sem paixões que o combate eficiente ao narcotráfico só ocorre de uma única maneira: todas as nações vitimadas concordarem em liberar as drogas para venda oficial a preço de origem, com o cadastro dos seus consumidores para efeito de avaliação e controle sociais, bem como o tratamento voluntário. O interesse do *lucro* é esvaziado; acabou-se o interesse da exploração. O resto é educação.

Direito Processual

PROCESSO CIVIL E PROCESSO PENAL: MÃO E CONTRAMÃO?

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. Ao longo dos anos, variando com o tempo e o lugar, o processo civil e o processo penal caminharam juntos e caminharam separados; enquanto caminhavam separados, ora trilharam itinerários paralelos, ora itinerários — em maior ou menor medida — convergentes ou divergentes. Não é nem poderia ser nosso propósito recapitular na íntegra a história desses vaivéns. Aqui nos vamos cingir a registrar algumas observações relativas aos traços mais visíveis com que o movimento de um e de outro processo vem modelando o panorama legislativo e doutrinário deste último século, ou século e meio.

Voltemos primeiro os olhos para uma época em que ainda tinha fundas raízes na mentalidade dominante a concepção do processo como mero reboque daquilo a que longa e persistente tradição costumava aplicar a denominação de "direito", *tout court.* Simplificando um pouco as coisas, diríamos que se via no processo civil simples apêndice do direito civil, e no processo penal simples apêndice do direito penal. Consideremos, ademais, a atmosfera em que se banhava o direito civil, ao sopro de impetuosos ventos filosóficos, políticos e econômicos. Conforme bem se sabe, ela o impregnava todo de um individualismo aderente ao dogma da autonomia da vontade e submisso ao princípio da disponibilidade dos direitos subjetivos. Era natural que uma visão assim condicionada localizasse esse ambiente no antípoda daquele outro em que se manifestavam os fenômenos da criminalidade e da respectiva repressão pelo Estado *juge et gendarme.* Nem podia surpreender, por conseguinte, que pouco se enxergasse de comum entre o processo civil e o processo penal.

2. Quais eram, com efeito, as características principais do processo civil, tal qual prevalecia, quase incontrastado, no continente europeu e nas regiões

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Presidente do Instituto Ibero-americano de Direito Processual.

dele tributárias? Uma expressão corriqueira em certa literatura pode servir de divisa à constelação de idéias que o iluminava: o processo civil era "coisa das partes". Queria isso dizer, em apertada síntese, que aos litigantes, e só a eles, competia não só a iniciativa de provocar o funcionamento da máquina judiciária, mas também a marcação do ritmo em que ele havia de mover-se, a determinação das matérias de que devia ocupar-se o órgão julgador, a escolha dos meios de que este poderia utilizar-se para resolver a contenda. Ao juiz reservava-se o papel de árbitro adstrito à mais rigorosa neutralidade — entendida semelhante expressão não como simples abstenção de favorecer indevidamente uma das partes, senão como atitude de passividade no desenvolvimento do pleito e de indiferença pelo respectivo desfecho.

No quadro pintado alguém poderá achar grosso demais este ou aquele traço; ora, é decerto acadêmica a hipótese de que se tenha visto reproduzir com exatidão, na vida real, qualquer dos modelos abstratos, forçosamente simplificados, de que se vale o jurista, neste campo como em tantos outros, por amor à comodidade da exposição; porém o relevo nela dado ao comum, ou ao essencial, não condena a pintura por falsa. Inegável é que o processo civil se desenvolvia sob o signo privatístico — padrão cultural de que ainda se descobrem resíduos na linguagem jurídica de hoje: na França, por exemplo, até os nossos dias, usa-se batizar de *droit judiciaire privé*[1] o ramo do direito que trata da matéria.

3. Diversamente se passavam as coisas na esfera do processo penal. Neste, o de que se cuidava em substancia era de uma atividade destinada a fazer efetivas as sanções cominadas na lei para quem praticasse ato previsto como crime. A necessidade do processo decorria do princípio consoante o qual ninguém podia ser submetido a uma sanção penal sem prévio julgamento *(Nulla poena sine iudicio).* Titular do *ius puniendi,* o Estado tinha de ser aí o protagonista; ou, mais exatamente, tomava a seu cargo as *duas* funções principais: a de acusar e a de julgar. Em princípio, cada uma dessas funções se devia atribuir a um órgão: a de acusar, ao Ministério Público; a de julgar, ao juiz. Nem sempre, contudo, a separação foi rigorosa: não poucos ordenamentos misturaram e até confundiram, ao menos parcialmente, o exercício de uma e o de outra função.

Não foi por acaso que se discutiu com calor, sobretudo na doutrina alemã e na italiana, se no processo penal existiam realmente partes e, no caso afirmativo, a quem se deveria reconhecer tal posição. Borbotaram teses para todos os gostos: houve quem sustentasse que se estava diante de um processo sem partes, quem cogitasse de um processo com "parte única", e — subdividindo esta

1 Assim se intitulam, na moderna literatura francesa, obras importantes como o manual de HÉRON, Paris, 1991, e a vasta exposição sistemática de SOLUS e PERROT, Paris, t. I, 1961; t. II, 1973; t. III, 1991.

corrente — quem negasse a qualidade de parte ora ao acusador (normalmente, o Ministério Público), ora ao acusado, visto antes como "meio de prova", isto é, como *objeto,* do que como *sujeito* do processo. O debate, que avançou bastante pelo século atual,[2] não pode aqui ser descrito em minúcias, e muito menos analisado em profundidade.[3] É provável que em boa medida as divergências brotassem da diversidade dos entendimentos atribuídos à palavra "parte";[4] e algumas se prendem de maneira especifica à relutância em aceitar que conceitos do processo civil sejam trasladados tais quais para o processo penal.[5] Seja como for, o só fato de ter grassado a discussão bastaria para dar uma idéia expressiva da distancia que mediava entre as imagens de um e de outro.

4. Que nesse ínterim o mundo experimentou mudanças radicais é afirmação que faria boa figura numa enciclopédia de lugares-comuns. Mas talvez não peque tão gravemente pelo excesso de obviedade a consideração do modo como evoluíram as idéias no particular terreno que estamos aqui pisando.

Alguns tópicos desde logo se impõem à atenção dos estudiosos. Para começar pelo processo civil, não seria razoável deixar de levar em conta, entre outras coisas, que: *(a)* em numerosos ordenamentos, a matéria de que nele se

2 Na tradução espanhola dos *Principi di diritro processuale penale* de FLORIAN, publicada em Barcelona em 1934, sob o título *Elementos de derecho procesal penal,* com prólogo do autor redigido especialmente para tal publicação e datado de 1933 (págs. 5/6), ainda se lê, no presente do indicativo: "*En torno a la cuestión sobre la existencia de partes en el proceso penal se discute vivamente y lo mismo, cuando la respuesta es afirmativa, sobre qué sujetos procesales poseen aquella calidad*" (pág. 90). Entretanto, o *cadice di procedura penale* de 1930 já tomara posição na matéria, incluindo no Titulo III do Livro I (sob a rubrica *"Delle parti"),* quer as disposições atinentes ao M.P. (arts. 73 e segs.), quer as relativas ao *imputato* (arts. 78 e segs.).

3 Para uma ampla exposição, *vide* GUARNERI, *Las partes en el proceso penal,* trad. esp., Puebla (México), s/d, págs. 20 e segs., esp. 23 e segs. Claro resumo em VIADA—ARAGONESES, *Curso de Derecho Procesal Penal,* 4ª ed., Madri, 1974, vol. I, págs. 118 e segs.

4 Entre nós, ressalta ao propósito essa equivocidade HELIO TORNAGHI, *Instituições de processo penal,* 2º vol., 2 ed., S. Paulo, 1977, pág. 414.

5 Assim FLORIAN, ob. cit. (nota 2), pág. 91, que contrapunha ao antagonismo a seu ver característico das posições das partes no processo civil a eventual inexistência dele no penal, *"como cuando el M.P. concluye pidiendo la absolución del procesado".* Até hoje, há na Itália quem só reconheça ao M.P. a condição de parte na atividade posterior às *"indagini preliminari",* não porém nestas, porque aí também compete ao órgão proceder a *"accertamenti su futti e circostanze a favore della persona sotroposta alle indagini" (codire di procedura penale* de 1988, art. 358): nesse sentido CRISTIANI, *Manuale del nuevo processo penale,* 2 ed., Turim, 1991, pág. 304; *aliter* PISAPLA, *Lineumenti del nuevo processo penale,* Pádua, 1989, pág. 20. Na Alemanha já se invocou a possibilidade de manifestar-se o M.P. a favor do réu, e até recorrer em benefício deste, para impugnar pura e simplesmente o uso da palavra *Partei* no processo penal: assim KERN — ROXIN, *Strafverfahrensrecht,* 13ª ed., Munique, 1975, pág. 77 (vide também pág. 41).

cuida, longe de restringir-se ao direito civil, ou (em termos mais gerais) ao direito privado, abrange conflitos de interesses cuja composição se faz à luz de normas de direito público (constitucional, administrativo, tributário, internacional) — área onde a regra é a da *indisponibilidade* das relações jurídicas; *(b)* no próprio direito civil, não foram poucas as concessões que precisou fazer o princípio da autonomia da vontade (o chamado "dirigismo contratual" é somente um exemplo entre tantos), nem os recuos a que se viu sujeito o território ocupado pelos direitos disponíveis; *(c)* de qualquer sorte, ainda onde prevaleça a disponibilidade, uma coisa é reconhecê-la *à relação jurídica litigiosa,* outra, bem diversa, é estendê-la *à atividade do mecanismo estatal* a que porventura recorram os interessados para pedir-lhe que resolva o litígio;[6] *(d)* o desfecho de um pleito civil pode afetar, e com freqüência afeta, na vida da sociedade, zonas mais extensas do que aquela em que trafegam os interesses pessoais dos litigantes.

Não era preciso chegar aos extremos a que chegaram os ordenamentos ditos socialistas para fazer sair da sombra em que jazia o elemento publicístico do processo civil. Mesmo em ambientes culturais que se mantiveram fiéis à distinção entre o público e o privado, uma progressiva mudança de enfoque, na ciência e na legislação, viria a redesenhar em pontos importantes o perfil tradicional do processo civil.

5. O processo penal, por seu turno, não passou incólume pelas vicissitudes dos tempos modernos. Experiências trágicas ensinaram a que catástrofes podia conduzir a exacerbação da tendência a dar ênfase unilateral aos interesses do Estado e a minimizar a posição do réu. A lembrança viva de recentes abominações marcou as reconstruções normativas que sobrevieram à derrocada de regimes autoritários: em boa parte da Europa, depois da segunda guerra mundial; em vários países da América Latina, ao longo das últimas décadas do século. Assumiu dimensões inéditas a preocupação com as garantias da defesa. A isso veio somar-se, em época mais próxima, forte e generalizada inclinação a reputar errônea (e sobretudo irrealística) a insistência numa política criminal assente sobre a premissa de que o poder público não pode deixar de levar até o derradeiro impulso, sob quaisquer circunstancias, a persecução de todo aquele a quem se atribua a prática de infração penal. Ganhou corpo o pensamento de que, ao menos em hipóteses de pequena gravidade, melhor seria favorecer uma solução consensual, capaz — além de tudo — de abreviar os processos, atenuar

6 É de justiça assinalar a contribuição decisiva que deu na Itália a essa distinção fundamental CARNACINI, no clássico ensaio — ainda hoje atual por mais de um aspecto — *Tutela giarisdizionale e tecnica del processo, in Studi in onore di Redenti,* Milão, 1951, vol. 11, págs. 693 e segs.

a sobrecarga de trabalho dos órgãos judiciais e até impedir, em certa medida, o contínuo agravamento do sério problema da superlotação carcerária.

Não parece correto desprezar, como fator dessa evolução, o influxo de idéias e práticas do mundo de *common low,* sobretudo dos Estados Unidos. As razões de tal influência — ou, mais exatamente, do grau que ela alcançou — são fáceis de compreender por quem tenha em vista a contemporânea impregnação de toda a cultura universal por valores e padrões característicos da civilização norte-americana. A propósito: há veementes indícios de que, em determinados casos, tem sido indireta a recepção do modelo na América Latina: dir-se-ia que certas radiações nos atingem depois de refletidas no espelho continental europeu, em particular no direito italiano, mais conhecido entre nós.[7]

6. Para não alongar mais os prolegômenos, vamos logo a um tema específico que habitualmente ocupava lugar central em qualquer confronto entre os dois tipos de processos: o tema da verdade. Deixaremos aqui de lado as teorias céticas que negam a possibilidade, ou a relevância, da correspondência entre os resultados a que pode aspirar a instrução probatória e a realidade dos fatos. Ao menos em sua versão mais radical, tal maneira de pensar logicamente conduz à total de desvalorização da prova no processo e autoriza a conclusão de que, sendo inúteis quaisquer esforços para reconstituir os acontecimentos, é absurdo desperdiçar nessa vã empresa tempo, dinheiro e energias: mais vale decidir nos dados a sorte do pleito.

7 Não é de agora que a Itália — aparentemente mais que qualquer outro país europeu — vem dando sinais de propensão a avizinhar-se, no particular, da órbita anglo-saxônica. Já há mais de vinte anos se assinalava o fenômeno: *"Sia pure m forma non sempre dichiarata, d processo di* "common law" *viene, da varie parti, continuamente proposto come modello anche in Italia, in particolare oggi che la riforma del cadice di procedura penale assume speciale attualità"* (SCAPARONE, "Common law" *e processo penale,* Milão, 1974,pág. 153). Não faltará quem descubra nessa passagem rasgos proféticos à vista de alguns textos do código de 1988. Conforme bem se compreende, as apreciações variam. PISAPIA, ob. cit. (nota 5), págs. 14/5, embora admita que se diz *"cosa esatta"* quando se faz derivar de modelo comum (o chamado acusatório) a inspiração do novo processo penal italiano e a do anglo-saxônico, assevera que a opção "*si riallaccia alla migliore dottrina italiana e, storicamente, alla genuina tradrzione romanistica*" (*vide,* porém, na pág. 61, com particular referência ao instituto da *"applicazione della pena su richiesta delle parti"*, o reconhecimento do parentesco entre ele e *o plea bargain*). Por sua vez, falando da lei de 1987 que delegara ao governo o poder de decretar o novo código, AMODIO, *Il modello accusatono statunitense e il nuovo processo penale italiano: miti e realtà della giustizia americana,* no vol. *Il processo penale negli Stati Uniá d'America,* ed. Amodio e Cherif Bassiouni, pág. VII, imputava a uma "*anticultura della comparazione"* a ditusão do *"stereotipo del "processo alltamericana" come meta obbligatoria nella riforma della giustizia penale".* Seja como for, basta folhear o próprio volume para perceber quanta atenção se dedicou, na reforma, às peculiaridades do processo penal norte-americano.

Semelhante posição repugna ao senso comum e vai ao arrepio da experiência universal. A generalidade dos seres humanos atribui à venda posta sobre os olhos da Justiça a função de evitar discriminações em que ela correria o risco de incidir se fixasse a vista em características pessoais dos litigantes, por hipótese não relacionadas com a causa *sub iídiche:* a situação econômica, os atributos físicos, as convicções políticas ou religiosas... Jamais se terá pensado em ver naquele símbolo a sugestão de que a Justiça deve golpear às cegas, sem preocupação alguma com o que realmente possa ter acontecido, as pessoas sujeitas a seu julgamento. Crença desse jaez não se compadeceria com aquela mínima confiança popular na legitimidade das instituições, indispensável para manter de pé uma sociedade. Ainda que nos obstinemos em recusar todos os argumentos racionais que infirmam a tese, teremos de reconhecer, quando nada em perspectiva prática, que sobre ela, na vida social e particularmente no campo jurídico, nenhuma construção sólida se pode levantar.

De resto, não há notícia de ordenamento, antigo ou moderno, em que os pronunciamentos judiciais fiquem pura e simplesmente dispensados de qualquer ligação com os fatos a que dizem respeito e não pressuponham meio algum de formar no espírito do julgador uma representação, mais ou menos fiel, explícita ou implícita, desses fatos. Até nas ordálias ou "juízos de Deus", a circunstância de sucumbir o acusado na prova a que se submetia era olhada como sinal certo de sua culpa — e com base nisso é que se lhe infligia a pena. Temos o direito de tachar de grotesco o modo que se entendia idôneo à descoberta da verdade, mas seríamos injustos se acusássemos de cepticismo gnoseológico a mentalidade da época.

Guardemos, então, a idéia de que, nos julgamentos judiciais, os órgãos incumbidos de decidir não estão simplesmente delirando, ou comprazendo-se num jogo de faz-de-conta, quando supõem que o material probatório colhido lhes dá algum acesso à verdade. A uma verdade, apressemo-nos a ajuntar, certamente imperfeita, limitada, aproximativa, tosca se quiserem, mas verdade em todo caso — algo, enfim, suscetível de ministrar à decisão base menos assustadora que a mera tentativa de adivinhação ou o ostensivo exercício do arbítrio.

7. Pois bem: doutrina muito difundida costumava estabelecer, ao propósito, diferença importante entre o processo civil e o penal. Dizia-se que aquele podia contentar-se com a chamada "verdade formal", ao passo que este devia buscar sempre a "verdade material" ou "real".[8] Para pôr em realce a distinção,

8 O asserto era moeda corrente na doutrina peninsular de meados do século: *vide,* entre outros, VANNINI, *Manuale di diritto processuale penale italiano,* 4ª ed., Milão, 1950, pág. 16; DE MARSICO, *Lezioni di diritto processuale penale,* 3ª ed., Nápoles, 1952, pág. 173; BELLAVISTA, *Lezioni di diritto processuale penale,* 3ª ed., Milão, 1965, pág. 152. E ecoa ainda na

argumentava-se que, no processo civil, fenômenos como o da preclusão, o das presunções legais e o da inadmissibilidade de tal ou qual prova nesta ou naquela matéria são capazes de barrar o caminho para a apuração completa dos fatos, compelindo o juiz a sentenciar com apoio em elementos que não refletiriam senão "uma parte" da verdade. No processo penal, ao contrário, a pesquisa haveria de ser tão ampla e desembaraçada quanto possível; daí, por exemplo, a existência de regras como a do art. 155 do Código de Processo Penal brasileiro: "No juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas serão observadas as restrições à prova estabelecida na lei civil".[9] Não faltava quem, para justificar a desigualdade, invocasse uma suposta diferença de gravidade nas conseqüências de eventual condenação do réu, passível num caso de prejuízos exclusivamente patrimoniais, noutro da privação da liberdade.

Consoante se demonstrou mil vezes, a tese, posta nesses termos, era insustentável, e o argumento invocado pouco valia. Basta lembrar que nem todas as condenações criminais se traduzem na imposição de pena privativa da liberdade — e nas hipóteses de multa é igualmente o patrimônio do condenado que sofre. Por outro lado, podem ser gravíssimos para a pessoa do réu, e às vezes não só para ela, os corolários não patrimoniais de uma condenação civil, digamos no âmbito do direito de família: pense-se, *v.g.*, na sentença que destitui alguém do pátrio poder. Bem vistas as coisas, em *qualquer* processo constitui pressuposto de boa decisão, em linha de principio, o melhor conhecimento possível dos fatos relevantes, embora razões de política legislativa nos imponham, aqui e ali, a renúncia ao integral esgotamento das fontes de informação.

Dito isso, não estamos impedidos de reconhecer que, de fato, tradicionalmente, legisladores e juristas pareciam supor que, em regra, convinha dar à averiguação dos fatos dimensão mais larga no processo penal que no civil.

mais moderna produção científica brasileira: lê-se, com efeito, em obra merecidamente prestigiosa de exposição sistemática do nosso ordenamento processual penal, que, "vigorando no Processo Penal o princípio da verdade real, é natural que não deva, em princípio, haver qualquer limitação à prova, sob pena de ser desvirtuado aquele interesse do Estado na justa atuação da lei"; o autor, em seguida, cita DELLEPIANE para afirmar que "a atitude do Juiz no cível (...) é, em certo modo, passiva, e a prova reveste, então, o caráter de uma confrontação" (TOURINHO FILHO, *Processo penal,* 3º vol., 12ª ed., 1990, pág. 207). No Uruguai, JAIME GREIF, *Manual de Derecho Procesal Penal,* Montevidéu, 1997, pág. 118, aponta como tradicional a contraposição, embora assinale que nos tempos modernos ela *"tiende a reducirse y ann a anularse"*.

9 Não é só a doutrina que, no Brasil, costuma ceder com facilidade à tentação de "italianizar-se": o legislador também. O art. 155 do atual código pátrio nada mais é que a tradução quase literal do art. 308 do estatuto peninsular de 1930: *"Le limitazioni che le leggi civili stabiliscono relativamente alla prova (c.c. 2697 s; c.p.c. 115 s.) non si osservano nel procedimento penale, eccettuate quelle che riguardano lo stato delle persone"*. Cf., agora, o art. 193 do código em vigor.

Deixando de lado as inadequadas e despistadoras expressões que certa subliteratura cunhou para designar o fenômeno, diríamos que se tendia a exigir algo mais do juiz penal que do civil, no momento de sentenciar, quanto à convicção de estar fundado na realidade.[10] A sentença que se tinha em mente era, por excelência, a condenatória: parecia inconcebível que alguém pudesse ver-se apenado sem a categórica demonstração da culpa. Mas o raciocínio era aplicável, *matutais matardes,* à sentença absolutória: ao menos em principio, com a obvia ressalva do *In dúbio pró Re,* tampouco se enxergaria numa absolvição sem qualquer respaldo na apuração dos fatos o desfecho mais adequado para o processo.

8. A evolução mais recente denota clara mudança de perspectiva. De um lado, acentua-se, no processo civil, a propensão a aprimorar os mecanismos da prova e, com isso, propiciar uma correspondência mais exata entre a fundamentação In *fato* da sentença e a realidade histérica. Pelo menos quatro sinais apontam em tal sentido: *(a)* o desfavor em que vem caindo o antigo principio da enumeração *taxativa* das provas utilizáveis, já substituído, em várias legislações, pelo da *atipicidade* dos meios de prova;[11] (b) o incremento dos poderes instrutórios exercitáveis de oficio pelo órgão judicial;[12] (c) a progressiva redução, quando não o abandono, das constrições impostas pelo velho sistema da

10 Ainda em nossos dias, lê-se em obra de singular importância na literatura argentina que, conquanto as denominações "verdade real" e "verdade formal" não *"apunten a conceptos diferentes de lo que se entiende por verdad"*, o direito processual penal "objetiva *más la averiguación de la verdad que otras regulaciones juridico-procesales, por la trascendencia que en él tiene el interés público (estatal), el cual desplaza al interés privado por la averiguación de la verdad"* (JIJLIO MAIER, *Derecho Procesal Penal argentino,* Buenos Aires, 1989, t. 1b, pág. 572, destaque do original).

11 *V.g.,* art. 332 do Código de Processo Civil brasileiro: "Todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa". Cf, com redação mais sintética e de melhor técnica, o art. 32 da Lei nº 9.099, de 26.9.1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais previstos no art. 98, nº 1, da Constituição da República: "Todos os meios de prova moralmente legítimos, ainda que não especificados em lei, são hábeis para provar a veracidade dos fatos alegados pelas partes". Cumpre notar que também no processo penal se deparam regras análogas, a excluir a taxatividade das provas expressamente disciplinadas: por exemplo, o art. 189 do código italiano de 1988.

12 *Vide,* entre as legislações processuais 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. Ouanto ao Brasil, art. 130 do Código de Processo Civil e art. 5º da Lei nº 9.099. Cf. o Código-tipo de Processo Civil para a América Latina, do Instituto Ibero-Americano de Direito Processual, arts. 33, 4º, e 34.2.

"prova legal" à valoração dos elementos probatórios pelo juiz; (d) a atribuição aos membros da coletividade em geral do dever de contribuir para a cabal apuração dos fatos.[13] A vista desses e de outros fenômenos, pode afirmar-se, em termos intencionalmente esquemáticos, que a verdade (imperfeita, limitada, aproximativa, tosca que seja) passou aqui a ser ainda mais importante do que era.

Já o processo penal, em mais de um aspecto, dá a nítida impressão de caminhar antes no sentido oposto. Duas circunstancias, pelo menos, justificam semelhante impressão em ordenamentos contemporâneos: a inclinação para restringir, em vez de ampliar, a atuação do juiz no campo da instrução probatória,[14] e a limitação, em regra, das provas suscetíveis de consideração pelo órgão julgador às produzidas na sessão oral de julgamento, com exclusão das colhidas nas fases preliminares do feito.[15] Acrescente-se ao que ficou dito um traço inerente a modalidades de solução consensual do processo-crime, hoje vistas em geral com bons olhos: se, de acordo com a lei, o acusado pode aceitar

13 É oportuno citar, do Código de Processo Civil brasileiro, os arts. 339 ("Ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade") e 341, nº I ("Compete ao terceiro, em relação a qualquer pleito, informar ao juiz os fatos e as circunstâncias de que tenha conhecimento"). São disposições de escassa repercussão, até agora, na prática do foro, mas nem por isso menos significativas como sintomas de uma evolução. A primeira, registre-se, tem por antecedente o art. 10 do *Code* civil francês, 1. alínea, na redação dada pela Lei nº 72-626, de 5.7.1972: *"Chacun est tenu d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité"*. Cf. também o art. 519, nº 1, *principio,* do Código de Processo Civil português, na redação do Dec.-lei nº 329-A95, de 12.12.1995: "Todas as pessoas, sejam ou não partes na causa, têm o dever de prestar a sua colaboração para a descoberta da verdade".

14 Paradigmático o art. 190, 18 e 2 alíneas, do *Codice di procedura penale* italiano: *"Art. 190. 1. Le prove sono ammesse a richiesta di parte. Il giadice prowede senza ritardo con ordinanza esoludendo le prove vietate dulla legge e qualle che manifestannente sono superflue o irrilevanti.? La legge stabilisce i casi in cni le prove sono ammesse di ufficio"*. O Código-modelo de Processo Penal para a América Latina atribui aos tribunais *"el deber de procurar por si la averiguación de la verdad mediante los medios de prueba permitidos"*; mas em seguida restringe a iniciativa oficial, "*durante el juicio*", a determinadas oportunidades e condições (art. 147, 1ª e 2 partes, respectivamente). O ainda recente Código Procesal Penal de Costa Rica reproduz a 18 parte, sem ajuntar-lhe disposição restritiva.

15 Vide o art. 526 do *Codice di procedura penale* italiano: "*Il giudice nan può utilizzare ai fini della deliberazione prove diverse da quelle leginimomente acquisite nel dibattimento*". Na verdade, a proibição não é absolota: no dizer de CONSO GREVI, *Prolegemeni a un commentario breve al nuovo codice di procedura penale,* Pádua, 1990, pág. 387, adotou-se uma *"soluzione di compromesso"*, na medida em que se admite "il recupero *in giudizio di* prove *appositamente* precostituite, *perché suscettibili di nan essere più utilmente acquisite in ditattimento, ed inoltre degli atti per propria natura irrepetibili"*, ao passo que num sistema *"a carattere rigorosamente accusatorio (...) nessuno degli elementi raccolti al di fuori del dibattimento avrebbe potuto considerarsi utilizzabile"* (destaques do original).

a inflação de uma pena, ou até tomar a iniciativa de pleiteá-la,[16] sem averiguação judicial do suposto fato delituoso, nem declaração de culpa,[17] perde relevância a vinculação, anteriormente julgada essencial, entre a apenação e a demonstração da responsabilidade criminal do réu. Tudo isso justifica — sempre em termos esquemáticos (alguns diriam: caricaturais) — o asserto de que, no processo penal, a verdade (imperfeita, limitada, aproximativa, tosca) se está tornando um pouco menos importante do que era.[18]

9. As transformações até agora registradas não podem deixar de repercutir no mecanismo da distribuição, entre juiz e partes, dos poderes atinentes ao desenvolvimento do processo. A concepção tradicional costumava dar maior realce ao papel reservado, no processo civil, às partes e, no penal, ao juiz. Também a esse propósito cunhou-se uma terminologia destinada a assinalar essa diferença de peso: dizia-se que no processo civil predominava o princípio "dispositivo", no penal o "inquisitivo". Semelhantes expressões fizeram boa carreira na linguagem doutrinária usual, apesar da grande carga de equivocidade que sempre tiveram— e que subsiste na denominação de "acusatório" dada ao modelo de processo penal habitualmente contraposto ao "inquisitório".[19] Com-

16 Assim no direito italiano: *Codire di procedura penale,* art. 444, 1ª alínea. Diversamente no sistema brasileiro dos Juizados Especiais, pelo menos à luz do teor do art. 76, *caput,* da Lei nº 9.099, que reserva a iniciativa ao Ministério Público; em sede doutrinária, no entanto, já se opinou que "nada impede que a iniciativa da apresentação da proposta seja do próprio autuado, assistido por seu advogado" (ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — LUIZ FLÁVIO GOMES, *Juizados Especiais Criminais*, S. Paulo, 1996, pág. 124).

17 "A doutrina enfatiza a inexistência de reconhecimento de culpa no mecanismo da transação penal regulada no art. 76 da Lei nº 9.099; e nega que a aceitação da proposta se assimile ao *guilty plea* resultante do *plea bargaining* norte-americano: *vide* ADA PELLEGRINI GRINOVER — ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO — ANTONIO SCARANCE FERNANDES — LUIZ FLÁVIO GOMES, ob. cit. (nota 16), págs. 90/1. O ato mais se aproximaria do *nolo contendere plea,* no qual, em essência, *"the defendant accepts the penalty without admitting guilt"* (DEL CARMEN, *Criminal Procedure*, 3ª ed., Belmont, 1995, pág. 39). Em todo caso, na Itália não se deixa de reconhecer, com grande autoridade, que a aplicação da pena a requerimento das panes "ripropone *certamente una versione rimodellata del* bargaining *nordamericano*": AMODIO, trab. cit. (nota 7), pág. XLVIII.

18 Defensor ardoroso do modelo acusatório, mas crítico em relação à *"giustizia negoziata"*, dela afirma FERRUA, *Studi sul processo penale,* vol. II, Turim, 1992, pág. 21 che "*parrebbe non tanto aspirare all'accertamento dei fatti quanto rinunciarvi* a priori, *in nome dell'accordo raggiunto tra le parti sull'applicazione della pena*"; vale dizer que se põe em segundo plano a preocupação com a correspondência entre o julgamento e a realidade histórica — numa palavra, com a verdade.

19 *Vide* CONSO — GREVI, ob. cit. (nota 15), pág. 385: *"Per la verità, quando si comincia a lavorare sul* concetto di sistema accusatorio, ci *si rende subito conto che la sua* efficacia definitoria *è alquanto* labile. (..) *Come spesso accade, infatti, quando si passa alle modulità*

preende-se, em todo caso, a distinção que ela, com palavras infelizes, pretendeu sublinhar entre duas tendências divergentes.

A divergência continua a existir; mas hoje em dia, o fluxo e o refluxo da maré dão a impressão de se estarem invertendo. O movimento que apontava num sentido passa a apontar no oposto, e vice-versa. Enquanto o juiz civil assume — quando nada de acordo com os textos legais, nem sempre observados à risca — posição mais destacada, empalidece, em certa medida, a do juiz penal;[20] paralelamente, vêem-se as partes chamadas, no processo penal, a desempenhar papel de maior relevo.

10. Por sua particular importância, convém abrir item especial para salientar mais uma vez a tendência ao esvaziamento das atribuições do juiz penal como agente propulsor da instrução probatória, cuja ativação passa a depender fundamentalmente da iniciativa das partes. É provável que, em países europeus, essa linha evolutiva se explique como reação a eventuais excessos de "inquisitorialismo" ocorridos sob o antigo sistema do "juiz de instrução" — jamais adotado, diga-se de passagem, no Brasil.

A moderna literatura italiana dá realce a tal evolução, que, segundo se diz, inverte *"la* lógica inquisitoria *ispirata all'idea dell'iniziativa officiosa del giudice"* e a relega aos lindes das exceções previstas na lei, consoante princípio *"di* impronta *tipicamente* accusatoria"[21]. Não falta quem ainda invoque o argumento inspirado na necessidade de preservar a "neutralidade" do juiz, que seria — assevera-se — posta em xeque, não fossem *"rare e ben ridotte"* as hipóteses em que se lhe concede iniciativa em matéria de prova.[22]

con cui dev'essere concretamente attuato, si scopre che non tutti intendono la stessa cosa parlando di sistema accusatorio" (destaques do original). FERRUA, ob. cit. (nota 18), pág. 187, não obstante seu entusiasmo pelo modelo, chega a rotular de "estragada" *("logora")* a palavra "acusatorio"...

20 Durante os trabalhos de preparação da reforma penal italiana, assim resumiu AMODIO, trab. cit. (nota 7), pág. XXV, a diretriz fundamental na matéria: *"...si punta da noi verso un modello processuale che attribuisca* un ruolo meno attivo al giudice *e dia correlativamente maggior spazio alle parti collocandole anzituito sulpiano della parità*" (destaque nosso).

21 CONSO-GREVI, ob. cit. (nota 15), pág. 165; c£ pág. 167, onde se lê que o poder de intervenção supletiva conferido ao órgão judicial *"assume per natura sua un* risalto secondario e marginale, *tale in ogni caso da non compromettere l'originaria impronta accusatoria della disciplina probutoria"* (todos os destaques são do original). Manifestação desse "poder supletivo" contém-se, por exemplo, no art. 507 do código peninsular: *"Terminata l'arquisizione delle prove, il giudice, se risulta assolutamente necessario, può disporre anche di ufficio l'assunzione di nuovi mezzi di prove*" PISAPIA, ob. cit. (nota 5), pág. 109, enxerga em tal possibilidade *"una componente inquisitoria";* já FERRUA, ob. cit. (nota 18), págs. 111/2, tacha de excessiva a jurisprudência que recusa radicalmente ao juiz a iniciativa de *"supplire all'inenia delle parti nella richiesta di ammissioni di prove"* — poder cujo exercício se poria *"in contrasto con lo spirito informatore del nuevo* cadive".

22 CRISTIANI, ob. cit. (nota 5), pág. 21.

11. Vale a pena aditar uma observação final. No terreno civil tem-se em geral tratado de facultar ao órgão judicial, tão pronta e completamente quão possível, o acesso aos elementos necessários ou úteis à identificação e ao esclarecimento dos fatos relevante.[23] É o corolário natural da difundida convicção de que o juiz bem informado goza de melhores condições para dirigir com eficiência o processo, decidir incidentes, resolver questões relativas a provas, e assim por diante. Enquanto isso, no âmbito penal vai ganhando espaço, em certos setores, a opinião segundo a qual o julgador só deve inteirar-se de tais fatos por ocasião da sessão de julgamento, servindo-lhe de fonte *exclusiva* o que ela traga a lume. Isso seria indispensável, sustenta-se, para assegurar a "eqüidistância" do juiz:[24] o conhecimento prévio de provas e argumentos fatalmente o predisporia a pender cedo demais para uma das versões apresentadas pelas partes, e ele teria dificuldade em manter o espírito inteiramente aberto, naquela sessão, à eventual força persuasiva de argumentos e provas em sentido contrário.

Semelhante entendimento, que constitui autêntico lugar-comum na literatura processual anglo-saxônica (civil e penal),[25] começa a repercutir em países de linhagem continental européia. Levando o raciocínio às últimas conseqüências, há quem sugira a adoção de mecanismo capaz de garantir o total desconhecimento, por parte dos julgadores, das características do pleito (até do nome do acusado), antes da sessão oral: só assim se conseguiria evitar que o julgamento sofra a influência de prejuízos, inclusive inconscientes.[26]

12. O presente trabalho não tem outro fim senão o de retratar imagens captadas, conforme de início ficou dito, na observação comparativa das linhas mestras da moderna transformação do processo civil e do processo penal. Nesse retrato algo de subjetivo com certeza haverá, e seria inconcebível que não

23 Até no processo inglês, tradicionalmente afeiçoado à diretriz oposta, há sinais claros de uma evolução: *vide* a respeito JOLOWICZ, *L'amministrazione della giastizia civile: Inghilterra e Galles, in La giustizia civile nei paesi comunitari,* ed. Fazzalari, Pádua, 1994, pág. 173; *A reforma do processo civil inglês: uma derrogação ao* adversary system?, trad. de Barbosa Moreira, *in Rev. Forense,* vol. 328, pags. 65/6; ZUCKERMAN, *English Civil Procedure — The Shift away from Party Control and Orality, in Zeitschrift für Zivilprozess International,* vol. 1, 1996, pág. 86.

24 A expressão é de CONSO — GREVI, ob. cit. (nota 15), pág. 387: *"il giudice che conosce le prove* [antes do dibattimento] *vede diminuita la sua equidistanza, poiché tende ad accettare acriticamente i risultati delltistrattoria".*

25 *Vide,* por exemplo, na recente produção norte-americana, o artigo de MARCUS *Déjà Vu All Over Again? An American Reaction to the Woolf Report,* no vol. *Reform of Civil Procedure,* ed. Zuckerman e Cranston, Oxford, 1995, págs. 239/40. Da penetração dessa idéia na Itália dá testemunho o passo citado em a nota anterior.

26 JULIO MAIER. *El CPP modelo y las nuevas tendencias del proceso penal, in Rev. de Processo,* nº 85, págs. 252 e 255).

houvesse. No intuito de imprimir-lhe a maior objetividade possível, esforçamo-nos por documentar as nossas afirmações com abundantes citações de textos legais e doutrinários. Os fatos parecem suficientemente demonstrados, mas é óbvio que sempre se poderá discutir a respectiva interpretação, e por conseguinte pôr em dúvida, ou negar categoricamente, as conclusões que ela autorizaria.

Frise-se que de propósito nos abstivemos de emitir juízos de valor acerca das tendências indicadas na evolução de ambas as espécies de processos. Em anteriores escritos tivemos ocasião de opinar sobre este ou aquele tópico da problemática: num deles, por exemplo, deixamos clara a nossa pouca (ou nenhuma) simpatia pela compulsória redução do papel atribuído ao juiz penal em matéria de iniciativa probatória.[27] É notório que, no quotidiano forense, os próprios juízes não raro adotam aí, por motivos fáceis de explicar (embora nem sempre de justificar), um comportamento redutivo, ainda quando a lei aponte noutra direção. Para tal contingência o remédio ao nosso ver apropriado consiste em, assegurando-lhes condições concretas de exercitar *de fato* as atribuições que têm *de iure,* cobrar-lhes de maneira efetiva os resultados. Tudo isso, porém, é assunto estranho ao plano deste ensaio.

Uma razão, entre outras, levou-nos à autolimitação. Feita abstração de determinados princípios fundamentais, de que não se pode abrir mão, julgar boa ou má uma opção de política processual é operação que pressupõe critério essencialmente prático, cujo fundamento há de repousar em elementos colhidos na realidade dos juízos. É muito interessante debater em termos teóricos a superioridade ou inferioridade de uma diretriz sobre outra; contudo, se não se acompanha do fornecimento de dados concernentes ao modo como esta ou aquela está repercutindo na realidade, o debate não passará de um exercício intelectual, talvez fascinante, mas inconseqüente. Ora, dados do gênero é que nos faltam no momento; e lamentamos expressar a suspeita de que, mesmo com grande esforço, não encontraríamos—no Brasil, pelo menos; nem, provavelmente, noutros países — muita facilidade em obtê-los.

Seja como for, valorações à parte, há algumas razões para pensar que não é de todo arbitrária a impressão de um contraste de sentidos nos itinerários que vão percorrendo, em nossos dias, o processo civil e o penal. Se procurássemos resumir semelhante impressão dizendo que o primeiro tende a *publicizar-se* cada vez mais, enquanto o segundo dá sinais de querer, em certa medida, *privatizar-se,* dificilmente evitaríamos a acusação de exagerar aqui na caricatura. Em qualquer caso, seria grave erro desprezar o sombreado, os entretons,

27 BARBOSA MOREIRA, *Breves observaciones sobre algunas tendencias contemporáneas del proceso penal,* comunicação às IX Jornadas Uruguaias de Direito Processual (Rivera, 11-13.4.1997), publicada no volume respectivo, pág. 287, e na *Rev. de Processo,* nº 86, pág. 196.

os matizes que caracterizam, em cada ordenamento específico, o jogo dos fenômenos acima sucintamente expostos, e fazem temerárias as generalizações. O receio de ir longe demais sugeriu-nos o ponto de interrogação que encerra o título do trabalho. Fique a resposta a cargo do leitor.

A CRIMINALIZAÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA: PRECONCEITOS E FALSIDADES

YVAN SENRA PESSANHA

"Esta cova em que estás
com palmos medida
é a conta menor
que tiraste em vida.

É de bom tamanho,
nem larga, nem funda,
é a parte que te cabe
neste latifúndio."

João Cabral de Mello Netto, in *Vida e Morte Severina.*

1. Indispensabilidade da Reforma Agrária. Concentração Fundiária. Complementação da Abolição da Escravatura. 2. Exclusão social. Direito à vida e ao trabalho. Violência rural. 3. Consenso aparente. Política compensatória para o Governo. Encargos distribuídos a Estados e Municípios empobrecidos, em falsa regionalização da Reforma Agrária. 4. Criminalização da Reforma Agrária e o crime de quadrilha. 5. Papel regressivo de parte do Judiciário e do Ministério Público.

1. No momento atual da vida republicana, de dificuldades de toda ordem, com o Governo não assumindo sua culpa, mas o povo sendo a eterna vítima, criou-se nova Comissão de Reforma do Código Penal, em sua parte especial. Dita Comissão, aliás, já entregou o anteprojeto elaborado para discussão e votação no Congresso Nacional.

Não fora a Comissão de Reforma, integrada de juristas independentes, não submissos ao Governo, além de comandada pelo eminente Ministro EVANDRO LINS, era de se supor, como vontade e disposição política do Governo Federal, que Reforma Agrária virasse ***nomem juris*** de crime **estatuído** pelos anti-reformistas. Explica-se melhor:

Ementa:	Reforma Agrária
Preceito:	Realizar Reforma Agrária e práticas correlatas.
Sanção:	Reclusão de 4 a 10 anos, em regime fechado, sem prejuízo da pena cominada ao crime de quadrilha, além da impunidade assegurada a eventuais matadores dos reformistas.

O "crime de Reforma Agrária", que, na realidade, já é tipo reconhecido por segmentos do Poder Judiciário, altamente comprometido com o latifúndio, certamente estaria inserido dentre os contra o patrimônio, se a inefável segurança nacional não for acionada, ou a panacéia do delito de quadrilha, de que tanto gostam os membros do Ministério Público.

Sem exagero algum, é bastante compulsar os jornais para se verificar que este é o cotidiano das regiões agrárias, com as tensões que a excessiva concentração da propriedade rural proporciona, com o camponês se desapertando em ocupações e os terratenentes matando com a ajuda da Polícia e a omissão e morosidade de parte do Poder Judiciário.

De fato, as elites dominantes do País, perversas e retrógradas, embora sedizentes modernas, têm encarado a questão agrária tal como seus antepassados viram a escravatura. E brandindo armas equivalentes às que se apresentavam na campanha abolicionista. Nesta, ao invés de se extinguir logo com a escravidão, estabeleceram medidas, como a Lei do Ventre Livre, a dos Sexagenários e quejandos paliativos. Os atuais dominadores do povo, tendo que engolir Constituição e leis, que preconizam a Reforma Agrária, e não querendo promovê-la, ou querendo, mas impedidos por sua **"base de sustentação política"**, em que se incluem banqueiros, banqueiros-latifundiários e grandes proprietários de terra, simulam posição favorável. Enganam com o rito sumário das desapropriações (agora, já não querem as desapropriações, a cobrança do ITR etc.) que, com o passar dos anos, revelam-se medidas inócuas, que não resolvem o problema.

Em razão da não — implantação "por cima" da Reforma Agrária, os "de baixo", ou seja, os verdadeiramente interessados pela obtenção da terra, entenderam que eles próprios, através de movimento social de caráter nacional, seriam os únicos agentes capazes de promovê-la. E saíram pelo País, realizando

o mais belo movimento depois do abolicionismo, que encantou o mundo e foi até abençoado pelos religiosos. Um excesso aqui, outro ali, não servem, porém, para empanar a grandiosidade do trabalho de quem está em completa condição de indigência, não tendo onde morar e passando fome. O estado de necessidade os obriga a irem à luta, na confrontação com os poderosos, que fingem ignorar a situação precária de mais de 12 (doze) milhões de irmãos brasileiros.

Conforme proclama a Comissão Pastoral da Terra (CPT), que, religiosos sensíveis aos problemas humanos do povo brasileiro fundaram em 1975, em seu magistral **Manifesto pela Terra e pela Vida, "a questão agrária, tratada como caso de polícia e de segurança nacional neste país, tornou-se hoje uma questão de cidadania, de democracia e, sobretudo de sobrevivência para milhões de brasileiros".**

São mais de 12 (doze) milhões de trabalhadores rurais sem terra, mais do que a população de Portugal. Além deles, mais de 4 (quatro) milhões de pequenos proprietários. O número de pessoas envolvidas na questão agrária, por si só, evidencia que se está diante de problema maior, que não deve ser tratada com o caráter leviano e falso que o Governo lhe imprime. Há que pensar em soluções corretas e equilibradas para o assunto. Todavia, as classes dominantes do País há séculos têm adotado posição clara de imobilismo, ou de mudança para pior, extraindo seus dividendos da ruína de número cada vez maior de trabalhadores.

2. A lógica da exclusão social, no entanto, comanda o comportamento do Governo, desinteressado da sorte de multidões de seres humanos, para ele, **descartáveis e sobrantes**, que não representam valor econômico e que não cabem na "lei de rentabilidade", pior do que eram os negros, na escravatura.

Nas cifras oficiais, fala-se em *"taxas dinâmicas de crescimento"* e elas próprias reconhecem que os indicadores sociais negam qualquer avanço no combate à fome e a miséria das massas trabalhadoras.

Contudo, a leitura da realidade, sob a ótica do respeito à dignidade do direito à vida dos seres humanos, demonstra que o critério vigente — o do neoliberalismo imperante no Brasil e no mundo, como nova configuração do modo de produção capitalista, conduz as massas humanas não só ao abandono, mas à posição de sobrantes, descartáveis e inúteis. Projeções para o ano 2010, no mundo inteiro, dão conta que dos prováveis 6,5 a 8 bilhões de habitantes, somente um bilhão serão consumidores potenciais, com razoável poder aquisitivo. A massa sobrante, de aproximadamente cinco bilhões, integrará a cifra dos descartáveis, para os quais não se vislumbrará nenhuma saída, inclusive com a Reforma Agrária, combatida pelos Governos capitalistas atrasados, como o brasileiro.

A dramaticidade do quadro social deveria impor ao Governo brasileiro nova tomada de posição, onde a Reforma Agrária, para melhorar a vida da população

do campo, se apresenta como medida das mais eficazes. A inserção dos excluídos que vivem nas áreas rurais, não podendo ser obra do Governo, não encontra outro caminho senão a autodeterminação dessa porção abandonada do nosso agro, em movimentos, pacíficos ou não, tendentes a sua libertação e sobrevivência como seres humanos.

Em razão dessa tentativa de luta pela vida origina-se a maior violência desencadeada pelas classes dominantes, perversas e egoístas, rugindo com a prevalência do direito de propriedade sobre direitos maiores dos que os "descartáveis", embora como tais considerados, sejam portadores de valores maiores tutelados pelas normas legais.

Após quase quinze anos da derrocada da Ditadura Militar (1985), a democracia está ausente das relações socio-econômicas da agricultura, como prova o aumento da violência e da impunidade. Nos últimos dez anos, a Comissão Pastoral da Terra (CPT) contabilizou 942 assassinatos de trabalhadores rurais, advogados, líderes sindicais e religiosos vinculados à luta pela Terra.

"Nos últimos 20 anos, apenas 52 casos de homicídios por conflitos de terra foram a julgamento — informa o Manifesto pela Terra e pela Vida. Contudo, o poder judiciário, em geral, não raro servil às oligarquias agrárias que ainda mandam neste país, tem sido rápido e eficiente contra os trabalhadores, na determinação de mandados de reintegração de posse e despejos, cujo cumprimento pela Polícia Militar, não poucas vezes, tem se traduzido em atos explícitos de violência, como ameaças, queima de roças, destruição de casas e apreensão de instrumentos de trabalho." CPT, 1995.

Registre-se que até a prática do trabalho escravo tem sido observada. Só em 1994, conforme denúncia de **Anti-Slavery International**, foram constatadas 25.193 pessoas vítimas de trabalho escravo, ou seja, 5.253 a mais que em 1993, em projetos de reflorestamento, carvoaria e plantações de cana.

A violência rural, decorrente de ações de grandes proprietários e "grileiros", alem de "jagunços", a serviços destes, no entanto, tem sido transmitida pela mídia ao contrário, como se os trabalhadores rurais, por seus movimentos de luta, dos quais releva notar o Movimento dos Sem Terra (MST), fossem o seu verdadeiro causador. Aqui a vítima passa a ser o culpado. E, infelizmente, grande parte do povo, impregnado dessa informação falsa acredita piamente que os sem-terras são os responsáveis pela violência rural.

3. Por sua manifesta necessidade, a Reforma Agrária conta com a aprovação de quase todo mundo. Do Papa até alguns latifundiários, passando pelos maiores interessados, que são os trabalhadores rurais. O apoio, porém, nem sempre é verdadeiro. Há uns que dizem concordar, como o Governo brasileiro e setores das classes dominantes, apenas para disfarçar a hoje incômoda posição de contrariar o incontrariável, como é a necessidade da Reforma Agrária.

Antes a combatiam, afirmando que a solução não poderia se limitar à distribuição de terras. Pura farsa, porque também não concordavam que, além do acesso à Terra, a Reforma Agrária significava a possibilidade de crédito, educação e saúde para os assentados. Hoje, mais assumido, o Governo brasileiro diz que **"a reforma agrária não desempenha papel econômico algum"**, em frase infeliz, mas sincera do Ministro de Planejamento ANTONIO XANDIR. É esta a concepção majoritária do nefasto governo, para o qual a Reforma Agrária se insere no conjunto das **políticas sociais compensatórias** e não como programa fundamental para a criação de emprego, renda, desenvolvimento econômico e social. Para ilaquear a opinião pública, inclusive a mundial, entretanto, falam em programa de tantos mil assentamentos, o que só ocorre por pressão do Movimento dos Sem-Terra.

Neste momento, como forma de se descartar da obrigação da Reforma Agrária, o Governo engendrou diabólico **modelo de política fundiária**, integrada ao mercado, para se eximir de gastos com sua execução. Segundo texto divulgado pela Presidência da República a **"nova modalidade de reforma agrária será testada no Brasil. em vez de ter como base a prática da desapropriação até aqui usada em todos os programas de redistribuição da propriedade rural no País, o novo sistema vai utilizar-se da livre negociação entre as famílias nordestinas a serem beneficiadas e os atuais detentores de terra".**

Nem os militares, durante a Ditadura de 1964-1985, imaginaram tamanhos empecilhos à Reforma Agrária. Deixar a Reforma Agrária por conta dos "mecanismos de mercado" é esperar que os latifundiários a promovam. Como agora, o Governo dito democrático está patrocinando a descentralização da Reforma, a fim de Estados e Municípios, falidos e empobrecidos, levem adiante aquilo que é sua obrigação.

4. Os trabalhadores rurais, que, por suas lideranças esclarecidas, não acreditam nas balelas e falácias do Governo Federal, em razão de tudo isso, não têm alternativa senão deflagrarem suas lutas, até como contraponto à violência dos terratenentes, sob o apoio ou a omissão oficiais.

Quem teve duzentos anos para fazer a Reforma Agrária, mas deixando a lastimável concentração da propriedade como balanço, não pode merecer respeito e credibilidade. Aí, os sem-terra vão à luta.

A defesa da vida, do trabalho, o estado de necessidade, o relevante valor moral e social dos seus atos não devem ser rejeitados. Mas, o Governo e seus aparelhos ideológicos (Poderes Legislativo e Judiciário, imprensa, forças armadas) vêm o estrebuchar da fome como luta armada, para reprimi-la com os instrumentos "legais" de que dispõem.

Por isso, agora, diante de quaisquer manifestações dos sem-terra, atribuem a eles o crime de formação de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal. Nada mais injusto.

Qualquer fato que possa implicar na participação de mais de três pessoas é, na atualidade, logo indigitado como a conduta prevista no art. 288 do Código Penal.

A crítica não é só aos ilustres Promotores que atuam nesses casos, mas também aos magistrados.

Infortunadamente, hoje, como bem acentua ROSA CARDOSO, renomada criminóloga brasileira, **"estamos assistindo, no âmbito do sistema de justiça criminal, a uma utilização retórica, demagógica e manipuladora do chamado crime de quadrilha"** (Cf artigo em **O Globo**, de 21 de maio de 1996). É de se lamentar, mas é verdade.

Basta haver diferentes situações, em que na maioria dos casos não se configura nenhuma forma de criminalidade, o fato é logo apontado como incurso no artigo 288 do Código Penal.

O objetivo — percebe-se facilmente, é agigantar o volume da imputação e correspondente pena. Não importa que se depare com a **"figura emotiva da quadrilha"** (idem).

Certamente esta prática não é inocente, aduz a criminóloga. A atribuição, em escala desmedida, da acusação de quadrilha a comportamentos diferenciados, e freqüentemente não revestidos de criminosidade, constitui **"uso simbólico do direito penal para criar a ilusão de que o sistema de justiça criminal é eficiente e implacável no combate à criminalidade** (idem).

Partindo dessa premissa falsa, os membros do Ministério Público acabam por **confundir tipos criminais**, não se distinguindo quadrilha e crime organizado e a conduta atípica, jurídica e inculpável da Reforma Agrária.

O modismo atingiu o Ministério Público com assento em muitas varas criminais, pela hinterlândia brasileira.

O crime de quadrilha, na verdade, é delito tradicional, há muito tempo incorporado á legislação brasileira. Não serviu, como ainda não serve, para essa **"utilização genérica, agora em moda"** (idem), visando **"criminalizar meros suspeitos"** (idem).

A conduta desses operadores do Direito é que se insurge, em assim agindo, contra os postulados do direito penal democrático, insculpido nos diversos incisos do artigo 5º da Constituição do País.

O método, bem lembra a grande penalista ROSA CARDOSO, assemelha-se ao empregado no tempo da última Ditadura que infelicitou o Brasil, que consistia no enquadramento de todos os suspeitos como autores do **crime de conspiração**.

A acusação genérica se encarregava de justificar a repressão e o Poder Judiciário da época, amordaçado, acuado e desprotegido das garantias constitucionais, fazia o resto. Hoje, ministério Público e Poder Judiciário estão amparados, mas parte deles continua fazendo o mesmo, adaptadas às circunstâncias atuais.

A **exposição doutrinária**, nesses casos, se enriquece com o exemplo que o Ministério Público pretende passar como verdadeiro.

Não há, na verdade, nenhuma correspondência da conduta atribuída aos sem-terra, com o tipo do artigo 288 do Código Penal.

Recente decisão do Colendo Supremo Tribunal Federal, a respeito do notório processo contra os componentes do "jogo do bicho", neste Estado, espancou as incertezas e dúvidas, que os membros do Ministério Público se enredam, no denunciar comportamentos que se enquadrariam no crime de quadrilha.

A recente decisão, serve para que se verifique como o aresto do Pretório Excelso ainda não ressoou no âmbito do Ministério Público.

Continuam os Srs. Promotores deduzindo pretensões sem a devida individualização prevista no artigo 41 do Código de Processo Penal; e, no tocante ao crime do artigo 288 do Código Penal, exigir a prova cabal do **"inegável pactum sceleris"**, que nortearia suas postulações, ademais, da existência de prova da participação de cada um co-réu, no evento que apregoa, seria mais do que necessário. Essa preocupação que se tem com os "bicheiros", devia ser extendida a todos. mas, com os sem-terra, para eles quadrilheiros, **dura lex sed lex**. O "bicheiro", esse delinqüente incorrigível, é melhor tratado do que os sem-terra.

5. A violência que se alega existir por parte dos trabalhadores, já vimos, não é senão o grito de consciência que vai tomando conta do campo brasileiro. Os trabalhadores, em verdade, reagem à grande violência gerada por toda a estrutura agrária, constituída pelos latifundiários e seus agentes, desde a Presidência da República, com a UDR, a bancada ruralista no Congresso, a Polícia Militar etc. O Poder Judiciário e o Ministério Público, em grande parte, também se integram nessa estrutura, para desprestígio de instituições, que, por não terem se democratizado totalmente, "legitimam" as ações do bloco de proteção aos grandes latifundiários.

Amparando os latifundiários, nos processos de desapropriação, em que os imóveis são superavaliados, alguns juízes emperram a distribuição de terras desapropriadas. Há todo um aparato procrastinatório, que faz do Poder Judiciário, embora a existência de magistrados simpáticos à causa da Reforma Agrária, em grande baluarte anti-reformista. Tudo isto sem falar na área criminal, em que juízes e promotores, de origens agrárias, pelos brasis afora, criminalizam a Reforma Agrária, tal como os juízes do século passado, que reprimiam o movimento abolicionista e os seus corifeus.

Não importa. Ao presente de conivência e simpatia, com o latifúndio, sucederá época em que juízes e promotores, conscientizados da necessidade da

Reforma Agrária, para combater a exclusão social dos milhões de brasileiros que vegetam no campo, se estarrecerão, como hoje, ao deparam com denúncia de trabalho escravo. É um longo trabalho de politização. E, então, os STÉDILE, os GILMAR MAURO e tantos outros, serão vistos como os novos JOSÉ DO PATROCÍNIO, JOÃO CLAPP, ANDRÉ REBOUÇAS, hoje reverenciados por todos pelo impulso social que deram ao País.

Bibliografia

CONCEIÇÃO TAVARES, Maria. "Questão Agrária", *Folha de S. Paulo*, edição de 27 de abril de 1997.

CPT, Secretariado Nacional. "A Luta pela Terra — a CPT 20 anos depois", Paulus, São Paulo, 1997.

FAJARDO, Elias. "A Violência no Campo — Em Julgamento", relato das mortes analisadas pelo Tribunal Nacional dos Crimes do Latifúndio, Vozes, Petrópolis, 1988.

GRAZIANO, Francisco. "A Tragédia da Terra — o fracasso da Reforma Agrária no Brasil", Iglu-Funep-UNESP, São Paulo, 1991.

PANINI, Carmela. "Reforma Agrária, dentro e fora da Lei", 500 anos de história inacabada, Edições Paulina, São Paulo, 1990.

SÉRVOLO DE MEDEIROS, Leonilde. "História dos Movimentos Sociais no Campo", FASE, Rio de Janeiro, 1989.

SOUZA MARTINS, José. "O Poder do Atraso", São Paulo, Editora Hucitec, 1994.

STÉDILE, João Pedro. "Sem-Terra contra o Corporativismo", Entrevista — Revista PRAGA, Editora Hucitec, São Paulo, 1997.

Disciplinas Básicas

MÍDIA ELETRÔNICA, INFORMAÇÃO POLÍTICA E DEMOCRACIA: NOTAS SOBRE O OBSERVATÓRIO DE CULTURA E POLÍTICA DO RIO DE JANEIRO

LUIZ GONZAGA DE SOUZA LIMA*

I. Mídia eletrônica e informação política

1. As sociedades contemporâneas, pós-industriais, são resultantes de um longo e profundo processo (ainda em curso), de "desconstrução" do tecido social das sociedades industriais, isto é, das formas institucionalizadas de socialização e participação social vigentes até os anos setenta de nosso século.

2. Este processo, desconstrutivo, afetou profundamente as estruturas organizacionais clássicas, onde ocorriam a participação social, a identificação dos interesses e a ação para propô-los e/ou defendê-los. Nessas estruturas sociais se iniciava e amadurecia a composição da idéia de sociedade que os humanos são capazes de construir, ou seja, o imaginário social.

3. A família, a escola, as associações, sindicatos e partidos políticos (seções juvenis e adultas) eram o *locus* onde, através da participação, se dava a formação da cultura política, a construção dos conteúdos valorativos e ideológicos que orientavam a qualidade da participação dos humanos na complexidade das relações sociais existentes nas sociedades industriais.

4. Para se ter uma idéia da importância deste complexo tecido institucional, basta lembrar que ele foi a origem, a sustentação e a fonte de dinamismo dos regimes democráticos representativos na forma como conhecemos.

5. Este modelo societário chegou a cristalizar relações que se tornaram clássicas entre: grupos sociais (classes) — formas de organizações (associações, sindicatos e partidos) — ideologias políticas — formas de participação.

* Professor de Ciências Políticas da Faculdade de Direito da UERJ. Diretor do Observatório de Cultura e Política do Rio de Janeiro.

É óbvio que estas relações se cristalizaram de forma mais nítida em alguns países, tais como Inglaterra, França, Itália, Alemanha e Chile, e em formas menos claras e muitas vezes obscuras em muitos outros.

No Brasil, por vários motivos, inclusive pelas restrições sempre existentes para a livre construção destas relações, prevaleceu sempre uma forma falseada, caricaturada das mesmas, até mesmo pela tradição de uma participação política restrita, conhecida entre nós como "elitismo".

6. A desconstrução deste tecido social cria perigosas crises de valores, com alterações fundamentais do "ethos" político. Essas crises ocorrem em todas as sociedades contemporâneas e, em forma mais profunda, naquelas que não lograram, na "era industrial", o estabelecimento de sólidas relações entre o conjunto constituído por: indivíduos, grupos ou classes sociais, ideologias e formas institucionalizadas de participação política, como sugere o caso brasileiro.

7. A desconstrução dos mecanismos "tradicionais" de participação social cria para o sistema em seu conjunto (cada vez mais complexo) a importante questão de construir instâncias e canais para a construção do consenso político e do exercício democrático do poder.

8. Esta função vem sendo desempenhada em modo cada vez mais nítido pela *informação*, a nova pedra angular do funcionamento de todas as instâncias do social (produção, conhecimento técnico-científico, participação política, gestão do poder, etc.).

A produção e a difusão da informação concentram-se em alta velocidade na mídia eletrônica. Esta alcança, em tempo real, todos os limites das sociedades e vai muito mais além deles, invadindo e influenciando simultaneamente todas as sociedades humanas.

9. Estas mudanças, concentrando na mídia eletrônica novas atribuições no que diz respeito à construção do consenso político e à definição do poder nas sociedades democráticas, têm permitido e estimulado um novo tipo de política. Esta, agora, desvincula-se da prática do ator social e se transforma em uma "produção" autônoma, que exige vultosos meios econômicos, uma organização técnica especializada e o estabelecimento de relações preferenciais com a mídia eletrônica.

10. É, portanto, de extrema importância e grande urgência que os centros de produção de conhecimentos, em modo especial as universidades, se debrucem com suas melhores energias em pesquisas e estudos capazes de permitir que a sociedade compreenda e interfira na produção e na difusão, na "performance", enfim, destes novos e poderosos meios. No momento presente, os avanços tecnológicos estão prestes a provocar uma profunda transformação destes meios. Basta pensar na articulação entre telefone-televisão-computador

e na extensão do campo de influência destes meios, que possuem, agora, dimensões planetárias.

11. Sobretudo é necessário refletir sobre o fato de que, na maioria das sociedades humanas de nosso tempo, estes meios são propriedades privadas, com fins lucrativos e subordinados aos interesses particulares dos seus controladores. Visto sob esse ângulo de aproximação, o processo de concentração destes meios, em vertiginosa aceleração, gera, através de megafusões, empresas imensas que operam em nível planetário e coloca importantes questões sobre os efeitos deste processo sobre a forma democrática de convivência política.

12. Estudar estes meios, monitorar sua "performance", analisar o conteúdo de suas mensagens e verificar seus efeitos sobre as instituições e sobre a sociedade, é o mais importante desafio das Ciências Políticas em nossos dias.

II. A informação política

1. A informação política transmitida via mídia eletrônica em nossos dias contém, e condensa, na realidade, mudanças profundas no processo de geração e de difusão dessas informações em relação ao modo como essas atividades eram realizadas na era das "antigas sociedades industriais".

1.1. A mídia não mais produz e verifica a informação (concepção de jornalismo político da sociedade industrial). A mídia "transmite", difunde, produtos e mensagens elaborados por estruturas complexas e sofisticadas, encarregadas dessa função.

1.2. A informação política não decorre mais diretamente da ação de atores, que se orientam por conteúdos valorativos e ideológicos. Não é mais conseqüência da prática social concreta dos atores. É, na realidade, uma "produção". Nesta intervêm estruturas complexas, profissionais especializados e conhecimentos técnico-científicos sofisticados. O discurso e a imagem são hoje produtos. Os melhores são aqueles criados para corresponder ao que se pensa que a sociedade e os indivíduos tendem a apoiar.

1.3. O que se observa é que no processo político do cotidiano, em modo especial em momentos pré-eleitorais, o conteúdo dos discursos, das mensagens, pode ser ajustado várias vezes pelo mesmo ator, a partir de dados de pesquisas sobre a opinião pública, em geral realizadas por sofisticados institutos de pesquisa. A relação entre resultados aferidos por estes institutos e comportamento eleitoral da sociedade está na ordem do dia como importante tema a ser debatido em praticamente todas as sociedades democráticas.

1.4. A possibilidade técnica da adequação do discurso e da "performance" dos atores políticos às supostas ou previstas alterações da opinião pública dá vida a uma nova relação entre atores, grupos sociais, orientações valorativas e

ideológicas e prática política. Esta relação é muito distinta daquela que prevalecia no modelo societário anterior. A comparação entre estas duas relações sugere uma reflexão urgente. Seus resultados são cruciais para a sobrevivência da própria forma democrática de convivência humana.

Como o processo de construção da fonte de informação política (ação de atores) é "trabalhado", é construído artificialmente, acentua-se o risco de que a representação política, pilar básico do regime democrático-representativo, compareça em sua forma final, falseada. A virtualidade e a sofisticação técnica substituem hoje o idéario político e a prática social do ator. A ação e os interesses concretos dos atores podem estar separados do discurso e das mensagens difundidas sobre ele, ator, sejam indivíduos ou partidos políticos.

1.5. A artificialidade da construção do consenso político nos coloca em um outro momento das sociedades democráticas, no qual é gerado um outro tipo de consenso político, ou seja, o *consenso virtual,* separado da realidade, condensação de interesses que ocorrem de maneira ilusória, só virtual. Alcançada a vitória eleitoral, o exercício do poder se dará orientado por outras realidades (interesses,valores, etc.) que estavam escondidas ou foram omitidas pelo "produto" apresentado. A possibilidade desse tipo de política virtual ainda não engloba todo o processo político, mas se apresenta como uma tendência quase irresistível na vida social de nossos dias.

2. É possível distinguir, na complexidade do fenômeno "informação política", pelo menos três momentos, ou fases, que merecem ser pesquisados:

2.1. A produção da informação política

2.2. A transmissão da informação política e

2.3. O impacto sobre a sociedade

III. Mídia eletrônica e sistema político

Está se constituindo um novo macroambiente político composto pelos efeitos de dois processos distintos. De um lado, a desconstrução da sociedade industrial e a crise de suas instituições políticas (da qual são visíveis: a eterna crise dos partidos políticos, a baixa estima da população em relação ao parlamentar, ao político profissional, à justiça) e de outro lado as novas funções da mídia eletrônica no que concerne à construção do consenso e a composição do poder, funções estas que são exercidas em um modo cada vez mais fantástico do ponto de vista tecnológico, gerando um novo tipo de encantamento.

É nos espaços desse novo macroambiente político que se está constituindo, diante dos novos olhos, literalmente, um núcleo de poder político de tipo novo, diferente daqueles constitucionais, isto é, dos partidos políticos. Este núcleo é composto por relações privilegiadas, estreitas e opacas entre a mídia eletrônica

(TVs) e grupos determinados de atores no interior do sistema político. Estas relações atravessam horizontalmente os partidos e as estruturas de poder. Sua composição se dá não em torno de projetos e programas para a sociedade, mas de interesses privados e materiais. Ele se constrói sobre interesses econômicos, financeiros e de controle de mercados. O acesso e o exercício do poder político na sociedade é necessário para garanti-los. Em muitas sociedades contemporâneas este núcleo é já fonte de onde emana poder.

Alguns contornos desde novo núcleo de poder já são visíveis por suas siluetas salientes, entre as quais merecem ser consideradas:

1. A possibilidade de uma opção manifesta de redes e emissoras por determinadas candidaturas, que assim passam a dispor de uma vantagem extra sobre seus concorrentes.

2. O grande número de atores do sistema político que são proprietários ou controladores de mídia eletrônica, em geral repetidoras das grandes redes nacionais de televisão. A concessão de novos canais e redes de TV estão entre as questões políticas mais delicadas das democracias contemporâneas e, em geral, são resultado de árduas disputas;

3. O grande número de atores da mídia eletrônica que, justamente por esta condição, são conduzidos pelo eleitorado aos legislativos e aos executivos locais, regionais e nacional;

4. As alianças partidárias são hoje realizadas orientando-se mais pelo tempo de televisão que as mesmas proporcionam e menos pelos conteúdos dos programas dos vários partidos. Tempo de televisão é importante moeda de troca no interior do sistema político.

5. A possibilidade concreta de criação de personagens para ocupar o vértice do poder, interferindo diretamente nos destinos históricos da sociedade. A mídia já demonstrou que pode criar um significado virtual para personagens que, posteriormente, no exercício concreto do poder, revelam-se diferentes — às vezes antagônicos — do "virtual" apresentado à sociedade no processo eleitoral.

A mídia eletrônica não pode ser entendida apenas em função deste papel que ela desempenha no interior deste núcleo de poder. Ela é muito mais complexa. "Grosso modo" devem ser consideradas, pelo menos, quatro importantes níveis, simultâneos e distintos, nas relações mídia eletrônica-sistema político:

1. A mídia eletrônica como um *ator* que age no interior do sistema político, em defesa de seus interesses particulares, privados, através da sua ação no âmbito do núcleo de poder político de "tipo novo", conforme referi anteriormente;

2. A mídia eletrônica como *organizadora* da consciência política da sociedade. Quotidianamente, o social é organizado e proposto à população, feito e

refeito, interferindo assim na construção do imaginário social e na definição de interesses e prioridades para a população. Neste sentido, a mídia eletrônica "pauta" a sociedade.

3. A mídia eletrônica como *espaço*, no âmbito do qual se dá a pugna entre os diversos segmentos do sistema político em busca da hegemonia sobre a sociedade; e

4. A mídia eletrônica como *reflexo* do social, na medida em que o relata jornalisticamente ou o reproduz com objetividade.

Os horizontes das questões colocadas pelas relações entre mídia eletrônica-sistema político são, certamente, mais extensos do que aqueles contidos nas breves referências que compõem essas simples notas introdutórias a um projeto essencialmente acadêmico.

Não obstante esta certeza, e dentro destes limites, considero que são referências a questões que se colocam entre os mais importantes desafios políticos das democracias contemporâneas. Nestas sociedades democráticas — as sociedades da informação — nas quais a inserção do indivíduo no social tende a ocorrer principalmente "via mídia", a influência que este núcleo de poder de "tipo novo", constituído por relações estáveis e privilegiadas entre mídia eletrônica e atores do sistema político, tem exercido sobre os destinos históricos das sociedades humanas é uma curva em ascensão, que sobe em alta velocidade. Em contraste, o estudo, a análise e o debate sobre o crescimento desta influência encontram-se ainda quase que exclusivamente ancorados em temas como a violência, o erotismo e a ridicularização da condição humana. O debate é já promissor e por estes temas se está chegando à questão ética. É necessário, entretanto, ampliar os limites temáticos, incorporando a dimensão política e jurídica.

Esta influência tem aumentado a cada dia, seja em função da organização e cristalização de interesses e hierarquias no âmbito das relações sociais internas deste núcleo de "tipo novo", fonte de poder, seja em função da ampliação e da sofisticação da capacidade tecnológica da própria mídia.

O crescimento desta influência permite a construção de muitos cenários, variados e complexos, dos quais é possível — e necessário — capturar, entre muitas, duas probabilidades importantes, que solicitam profundas reflexões.

1. A primeira não é democrática. Tratar-se-ia da consolidação do domínio do "consenso virtual", transformando radicalmente o mecanismo da representação, conduzindo à anemia ou à extinção da política na forma como até então é conhecida e praticada. Nesta, a sociedade seria submetida a interesses privados desconhecidos, agregados e regulados no âmbito deste núcleo de poder de tipo novo. Seria uma forma nova de ditadura concreta, construída a partir da democracia virtual. Seria o abismo político-tecnológico, autoritário e escuro,

sem a luz das liberdades, da razão e da emoção. Seria a tentativa de despojar o humano de seus atributos essenciais; e,

2. A segunda é democrática, mas de difícil construção. Nesta se estabeleceriam relações novas e criativas entre a sociedade, a mídia eletrônica e o sistema político. Através destas relações a sociedade lograria estender, democraticamente, a sua soberania política sobre o conjunto do sistema, impedindo assim que a informação política — alimento da cidadania — transforme-se em mercadoria, produto. Seriam efetivamente novas relações, diferentes das existentes hoje, que proporcionariam, via mídia eletrônica, uma elevação permanente dos patamares de exercício da cidadania e a garantia da autenticidade da representação política, reforçando assim as bases do sistema democrático de convivência entre os humanos.

Portanto, é natural, e necessário, que o mundo da ciência e do conhecimento se interrogue sobre a contribuição que pode efetivamente realizar para capacitar o sistema social, com informações e análises, a enfrentar esta imponente questão. Orientadas por esta preocupação, a Universidade de Pavia, Itália, e a Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, se associaram para a construção do OBSERVATÓRIO DE CULTURA E POLÍTICA DO RIO DE JANEIRO.

IV. O Observatório de Cultura e Política da UERJ

O Observatório de Cultura e Política da UERJ é fruto de uma parceria com a Universidade de Pavia, Itália. Este centro acadêmico italiano, após vários anos de pesquisas dirigidas pelo prof. Franco Rositi, elaborou uma metodologia complexa que permite aferir, com um elevado grau de segurança, o conteúdo das informações políticas transmitidas via mídia eletrônica. Esta metodologia foi dada à UERJ, com exclusividade, conforme se verifica pelos convênios firmados entre as duas instituições em 21/7/98.

O Observatório de Cultura e Política do Rio de Janeiro foi criado pela UERJ, através do Ato Executivo 012/REITORIA/99, de 27 de abril de 1999, e tem como finalidades:

1. monitorar a informação política, transmitida para a sociedade brasileira, via mídia eletrônica;

2. construir e/ou participar de redes internacionais com o objetivo de monitorar, pesquisar e analisar a informação política transmitida pela mídia eletrônica a nível mundial;

3. promover análises e estudos comparativos entre estados e países sobre as relações existentes entre mídia, cultura e sociedade civil;

4. promover análises e estudos sobre as relações existentes entre a mídia eletrônica e a cultura política envolvendo a Universidade, o Estado e a sociedade civil;

5. prestar consultorias e serviços a órgãos governamentais e não governamentais em assuntos que envolvam as suas finalidades; e

6. realizar seminários, publicações, documentários e quaisquer outras atividades que tornem públicas as informações e os estudos desenvolvidos pelo programa.

O Observatório iniciará suas atividades realizando o monitoramento da informação política transmitida via mídia eletrônica. Os resultados dos trabalhos do Observatório serão apresentados em forma de relatórios quinzenais e mensais que serão oferecidos à sociedade brasileira. Estes serão abertos e apresentados à própria mídia, ao Congresso Nacional, à Assembléia Legislativa, ao Poder Judiciário, especialmente à Justiça Eleitoral, ao Poder Executivo nacional e estadual, aos partidos políticos, assim como a organizações, grupos e entidades da sociedade civil brasileira.

A UERJ tem a convicção que a produção destes dados e sua distribuição para a sociedade brasileira colocará o debate sobre a mídia no Brasil em um patamar mais elevado, produzindo elementos para uma melhor compreensão do papel da mídia eletrônica na política em nosso país, contribuindo assim para a construção de instrumentos normativos que assegurem e aprofundem a democracia em nossa sociedade.

Ao contribuir para a elevação qualitativa do debate sobre as complexas relações existentes entre a mídia eletrônica, a informação política, o Estado e a Sociedade, a UERJ está oferecendo à sociedade brasileira em seu conjunto uma das mais importantes contribuições que uma universidade pode oferecer no campo da construção da cidadania e da consolidação de um Estado democrático.

Embora trate de um objeto de imensa importância política nas sociedades de massa, o Observatório, essencialmente, é um espaço de pesquisa marcado pela excelência acadêmica, que reforça a vocação da UERJ como locus apropriado para a construção de um trabalho teórico de alto nível, que quer se desenvolver debruçado sobre as grandes questões da nossa sociedade.

Os principais objetivos acadêmicos do programa, portanto, são:

1. Apropriação de tecnologia de ponta, desenvolvida por um importante centro acadêmico europeu, capaz de permitir o monitoramento de conteúdos políticos transmitidos à sociedade via mídia eletrônica.

2. Criação de um grupo avançado de cientistas sociais que, no laboratório do próprio programa, produzirá indicadores, informações e análises dos conteúdos políticos transmitidos pela mídia eletrônica para a sociedade brasileira.

3. Capacitar, portanto, a nossa sociedade a conhecer mais profundamente e a interagir, de forma consciente e cidadã, com estes importantes meios de comunicação;

4. Produzir relatórios mensais com os indicadores resultantes do trabalho de monitoramento realizado e difundi-los no âmbito do estado e da sociedade civil em nosso país.

5. Criar metodologias científicas próprias para o estudo de outros temas e/ou conteúdos de interesse da nossa sociedade; e

6. Colaborar com outros centros acadêmicos brasileiros para a elevação de nossa capacidade científica para o estudo da "performance" da mídia eletrônica e de suas relações com a sociedade.

O Observatório é um projeto nacional. Incorpora em sua concepção a complexidade proveniente das dimensões continentais do nosso país. Iniciará o seu funcionamento trabalhando sobre as gravações realizadas no Rio de Janeiro, sede da UERJ e do Observatório. Entretanto, no menor prazo possível, o Observatório construirá redes de parcerias entre universidades e instituições qualificadas de outros centros nacionais importantes tais como Brasília, São Paulo, Recife e Porto Alegre.

Em fase ainda posterior, consolidados seus objetivos iniciais e amadurecidos seus instrumentais teóricos e metodológicos, o Observatório da UERJ, em conjunto com aquele de Pavia, criará programas para o monitoramento dos conteúdos das informações políticas transmitidas a nível mundial pelas grandes agências internacionais.

METODOLOGIA

O monitoramento da informação política transmitida pela mídia eletrônica, é um processo complexo que possui as seguintes etapas.

1. Gravação de 24 horas por dia — toda a programação — de 6 (seis) redes nacionais de televisão, isto é, rede de canais abertos. Serão monitoradas uma rede pública e as cinco principais redes privadas, cobrindo-se assim praticamente todas as informações políticas transmitidas à sociedade. Serão monitoradas as seguintes redes: Rede Brasil, Rede Bandeirantes, Rede Manchete, Rede Record, Sistema Brasileiro de Televisão — SBT — e Rede Globo.

2. O processo de gravação será acompanhado por um analista. Cada informação de natureza política será assinalada no vídeo da gravação e, a cada assinalação, corresponderá uma ficha contendo o tempo de duração, o tipo de informação, e o sujeito ao qual se refere. Cada informação transmitida é uma unidade de análise.

3. Cada unidade de análise selecionada será submetida à análise de pelo menos três analistas diferentes, que a classificarão de acordo com a metodologia desenvolvida pela equipe do *Osservatorio Radiotelevisiso di Pavia.*

4. A classificação é feita diretamente nos computadores e, através de um *software* especialmente desenvolvido para o projeto, os seus resultados são obtidos em tempo real, em relatórios que apresentam a *performance* de cada rede no que diz respeito às informações políticas transmitidas. Os relatórios são análises qualitativas, ou seja, permitem aferir se as informações são positivas, negativas ou neutras em relação ao sujeito político ao qual se referem, além de apresentarem a distribuição do tempo de transmissão entre os diversos atores políticos, ou seja entre governo e oposição, entre os diversos partidos políticos e entre as principais lideranças políticas.

A metodologia que permite a análise qualitativa da informação política transmitida é complexa e difícil de ser descrita resumidamente. Foi desenvolvida especialmente para o projeto por um grupo de cientistas sociais da Universidade de Pavia. Dividindo o fluxo de informações políticas em segmentos, é possível mostrar com grande precisão quanto tempo (T) e de que maneira (V) sujeitos políticos são apresentados ou discutidos, quanto tempo no ar eles têm à sua disposição, seja para falar diretamente (GDT) e em que condições (v).

Toda a mídia eletrônica permite a identificação de Quem está falando de Quem. A metodologia desenvolvida considera segmentos compostos de duplas de indivíduos ou grupos, como uma unidade de análise. Essas duplas são compostas de um ALTER (outro) e um sujeito político (uma pessoa, um partido, um bloco), denominado de Sujeito Relevante. Uma unidade de análise pode ser constituída de um jornalista (Alter) que fala sobre um político (Sujeito Relevante), ou por um político (Alter) falando sobre outro Sujeito Relevante. O Alter é uma pessoa, grupo ou canal de TV que tem um Sujeito Relevante como objeto de sua comunicação. O Alter pode ser até ele próprio um Sujeito Relevante.

Em cada Unidade de Análise são considerados os aspectos essenciais e a eles são atribuídas valências expressas matematicamente. Este processo permite que sejam obtidas análises rigorosas e qualitativamente consistentes do conjunto de informações políticas transmitidas por uma rede de televisão.

O OBSERVATÓRIO DE PAVIA

O Observatório de Pavia surge em 1994 como um encontro feliz entre uma sociedade civil amadurecida e exigente, um estado e um sistema político democrático na sua essência e um pólo avançado das Ciências Sociais.

Com o surgimento da mídia radiotelevisiva privada, a sociedade italiana se preocupou com a natureza da informação política oferecida aos cidadãos. Decorrem destas preocupações decisões como a que estabelece a *par conditio,* ou seja, a garantia legal de condições iguais às diversas propostas políticas, assegurando, através da figura do *juiz garante* (uma espécie de *ombudsman*), a ampla liberdade de expressão, assim como a natureza democrática da informação política.

É neste contexto que a RAI (Radio Televisione Italiana), em uma decisão de notável importância, comissionou a um grupo de cientistas sociais que se ocupava da questão, a elaboração de uma proposta teórico-metodológica que permitisse uma avaliação mais segura e responsável da *performance* da mídia no que diz respeito à informação política. Esta tarefa coube a alguns professores da Universidade de Pavia, sob a liderança acadêmica do Prof. Franco Rositi.

Desta relação surgiu o *Osservatorio Radiotelevisivo di Pavia,* que tem prestado à mídia italiana em geral, à RAI, às Comissões Parlamentares, ao Estado, às forças políticas e à sociedade civil, elementos fundamentados e essenciais a um acompanhamento do processo de informação política via mídia.

Em seus quatro anos de existência, o Observatório de Pavia tem prestado um enorme serviço à democracia italiana, assim como tem prestado relevantes serviços à OCSE (Organização para a Cooperação e a Segurança Europea), tendo monitorado, para esta organização, as eleições na Albânia, em junho de 1977, a eleição presidencial na Sérvia, em dezembro do mesmo ano e em Montenegro, em maio de 1988. A legitimidade do Observatório é devida à seriedade profissional com que vêm realizados os trabalhos, à eficácia da metodologia e ao rigor com que é aplicada.

CLIENTELISMO: HISTÓRIA, CONCEITOS E INTERPRETAÇÕES

LUIZ HENRIQUE NUNES BAHIA*

> "O clientelismo tende a ser visto como uma maneira geral de regulação do fluxo de recursos na sociedade" Graziano, 1973.
>
> "O clientelismo é um complexo, de fato de uma relação paradoxal, que combina traços contraditórios como desigualdade e solidariedade, voluntarismo e coerção, recursos simbólicos e instrumentais, e que a permuta desses recursos é usualmente levada a cabo através de arremate em uma só transação de vários itens (nenhum deles pode ser permutado separadamente mas só em um conjunto que inclui ambos os tipos de recursos" Eisenstadt e Roniger, 1984).

Resumo: O artigo trata da troca nas relações patrono/cliente construída em diferentes sociedades de tal maneira a combinar acesso a recursos cruciais com reciprocidade prometida, sinais de bondade, elementos de força e respeito, solidariedade e obrigações interpessoais. Discute o clientelismo como um fenômeno relacionado ao acesso e à exclusão de bens e serviços quase sempre não regulados diretamente pela ordem jurídica e pelos valores de mercado. Vale dizer acesso e exclusão à propriedade, do ponto de vista econômico, e ao poder e suas influências, sob o ângulo da política. O texto aponta para o caráter endógeno da troca política assimétrica/clientelística ao poder a às organizações e apresenta inúmeros traços, características e propriedades do fenômeno.

Summary: The article is about the change in the relationships patron/client built in different societies in a such way to combine access to crucial resources with promised reciprocity, signs of kindness, elements of force and respect, solidarity and obligations among persons.The patronage discusses as a phenomenon almost always related not to the access and the exclusion of goods and

* Professor Adjunto de Economia Política da Faculdade de Direito da UERJ.

services regulated directly by the juridical order and for the market values. It is worth to say access and exclusion to the property, of the economic point of view, and to the power and its influences, under the angle of the politics.The text points for the character endogenous of the change political assymetric/clientelistic to the power to the organizations and it presents countless lines, characteristics and properties of the phenomenon.

Resumen: El artículo está sobre el cambio en el patron/client de las relaciones construido en sociedades diferentes de una tal manera de combinar acceso a los recursos cruciales con reciprocidad prometida, señales de bondad, los elementos de fuerza y respeto, solidaridad y obligaciones entre el patrocinio de personas.El casi siempre discuten como un fenómeno no relacionado al acceso y la exclusión de género y servicios reguladas directamente por el orden jurídico y para los valores del mercado. Merece la pena decir acceso y exclusión a la propiedad, del punto de vista económico, y al poder y sus influencias, bajo el ángulo del texto de la politica.El apunta para el carácter endógeno del cambio el assimetria/clientelista político al poder a las organizaciones y presenta las líneas innumerables, características y propriedads del fenómeno.

Consideração preliminar

É necessário mapear as questões teóricas e conceituais contidas na discussão da tese sobre o fenômeno do clientelismo, um tipo singular de relações de trocas assimétricas. A literatura teórica sobre o tema é muito ampla e abrange estudos da área da Antropologia, da Sociologia, da História e da Ciência Política. O esforço inicial obedece a um delineamento do fenômeno, que tenta ser preciso. Busca-se apresentar conceitos, tirados de interpretações da História, referentes ao fenômeno do clientelismo ou da patronagem, que tem como atores o cliente e o *patronus*, termo latino de validade atual, porque evita terminologia ambígua, como protetor, padrinho, patrocinador, etc. Fenômeno social igualmente moderno e contemporâneo que constitui objeto de novas análises e sínteses.

As relações sociais que se efetivam, segundo o modelo *patronus*-cliente, possuem caráter de permutas[1] fortemente hierarquizadas. Pode-se até admitir e dizer que seriam mais permutas pessoais e assimétricas, sem reciprocidade necessária. São trocas sem conotação monetária imediatamente visível e sem aparência mercantil, se bem que possam ter tais permutas hierarquizadas conseqüências e resultados monetários e mercantis.

1 Permuta = troca = transferência mútua e simultânea de coisas entre os seus respectivos donos. Coisa ou serviços prestados. O uso do termo será variável.

A permuta clientelista de caráter hierárquico destaca o papel do *patronus*, dominante e influente, sobreposto ao cliente. Não importa, no caso, a tipologia ao longo da história do clientelismo. A evidência da permuta hierarquizada difere bem do quadro de valores das sociedades mercantis e capitalistas estruturadas; esses valores que apregoam a igualdade de posições e de situações de todos em face do mercado de trocas monetárias e impessoais contratadas livremente.

Os valores de liberdade e de igualdade do mercado mal ocultam o fato inquestionável de que o clientelismo, julgado típico das sociedades hierarquizadas e pré-capitalistas, impregna-se nas sociedades moderna e contemporânea. Ao lado dos mercados onde também operam os órgãos estatais e as empresas, todas corporações sujeitas à lei de ferro da hierarquização, haverá sempre chefes e dirigentes hierarquizados.

A tipologia *patronus*-cliente encontra-se generalizada nas grandes corporações capitalistas, tal como nos partidos políticos e nas burocracias de associações de todos os tipos. A constatação prova que o modelo clientelista, além de tradicional na história humana, persiste na sociedade moderna bem mais caracterizada pela multiplicidade de organizações. A sociedade moderna é, ao mesmo tempo, estruturada por valores com fortes conotações morais de igualdade e liberdade de mercado e por valores de hierarquia.

O clientelismo se enraiza intrinsecamente na hierarquia inerente a toda organização. Não constitui por isso só um resíduo da sociedade tradicional, um corpo estranho na sociedade do capitalismo ou do capitalismo de Estado do socialismo real.

A organização e a hierarquia têm na sua finalidade sua razão de ser. A pesquisa histórica nos mostra que a finalidade delas é a conservação e a distribuição do poder político-patrimonial, isto é, do poder direcional ligado à propriedade patrimonial, e vice-versa. Logo vê-se que o clientelismo se manifesta em todos os modos de poder, concorrendo para a sua conservação e distribuição nos espaços não-regidos pela lei. Por ter, inclusive, uma forma de costume. No passado essencialmente, e em nossa época, o clientelismo aparece como fator endógeno às sociedades estruturadas. Não podem elas — organização e hierarquia — prescindir dele.

A propriedade privada ou pública, por ser principalmente excludente também em nosso tempo, tem de organizar-se em forma de poder patrimonial excludente, segundo o modelo hierárquico onde existe o clientelismo, ou seja, o *patronus* e o seu cliente.

No sistema político partidário é de boa norma condenar farisaicamente todo clientelismo, como se a reação fosse bastante para eliminá-lo. Esta crítica ignora estar o fenômeno relacionado a qualquer forma de organização ou de ordem. Por isso, o grau de imoralidade da prática clientelista será sempre graduado pela avaliação ética de sua finalidade.

Certamente, o clientelismo não se afina com a boa ética quando, de alguma forma, privilegia o acesso a cargos, bens e recursos, mediante uso de poder de excluir pelos governos e direções. Nesta crítica moral está implícita a condenação de formas sociais e políticas fundadas em qualquer tipo de permuta e de troca sem simetria e sem reciprocidade.

A partir da sociedade do tipo *kinship,* todas se caracterizaram pelos processos assimétricos, pela desigualdade de acesso e pelo clientelismo como um dos meios de acesso. Os avanços da meritocracia só têm tido amplitudes limitadas diante da permanência não-residual do clientelismo do *patronus* e seu cliente.

2. O Clientelismo na História

Na Antiga Grécia, o historiador Tucídides registra relações de amizade e de permuta de favores como típicas de uma sociedade ainda influenciada pelos padrões anteriores à apropriação dos bens e serviços, na tradição da família consangüínea. Esta foi substituída pelo modelo ateniense de democracia, que excluía os escravos... "Só *ajudamos os outros sem temer as conseqüências, não por mero cálculo de vantagens que obteríamos, mas pela confiança inerente à liberdade*" Tucídides 1982: 99. Era esse o espírito prevalecente e norteador da permuta clientelista, antes do advento da sociedade mercantilista.

Em Roma, o fenômeno clientelista passa a ser uma relação entre sujeitos de *status* diferenciados, que participavam da comunidade familiar. A permuta clientelista se dá em uma situação de dependência (portanto assimétrica) tanto econômica quanto política, sancionada pelo próprio foro religioso. Um indivíduo de posição mais elevada — o *patronus* — protege seus clientes, defende-os em juízo, testemunha em seu favor, além de lhes destinar:

> *"[...] as próprias terras para cultivo e seus gados para criar; um ou mais clientes, indivíduos que gozam do status de libertos, geralmente escravos libertos, ou estrangeiros imigrados, os quais retribuem, não só mostrando submissão e deferência, como também obedecendo e auxiliando de variadas maneiras o patronus, defendendo-o com as armas, testemunhando a seu favor perante os tribunais e prestando-lhe, além disso, ajuda financeira, quando as circunstâncias o exigem" Bobbio 1986: 177.*

O clientelismo romano descrito por Bobbio assemelha-se ao praticado no mundo político moderno, sob aparências diversas, mas sempre com o mesmo caráter de uma relação baseada na influência, no mando e na dependência

recíproca, mas assimétrica. A proposição de Bobbio nos leva a insistir na questão da transitoriedade ou da permanência histórica do fenômeno clientelismo. Estamos diante de uma herança, de caráter residual, de uma sociedade de tipo hierarquizada embutida no seio da sociedade moderna, onde reina a troca (e não a permuta) realizada por indivíduos ou organizações, pessoas físicas independentes e pessoas jurídicas? Vivemos em uma sociedade que ainda estaria por se modernizar completamente, nela coexistindo apenas um resíduo clientelista das relações consangüíneas e hierarquizadas? O padrão clientelista seria simplesmente residual, ou apenas um resíduo fadado a extinguir-se? Ou seria um padrão de relacionamento social duradouro e inevitável? Em lugar de definhar, estaria ele vigorante sob formas de expressão que disfarçam bem o seu caráter original passado e frustram expectativas de desaparecimento de relações julgadas residuais e passageiras?

O padrão clientelista é constante e não simplesmente residual. Ele atuou de forma visível, inclusive durante a experiência do "socialismo real". A sociedade de mercado absorve o clientelismo (e vice-versa) ajustando-se à prática dos acessos privilegiados, à exclusão aos recursos e valores sociais. A resposta de Bobbio aponta o caminho adotado:

> *"De fato, embora o impacto com as estruturas do mundo moderno provoque rupturas na rede de vínculos da clientela, embora as relações de dependência pessoal sejam formalmente excluídas, tudo isso tende, contudo, a sobreviver e a adaptar-se, seja na presença de uma administração centralizada, seja em face das estruturas da sociedade política (eleições, parlamento, partidos)" Bobbio 1986: 177.*

Sobrevive porque a lei de ferro do clientelismo se filia às leis de ferro da organização — a dos dirigentes e dirigidos — na propriedade patrimonial e na propriedade do capital. Chegamos, nos exemplos weberianos e seguintes, à revelação das funções do clientelismo (*patronus*-cliente) ao lado do Direito regulador da divisão social do trabalho ao longo da Idade Média instalada após a queda do Império Romano. Quem fala em dirigente-dirigido e em organização da propriedade em um sistema de Direito, está falando em divisão social do trabalho dentro de um sistema jurídico, não importando que esse direito ordenador ou organizador seja escrito ou costumeiro.

> *"[...] junto à conquista e à diferenciação interna, aparece a submissão voluntária do homem desarmado ao domínio de quem possui armas. ("Comendação") [esses homens desarmados] necessitam de uma proteção; reconhecem, então, um senhor como patronus (tal como em Roma) e reclamam o direito de representação em juízo". Weber 1968: 72.*

Direitos e proteção permutados por serviços ou pagamentos tributários. Proteção militar e obrigações militares permutadas caracterizam clientelismo, uma forma de divisão social de trabalho hoje inscrita na ordem jurídica moderna, a qual deixa espaço para múltiplas formas de permuta de obrigações e de serviços.

Weber estuda também a divisão social do trabalho sob a forma de dominação patriarcal e patrimonial no Egito Antigo. Lá aparece a figura do funcionário patrimonial que se especializa em seus "serviços" e deles espera as vantagens e promoções hierárquicas. Serviços e vantagens são partes do sistema patrimonial de dominação no qual o clientelismo está inserido: na política do poder, na administração da burocracia privada ou pública. A inserção aparece como ilegalidade abrigada na divisão de trabalho nas sociedades mercantis e capitalistas.

O fenômeno clientelista também é estudado por Weber na dimensão político-urbana das cidades da Antigüidade e da Idade Média que colocavam, quando podiam, outras cidades sob clientela. Weber descreve o cliente da seguinte maneira:

> *"não eram servos [...] eram gente modesta [...] entravam em uma relação de proteção com um cabeça de família ou linhagem ou com o rei, e recebiam instrumentos e terras [...] e quase sempre sua situação foi hereditária [...]" Weber 1964: 1036.*

O cliente tem uma tipologia variada em diferentes pontos da história social, mas sempre nele se estabelece o vínculo de proteção em permuta de participação patrimonial e diversas formas de acesso social vertical.

O termo clientela é conhecido em toda a Renascença italiana. É cada vez mais usado para descrever os vínculos não-contratuais entre homens de prestígio e aqueles a quem estavam em posição de ajudar com proteção, empréstimos, conselhos em ações judiciais, promoção em carreiras, apadrinhamento político, etc. A prática universal na Itália renascentista é descrita em termos gerais pelos antropólogos sociais sob o nome de patrocínio, mas clientela descreve melhor o fenômeno em sua conotação política na vida dos partidos e seguidores políticos em Florença: por exemplo, a dos seguidores das famílias Albizzi ou Médici no século XV. Os seguidores ganhavam favores, compartilhavam informações, era-lhes facultado o acesso a contatos que lhes seriam úteis e a meios de influência de todo tipo, ao prestígio, enfim. O funcionamento da clientela é particularmente claro nas repúblicas oligárquicas: Florença, Luca, Gênova, Siena. A fachada aristocrática de Veneza refletia convenções de deferência e autoridade que operavam dentro de uma estrutura exclusivamente de família e clã. Em Milão e Nápoles, em geral em áreas rurais dominadas por latifúndios

nobres, a clientela converteu-se numa forma (por vezes positivamente) mais feudal de proteção em troca de serviço Hale, J.R. 1988: 97-8.

É importante, também, transcrever trechos do estudo de Rosenberg (1966), que mostra a presença do clientelismo no sistema feudal e na formação do Estado moderno. Neles, fica evidente o caráter híbrido e fundido da propriedade ao mesmo tempo pública e privada. A concepção proprietária de governo criou um emaranhado de assuntos públicos e privados. Os direitos de governo eram uma forma de propriedade privada. As "terras da Coroa" e "grandes propriedades rurais do rei" eram sinônimas. Não havia diferenciação entre as capacidades privada e pública do rei. O reino, como qualquer grande propriedade privada dotada de atributos de autoridade governamental, era assunto de seu proprietário. Isto porque o estado (*state*) e a grande propriedade (*estate*) eram idênticos (Rosenberg: 5).

Rosenberg, ao examinar o modelo francês de construção do Estado nacional, descreve outro fenômeno histórico importante: a compra de cargos ou funções públicas:

> *"Os titulares de função pública, tais como definidos e protegidos pela lei francesa, oferecem expressão concreta da associação de autoridade pública com direitos de propriedade privada, que o estado feudal admitia como transmissíveis aos sucessores. Esses titulares eram possuidores dos empregos administrativos e judiciais cuja nomeação tinha de ser legalmente aprovada pela coroa. Na realidade, no decurso dos séculos quatorze e quinze, quando foi construído o estado francês, a compra de titularidades era bastante comum para reduzir a confirmação a uma formalidade. Através dessa prática, o comprador ganhava um título pessoal de propriedade sobre determinado cargo ou função" Rosenberg 1966: 15.*

Eis aí a origem da apropriação do cargo ou função pública, fato histórico que abre as portas às permutas do clientelismo. No Brasil existiram as capitanias territoriais hereditárias e o estado cartorial da corporação burocrático-privada. Nesta última atua boa parcela da chamada classe política profissional.

Continuando a citar Rosenberg:

> *"Desde que pagas as respectivas custas, o cargo era reconhecido como sendo função pública regularmente estabelecida, assim como um objeto de apropriação privada. Isso é coisa distinta de um investimento de capital ordinário, uma vez que era uma fonte de privilégio, uma base segura de poder pessoal, e freqüentemente também meio de obter título de prestígio e status nobre. O rendimento derivado*

disso não era tanto em vencimentos e ajudas quanto em custas e prerrogativas. O titular possuía seu posto e direitos vinculados quase tal como um pedaço de grande propriedade, havido por compra com dinheiro de heranças ou adquirido como dote" Rosenberg: 36.

Na prática do clientelismo moderno, tanto o burocrata como o político investido em função pública muitas vezes se comportam como se fossem donos do cargo ou da função. Com lucidez, Rosenberg desdobra a sua análise no tempo histórico:

> *"No que tange às forças sociais no estado, os modernos 'velhos' regimes eram de fato não mais do que uma variação da monarquia aristocrática, uma monarquia dominada pelo poder aristocrático, de grupos de burocratas e nobres. Relacionada por descendência direta ao Standestaaten e à política feudal, as monarquia absolutas retiveram certos traços de seus predecessores. Ao mesmo tempo, contudo, elas eram bem mais centralizadas e burocratizada, mais ativa nas indústrias têxteis e de armamentos, e nas atividades bancárias. Essas atividades fizeram nascer uma combinação de propriedade 'pública', burocrática, empreendedora e gerencial. As operações de negócios por dinastas e os criadores de normas legais substituíram o chefe real pessoal" (Rosenberg: 49).*

O ponto a destacar é o de que o Estado (o poder do Estado) era um ente privado, ele mesmo detentor do direito de excluir da propriedade. O fenômeno clientelista-patrimonialista faz parte da história dos Estados nacionais.

Já que a Inglaterra não tinha direito público especial e uma vez que a lei constitucional era parte integrante de uma ordem legal modista, não havia lugar para o tipo comissário de funcionário público. Os servidores públicos, pagos pela lista civil do rei, eram uma categoria de funcionários patrimoniais. Os cargos eram conferidos de forma vitalícia e eram considerados, pelos advogados e pelo Parlamento, propriedades absolutas do titular. "Por conseguinte nenhum posto governamental podia ser tirado de seu ocupante ou suprimido, nem mesmo podia seu caráter ser mudado sem violar o direito de propriedade privada" Rosenberg: 51.

Esses servidores eram, na realidade, mais ou menos cobeneficiários parasitas do papel de patronagem aristocrática.

Favoritismo e nepotismo fizeram parte da tradição político-administrativa alemã. No Estado patrimonial alemão, a elite dirigente controlava os cargos públicos como se estes fossem parte de suas propriedades privadas. Rosenberg conclui: *"Dentro do círculo estreito do grupo governante era bem comum*

usar-se o cargo como objeto de permuta, um artigo transferível, e um instrumento de especulação aquisitiva"(Rosenberg: 52).

Assim se irá chegar, a partir do usufruto hereditário, à propriedade de partes do território do príncipe:

> *"Em virtude da confusão comum de negócios públicos e iniciativas privadas os titulares de cargos oficiais, embora tecnicamente nomeados, encaravam a autoridade e os recursos do território do príncipe como usufruto hereditário e intercambiável da nobreza nativa. Eles estavam mais interessados nos rendimentos do que nos deveres. O serviço público era uma fonte valiosa de rendas, recursos para fazer e recuperar a fortuna pessoal, e fonte de prestígio social, de conforto pessoal e de prazer ocioso" (Rosenberg: 54).*

A análise de Rosenberg segue demonstrando a aliança que ocorre entre o sistema do mérito e o "sistema de não-mérito" (sem eficiência assegurada e, por isto, de desperdício), no período de transição para o Estado moderno. "Nomeações de pistolão, moderadas por competição limitada, era a base do recrutamento nos serviços de carreira no estado prussiano. Através de erros e acertos e após muita confusão, lá desenvolveu-se uma mistura impura e desconexa do novo sistema de mérito com o velho 'sistema de ineficiência privilegiada'":

> *"[...] sob Frederico William I, antes do vasto crescimento do tamanho da monarquia e a ulterior expansão da atividade governamental fortificarem o poder de nomear da alta burocracia, a maioria das nomeações e promoções eram feitas com a concordância das solicitações dos ministros, presidentes de conselhos, e mais irresponsavelmente, de pessoas bem situadas e importantes" (Rosenberg: 87).*

Historicamente, o sistema do mérito tem convivido, sem excluí-lo, com o sistema do privilégio ineficiente do clientelismo na ocupação dos cargos burocráticos. O autor que estou citando estabelece bem a relação entre a ocupação de altos cargos na burocracia e o enriquecimento no serviço público. A realidade fica sempre distante do modelo da racionalidade burocrática supostamente isenta e imune às razões opostas da racionalidade compatível com realidade do poder do príncipe ou de qualquer praticante do jogo político.

O método predominante era de decisão conjunta entre o rei e seus auxiliares. Empréstimos, presentes e gratuidades, e outros pagamentos paralelos, não revelados, eram praticados.

O nepotismo não foi um fenômeno característico da Prússia; também existiu em outras localidades da Europa Ocidental e Oriental. A transição para um sistema de governo absoluto tinha alargado a base social de recrutamento da elite burocrática. Isso provocou um influxo de novos quadros humanos, novos conceitos e novos valores; mas todas as inovações ou modificações demonstraram ser compatíveis, na realidade, com o favoritismo e a persistência das práticas nepotistas de controle de cargos hereditários.

Esta pequena história do conceito buscou ilustrar como as relações clientelísticas atravessaram os séculos, da Antiga Grécia aos tempos industriais, permanecendo como mecanismo de troca e de reciprocidade de natureza assimétrica que, nesse sentido, desempenhou e desempenha função básica — mas não exclusiva — de cimento das sociedades passadas e atuais.

3. O fenômeno do clientelismo: conceitos, análises e interpretações

Não desconheço a existência de uma ampla literatura que estuda o clientelismo no Brasil como processo cultural-histórico e o vincula à nossa formação ibero-americana, assim como o interpreta como um fenômeno decorrente do nosso subdesenvolvimento político. Mandonismo, patrimonialismo e coronelismo constituem, por exemplo, grandes matrizes interpretativas formuladas por um conjunto de pensadores brasileiros. Notável a nossa literatura acerca do tema, ressaltando-se, entre outras, as obras clássicas de Raimundo Faoro (1975), Vitor Nunes Leal (1949), Nestor Duarte (1966)[2].

2 Cabe destacar os seguintes trabalhos: Hélio Jaguaribe (março 1953) "Cadernos de Nosso Tempo", outubro-novembro, Ano I, nº 1, 120-160; Da Matta, R. *Carnaval, malandros e heróis.* Rio de Janeiro: Zahar 1979: Diniz, E. *Voto e máquina política. Patronagem e clientelismo no Rio de Janeiro.* Rio de Janeiro: Paz e Terra 1982; Duarte, N. *A ordem privada e a organização política nacional.* São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1966; Faoro, Raimundo. *Os Donos do Poder.* São Paulo. Globo/Ed. USP, 2ª edição 1975; Schwartzman, S. *São Paulo e o Estado Nacional.* São Paulo: Difel 1975; Schmitter, P. *Interest conflict and political change in Brazil.* Stanford: University Press 1971; Stepan, A. *Estado, corporativismo e autoritarismo.* Rio de Janeiro: Paz e Terra 1980; Queiroz, Maria Isaura Pereira. *O Mandonismo Local na Vida Política Brasileira* e Outros Ensaios. São Paulo, Alfa-Omega 1976, 2ª edição; Holanda, S.B. *Raízes do Brasil.* Rio de Janeiro: José Olympio 1973; Leal, Vitor Nunes. *Coronelismo, Enxada e Voto*; São Paulo, Alfa-Omega 1949; Souza, Amaury de. "O Cangaço e a Política da Violência no Nordeste Brasileiro", *in Dados*, n. 10, Iuperj 1973; Nunes, Edson de Oliveira. Bureaucratic Insulation and Clientelism in Contemporary Brazil: uneven State Building and the Taming of Modernity. Berkeley, University of California 1984. (Tese de Doutorado); O'Donnell, G. "Transições, Continuidades e Alguns Paradoxos", *in* Fábio Wanderley Reis e G. O'Donnell (orgs.), A Democracia no Brasil — Dilemas e Perspectivas. São Paulo, Vértice 1988; Leal, Maria Cristina. "Condicionantes do Planejamento na Alocação de Recursos no 1º e 2º graus",

Não pretendo negar essas interpretações. Apenas fazer uma nova leitura e tentar encontrar outra explicação para o fenômeno das trocas políticas assimétricas /clientelísticas ao modelá-lo sob a perspectiva da teoria da troca e da teoria dos jogos. Entendo que o caráter muito especial da interpretação brasileira nos obriga a futuras pesquisas e investigações a serem realizadas sobre as condições mais propícias para o surgimento e prática das trocas políticas assimétricas/clientelísticas.

É vasta a literatura internacional acerca do fenômeno do clientelismo[3]. Estudos comparados bem como modelos interpretativos podem ser observados, inicialmente, em trabalhos das décadas de 60 e 70. Neles pode-se detectar uma forte tendência em vincular a existência do fenômeno — seus traços e propriedades — a determinadas condições históricas marcadas pelo subdesenvolvimento político[4].

Esta não é a minha preocupação. Busco identificar nas análises de alguns autores os traços, as propriedades e as características essenciais e permanentes das relações clientelísticas. Procuro, também, mostrar que há, em grande parte na literatura mais recente, um entendimento de que o fenômeno do clientelismo é endógeno à organização e ao fenômeno do poder.

Aqui cabem dois esclarecimentos premilinares. O primeiro refere-se ao critério de escolha dos autores. O que norteou a decisão foi a busca de algumas contribuições visando os objetivos mencionados anteriormente. Portanto, a seleção dos autores não obedeceu a qualquer critério relativo às escolas teóricas, correntes ou tendências. O segundo aspecto a esclarecer refere-se ao caráter endógeno do fenômeno. Pode parecer que não há outro tipo de troca política. Não é assim. Em primeiro lugar, vale dizer que não é clientelismo aquelas políticas que se distanciam dos traços e propriedades — já apresentadas no capítulo I — do fenômeno. E, em segundo lugar, como veremos no capítulo IV, a caracterização de uma política clientelística requer o exame da produção de bens clientelísticos.

Na linha de análise antropológica, encontramos o trabalho de Eric Wolf, "Kinship, Friendship and Patron-Client Relations in Complex Societies" (1966). Segundo o autor, o mapa do poder político das sociedades complexas teria zonas de concentração do poder soberano (centros-chave de controle) e

mimeo. Tese de Doutorado 1990: UFRJ; e Zaluar, Alba, *A Máquina e a Revolta* 1095, São Paulo, Ed. Brasiliense.

3 Vale observar a vasta bibliografia sobre o tema, tanto do lado teórico quanto dos estudos comparados de casos (Eisenstadt e Lamarchand 1981: 298-330).

4 Neste sentido é importante mencionar as pesquisas de Kenny 1960 e Maura 1977 acerca da Espanha; de La Palombara 1964, Silverman 1965 e Graziano 1973 em torno da Itália; de Weingrod 1977 envolvendo os países Mediterrâneos — Norte da África, Oriente Médio e Sudeste Europeu, entre outros autores.

zonas "em branco". A estrutura formal do poder político e econômico existiria lado a lado, ou entremeada por vários outros tipos de estrutura informal que são intersticiais, suplementares ou paralelas a ela.

Estudos sobre as grandes instituições mostram a importância funcional dos grupos informais, alguns dos quais aderem às estruturas formais. Às vezes, as relações sociais informais são responsáveis pelos processos metabólicos necessários ao funcionamento das instituições formais; em outros casos, a organização do quadro formal é proporcional mas não funciona, a não ser que mecanismos informais sejam construídos para sua violação direta.

O trabalho de Wolf focaliza três conjuntos dessas estruturas paralelas nas sociedades complexas: *parentesco, amizade* e a relação *Patrão/Cliente*.

A carga de afeto, que mantém o caráter de reciprocidade em equilíbrio entre iguais, pode ser vista como um expediente para garantir a continuidade do relacionamento em face de possíveis desequilíbrios daí decorrentes. Portanto, a relação é ameaçada quando uma parte é claramente explorada pela outra.

Segundo Wolf, a relação de amizade instrumental desenvolve-se melhor em situações sociais, que são relativamente abertas, e, nas quais, amigos podem agir como garantia mútua na tentativa de ampliar suas manobras nas esferas de influência. O século XX, segundo ele, assiste a uma nova forma de fechamento social, desta vez não no âmbito de corporações de proprietários de terra, mas na tendência das organizações altamente burocráticas, de diminuir a área da livre iniciativa. Nessas grandes organizações burocráticas a relação de amizade instrumental incorpora-se na formação das chamadas "panelinhas", ou grupos informais semelhantes.

A relação de amizade tipo "panelinha" tende a envolver o conjunto de papéis relacionado com o trabalho em particular. Entretanto, a "panelinha" serve a mais propósitos do que se espera dela no quadro formal da organização da instituição. Ela é usualmente catalisadora de um elemento afetivo que pode ser usado para contrabalançar as demandas formais da organização e tornar a vida na instituição mais aceitável e significativa.

Wolf afirma que, quando a relação de amizade instrumental alcança um ponto máximo de desequilíbrio, no qual um parceiro é claramente superior ao outro em sua capacidade de garantir bens e serviços, aproximamo-nos do ponto crítico em que a relação de amizade cede lugar à relação *patronus*/cliente. Uma carga mínima de afeto reveste a relação *patronus*/cliente de confiança, que sublinha a promessa de um apoio mútuo no futuro.

Os dois parceiros do contrato *patronus*/cliente, entretanto, não trocam mais bens e serviços equivalentes. As trocas são assimétricas. As ofertas do *patronus* são mais tangíveis: ele fornece ajuda econômica e proteção contra a cobrança legal e ilegal das autoridades. O cliente, por sua vez, paga de uma maneira menos tangível, com demonstrações de respeito e com um grande senso de

lealdade para com seu *patronus,* que ele não esconde. Fazendo isto, o cliente estimula os canais de lealdade, cria boa vontade, acrescenta nome e fama ao seu patrão e garante a ele uma espécie de imortalidade. Uma segunda contribuição do cliente para o *patronus* é a informação que o primeiro fornece sobre a maquinação de terceiros. Uma terceira forma de contribuição é a promessa de apoio político. Aqui o elemento "poder" emerge e não é mais mascarado pela reciprocidade, porque o cliente não apenas assegura ao *patronus* seu voto e apoio no processo político, ele também promete não considerar outro *patronus* senão aquele de quem recebeu bens e crédito. O cliente tem o compromisso não apenas de dizer que é leal, mas também tem de demonstrar esta lealdade. Ele se torna membro de uma facção que serve aos propósitos do líder. A disputa de clientes por *patronus* gera competição em potencial entre *patroni* que oferecem ao cliente sua influência, sua habilidade de conquistar apoio e de manter este apoio.

Wolf especula sobre as formas que as relações *Patronus*/cliente vão adquirir nas diferentes circunstâncias. Os laços decorrentes das relações mostram-se especialmente funcionais nas situações em que a estrutura formal das instituições da sociedade é fraca e incapaz de fornecer, de modo estável e constante, bens e serviços, principalmente as camadas sociais de baixo nível.

Outra importante abordagem é apresentada por Weingrod, em *Patrons, Patronage and Political Parties* 1968. Sua análise começa com a pergunta: o que é patronagem? Segundo o autor, os estudos antropológicos apresentam três tipos de resposta. A primeira baseia-se nas relações recíprocas entre *patroni* e clientes. *Patronus* é a pessoa que usa sua influência para proteger e ajudar outra pessoa que se torna, então, seu cliente e que retribui prestando certos serviços a ele. Patronagem é, pois, um complexo de relações entre aqueles que usam sua influência, posição social ou algum outro atributo, para ajudar e proteger aqueles que buscam ajuda e proteção. A segunda entende que a estrutura do sistema de patronagem é baseada nas relações sociais entre clientes que procuram um homem com habilidade e contatos suficientes para protegê-los e patrões que aceitam estes deveres em troca da fidelidade política, e que, por sua vez, através de pessoas influentes e membros do parlamento, estejam ligado ao Congresso. A organização do governo e a estrutura do patronato são hierarquias paralelas. A terceira constata que, na patronagem, o *patronus* tem poder de conceder alguns benefícios que o cliente deseja, que podem ser desde uma estrada perto da casa do cliente até o emprego de um parente deste em um escritório sob o controle do patrão.

Para Weingrod, essas três interpretações salientam que as relações de patronagem podem ser identificadas como dando ênfase à desigualdade do poder entre patrões e clientes e ao caráter recíproco dos laços sociais aí formados.

Segundo o autor, patronagem, no sentido antropológico, tem um significado especial, técnico; designa um tipo determinado de relação interpessoal; ou seja, o termo se refere a um padrão particular de interação social.

Embora o uso atual tenha obscurecido seu significado original (o termo é mais usado hoje para descrever relações entre pessoas de diferentes posições sociais do que para descrever laços entre "livres" e "não-livres"), os antropólogos continuam a enfatizar o aspecto desigual dessa relação. Patronagem é uma hierarquia informal, um tipo de trama de amizade centrada na influência.

O estudo da patronagem tal como entendido pelos antropólogos é a análise de como pessoas de autoridade desigual, ligadas por outros laços de interesse e amizade, manipulam suas relações de modo a atingir seus fins. A outra questão formulada por Weingrod visa a saber o que os cientistas políticos têm em mente quando escrevem sobre patronagem. O termo tem, aí, um tipo de significado "*folk*" (popular), ou seja, patronagem refere-se às maneiras pelas quais os partidos políticos distribuem empregos públicos ou favores especiais em troca de suporte político. O partido político (um grupo formalmente organizado) é o caso específico neste uso do termo.

Na Ciência Política, nos estudos sobre patronagem, os termos-chave são: "chefe" e "máquina política", ou mérito *versus* compromisso político. Patronagem, desta perspectiva, é o estudo de como os líderes políticos buscam canalizar para seus próprios fins as instituições e os recursos públicos, e de como favores de vários tipos são permutados por votos.

Há, portanto, um grande contraste entre as duas abordagens: para a Antropologia, patronagem se refere a um tipo de relacionamento social, um contrato "dual"; *uma relação duradoura*. Para a Ciência Política, patronagem é uma característica de governo, uma organização formal, uma relação que se expressa mais claramente durante as campanhas eleitorais.

Segundo Weingrod, há, ainda, áreas de coincidência — laços *patronus*/cliente — que caracterizam certas relações dentro de um sistema de patronagem orientado por partidos políticos; todavia, um sistema de patronagem não pode ser simplesmente reduzido a uma série de laços do tipo *patronus*/cliente. Um partido político é muito mais do que um conjunto de "contratos duais". Enfim, essas duas interpretações do texto são tão divergentes, que é necessário se especificar de qual das duas se está falando.

Patronagem, no sentido antropológico, aparece cada vez mais como um fenômeno histórico, enquanto em Ciência Política torna-se relevante para as questões contemporâneas. "Amizade desequilibrada" pode voltar a ocorrer nas comunidades atuais, mas não com o significado que possuíam antes. Relações tradicionais entre *patroni*/clientes (donos da terra e arrendatários) se tornaram menos importantes, enquanto as relações entre líderes ou agentes políticos e seus partidários se tornaram mais significativas. Os cargos eletivos e a administração dos partidos agora têm um papel mais importante, o que faz com que os antropólogos, hoje, queiram incluir, em seus estudos sobre aldeias, alguns aspectos dos partidos políticos e órgãos governamentais. Parece claro que o impacto do sufrágio universal, dos partidos políticos de massa e, genericamente, da sociedade de massa, transformou as condições políticas de várias sociedades rurais.

Weingrod levanta duas outras questões: a primeira indaga como a patronagem pode ser interpretada em qualquer dos dois sentidos e a segunda procura saber por que os laços de patronagem prevalecem em certos tipos de sociedade e por que essas relações são, em geral, substituídas por patronagem conduzida por partidos políticos.

O autor sugere que os laços patrão/cliente podem ser encarados como surgindo em Estados, cuja estrutura tem autoridade dispersa e campo de ação limitado, e onde existe considerável separação entre as condições de aldeia, cidade e Estado.

O autor refere-se ao modelo de Lattimore de "estrutura celular" (no Estado chinês clássico) como um modelo para conceituar o tipo de Estado onde emergem ações do padrão *patronus*/cliente. Ele chama a atenção para duas características desses Estados: as várias comunidades ou regiões que compõem o Estado são fracamente ligadas umas às outras; a estrutura política do Estado é concentrada na capital e nas grandes cidades e atinge o campo apenas para preservar a ordem e coletar impostos.

O Estado não assume como sua a tarefa de transformar o campo; ao contrário, as autoridades fazem apenas incursões ao interior, embora o poder do Estado seja representado por destacamentos policiais, funcionários públicos, tribunais, cartórios de registros de terras, cobrança de impostos etc. Os altos funcionários públicos são recrutados de grupos pequenos e restritos. O que importa aqui é que várias "lacunas" aparecem, na "estrutura celular"; por exemplo, lacunas entre regiões, comunidades e funcionários públicos das aldeias e das grandes cidades. É neste contexto de relativa segmentação que surgem tipos de mediadores que podem agir como ponte entre regiões ou atores políticos e sociais (advogados, donos de terra, comerciantes, políticos), que são rotuláveis de "*patronus*".

A necessidade de mediadores novos surge das lacunas entre esses fatores. Os laços *patronus*/cliente aparecem em um Estado que pouco regulamenta. A emergência do clientelismo dentro dos partidos se dá em um certo tipo de Estado. Vale dizer, torna-se muito importante quando o poder do Estado se expande na sociedade e quando os próprios partidos políticos se unem, cada vez mais, à estrutura do Estado. Neste tipo de Estado, os funcionários públicos não se restringem apenas a manter a ordem e a coletar impostos, eles buscam transformar as condições do campo. Isto se percebe nos estudos sobre desen-

volvimento. Esta associação entre partidos e governo cria nova possibilidade para o clientelismo, permitindo que os partidos a utilizem para seus fins eleitorais. A "política do desenvolvimento" é, então, causa central da expansão de patronagem através de partidos.

O novo "homem de influência" tem de ser um político, pois, o poder que ele pode vir a obter, vai depender de sua habilidade de lidar com o sistema mais geral, este tipo de relação vai quase substituir a relação clássica *patronus*/cliente, que apenas subsiste em determinadas circunstâncias. Mas, de modo geral, o chefe partidário e seus colaboradores — os profissionais — controlam os recursos e assistem melhor a seus eleitores do que um *patronus* assiste a seus clientes. A expansão econômica e o papel social do Estado podem, pois, ser vistos como sublinhando toda a extensão possível da nova patronagem. Estas mudanças são sintomas de uma transformação mais profunda, a mudança do "tradicional" para a "sociedade de massa".

Sendo grupos nacionais, os partidos podem servir de ponte entre as regiões, recrutando novos grupos; podem, ainda, ultrapassar diferenças de *status* que tradicionalmente separavam classes ou grupos étnicos. Os partidos servem para exercer funções de "ponte", de "mediador".

Finalizando, Weingrod chama atenção para o fato de que é preciso, também, analisar se o clientelismo praticado dentro de partidos representa um obstáculo, ou se, ao contrário, cria incentivos para o desenvolvimento. A habilidade de conceder recursos, que o clientelismo possui, pode ser vista como abrindo novos caminhos para a mobilidade política e estimulando talentos políticos em vários níveis. Não se sabe se essas atividades contribuem para o "desenvolvimento político" ou se retardam a transformação política e social.

Kaufman examina em "The Patron-Client Concept and Macro-Politics: Prospects and Problems" (1974) uma série de perspectivas e problemas do conceito patrão/cliente e do nível macro de análise da política. Segundo Kaufman, a maioria dos autores — antropólogos, principalmente — começa por estudar pequenas sociedades, analisando relações interpessoais muito aquém do nível da política nacional e desenvolvem suas considerações até complexos sistemas políticos.

A relação clientelística é ainda aqui tratada como tipo especial de permuta "de dois", individualizada pelas seguintes características: a relação ocorre entre atores de poder e *status* desiguais; é baseada no princípio da reciprocidade, isto é, uma forma de troca interpessoal auto-regulável; a relação é particularista e privada, ancorada apenas levemente na legislação pública e nas normas comunitárias.

A permuta clientelista se torna, na literatura atual, aspecto central para o entendimento de como funcionam ao menos alguns sistemas políticos. E constitui, em certas instâncias de interesse, forma de controle sócio-político.

O conceito de clientelismo propicia a relação entre os tipos de poder, já que inclui a idéia de hierarquia que permite intensos conflitos na base da pirâmide e a permanência dos indivíduos sob um só *patronus*.

Kaufman aponta para o caráter estrutural do fenômeno do clientelismo, quando afirma "que o fenômeno político latino-americano não é totalmente único e pode ser comparado ao de outras sociedades [...] o conceito de clientela fornece um terreno comum pelo qual o estudo da América Latina pode ser ligado comparativamente ao estudo do comportamento social em outras partes do mundo" (Kaufman 1977: 287).

Ao tratar do problema da diferenciação do sistema clientelista em relação a qualquer outro, Kaufman explicita que, para especificar a relação "de dois" entre patrões e clientes, é necessário diferenciar os sistemas de larga escala clientelistas dos outros tipos de coletividade de larga escala. Baseia-se nas obras de Scott (1972), Lande 1971 e Powell 1970 e tece algumas considerações fundamentais.

No clientelismo, a *autoridade* baseia-se na capacidade de controlar recursos materiais escassos e na capacidade de usar estes recursos na troca com os seguidores. Diferenciam-se ainda das demais formas de autoridade por ser personalista (sem contrato legal); cada um dos membros na coletividade clientelista possui objetivos particulares; as relações são verticais e os membros quase não se conhecem (o vínculo é só com o patrão). A verticalidade torna a relação clientelista menos estável que as demais.

As diferenças acima são úteis para identificar os sistemas clientelistas, apesar de ser sabido que o tipo "puro" de clientelismo não existe no mundo empírico. É claro que, apesar da dificuldade de distinção, a persistência de organizações de larga-escala, clientelistas ou não, possui normas reguladoras. Então, estas estruturas são, no mínimo, relevantes ao sistema *patronus*-cliente para a formulação de recursos críticos para a sustentação do sistema. Pode ser sugerido que existem distinções quantitativas (as organizações clientelistas são mais personalistas quanto à autoridade, por exemplo), e distinções qualitativas (organizações que oferecem um tipo particularista de incentivo a seus membros). De qualquer forma, segundo Kaufman, a tarefa crítica na definição do clientelismo é a especificação mais nítida de organizações que *não* podem ser consideradas clientelistas. Até que as características alternativas das demais sociedades sejam estudadas, as diferenciações atualmente utilizadas não serão de grande utilidade.

A questão sobre o que realmente o clientelismo explica, de acordo com o autor, depende de vários fatores. Variará em função do que entendemos por clientelismo e como respondemos às questões anteriores. Os cientistas políticos irão utilizar o conceito para explicar sistemas mais amplos. A expansão poderá ter raízes econômicas ou antropológicas. Assim, papéis estruturalmente com-

paráveis são identificados e diferenciados, em termos do grau em que se aproximam do modelo clientelista e as proposições se desenvolvem sobre as condições em que estas estruturas emergem, as condições nas quais são mantidas e, mais importante, a maneira como agem sobre o meio.

Finalizando, o autor afirma que o interesse dos cientistas políticos pelas áreas "em desenvolvimento" é bastante recente e o conceito de clientelismo parece ser fundamental para a compreensão daqueles contextos. Kaufman não desmerece os esforços que têm sido feitos, mas alerta para a necessidade de bases conceituais e teóricas mais sólidas. E critica: a literatura tem falhado em especificar os níveis de análise e o modo de aplicação do conceito de clientelismo; os autores não adotam critérios sólidos para distinguir entre os casos empíricos; e uma atenção inadequada tem sido dada às implicações e limitações das abordagens e estruturas comparativas. Estas limitações não chegam a inibir significativas pesquisas e teorias de nível médio, mas o constrangimento sobre as inferências oriundas daí deverá ser reconhecido.

Ionescu, em seu trabalho "Patronage under Communism" (1977) diagnostica que, devido às mudanças ocorridas após a I Guerra Mundial, é importante se analisar os vínculos da patronagem tradicional com a atual (a do momento da elaboração do artigo) situação política vigente em países como a URSS, China e Polônia, por exemplo. Em resumo, importa descobrir como e se o patronato sobreviveu sob o regime comunista, ou marxista-leninista-stalinista.

Dois dos aspectos mais relevantes do conceito de patronagem são, na visão do autor, o nexo entre interesses recíprocos que formam a relação *patronus*/cliente e, por outro lado, o produto final desta relação: a alocação de posições e *status*. Em ambos os aspectos, o conceito de patronagem não é visível no processo político original da URSS de antes da II Guerra Mundial, mas se torna bastante mais presente nos Estados do "socialismo real".

A análise de Ionescu busca explicação para a *rivalidade entre os aparatos*. Os aparelhos mais importantes — o Partido, a polícia política, o exército, os sindicatos, a administração etc. — são propensos, por duas razões, a se rivalizarem e, em princípio, devem agir como *patroni* na busca de sua própria clientela. A primeira razão é porque cada um destes grupos deseja obter o controle político supremo; a segunda é devido ao fato de que, como grupos profissionais, eles necessitam do melhor pessoal e buscam candidatos de qualidade para seus quadros.

No momento em que, de certa forma, o Partido se afasta da obrigatoriedade de nomear posições, abre espaço aos demais aparatos, já que estes querem ter seu próprio homem indicado para postos de mando e, ainda, querem ver suas empresas ou serviços dirigidos da maneira mais própria.

As trocas de promessas são comuns entre os grupos funcionais e os candidatos potenciais. Os grupos mais fortes, segundo o autor, são formados pela

elite técnica e administrativa. Contudo, existem velhos grupos ainda poderosos (ou quase clã) que favorecem as relações de parentesco.

Porém, o vínculo mais específico na sociedade industrial é entre as *intelligentsias* e o anteriormente monolítico partido. Em termos funcionais, a *intelligentsia* é capaz de assumir a liderança numa sociedade em que, como em todas as modernas sociedades industriais, o conhecimento científico é a via principal para o sucesso. Não se pode negar que todo corpo profissional e todos os setores de economia competem pelos serviços de *especialistas*.

A primazia de tecnologia científica e das elites administrativas, como característica comum de todas as sociedades altamente industrializadas leva, no comunismo, não apenas à manifestações específicas de patronagem, mas também à formação de castas e, principalmente, ao nepotismo.

Em geral, quanto mais pluralista for uma dada sociedade comunista, mais competitivo será o sistema de nomeação. A competição não é em aberto e as nomeações ainda são feitas mediante barganhas "secretas" entre os grupos organizados, cada qual ainda como "patrão" em oposição aos demais.

Será comum que a concentração de interesses, bem como de propósitos no interior e sobre um pequeno território resulte numa maior dependência em relação à liderança. Esta controlará mais de perto seus seguidores. Uma mínima motivação se torna imperativa. As origens étnicas e nacionais passam a ser condições *sine qua non* para partilhar dos benefícios. De maneira genérica, a descentralização deverá ser acompanhada pela democratização dos processos políticos da unidade, República ou Estado descentralizado. Mas, em condições especiais de centralismo que prevalecem nos sistemas políticos comunistas, a fragmentação do poder em unidades menores, com motivações nacionalistas ou étnicas, poderá aumentar os dois processos de dependência seletiva que estão na base da patronagem.

Interessante observar as interpretações estruturais do clientelismo. Vale dizer, o trabalho estabelece uma comparação que reafirma um certo caráter estrutural do fenômeno do clientelismo: sua natureza intrínseca à política e à escassez; o fenômeno transcende a problemática da propriedade se pública ou privada na medida em que mesmo em países onde a propriedade privada foi abolida, o fenômeno continua presente.

Discutindo os atributos da política nas sociedades modernas, Legg (s/d) inicia seu trabalho — Patrons, Clients and Politicians. New Perspective on Political Clientelism — dizendo:

> *'O propósito principal deste texto é refinar e adaptar o conceito de patronus/cliente para utilização em extensão mais ampla de cenário. Como é usual em empréstimos de outras disciplinas, o conceito de*

clientelismo ainda não encontrou um lugar confortável no estudo de política" Legg s/d: 1-2.

"[...] as observações penetrantes feitas pela literatura sobre o clientelismo parecem aplicáveis mesmo em situações 'modernas'; e o conceito de clientelismo, porque inclui elementos estruturais, culturais e psicológicos é instrumento desejável para análise sistêmica comparada Legg 3.

E dá ênfase inicial ao caráter estrutural do conceito.

Para o autor, contudo, deve-se questionar os elementos básicos do conceito de clientelismo e restringir o conceito: o relacionamento deverá ser sempre *assimétrico*, porém o princípio da reciprocidade deve ser questionado, bem como a *noção da afetividade.*

O princípio de que nas relações *patronus*/cliente os atores controlam recursos desiguais, parece ser essencial. Usualmente, as medidas usadas são a quantidade de riqueza, *status* ou influência de uma das partes e darão o grau de assimetria da relação.

É necessário distinguir entre os laços clientelísticos verticais (*status* diferente entre as partes e, portanto, com permuta não complementar) e horizontais (simétricos e de permuta complementar). O problema pode ser ilustrado pela tentativa de diferenciação entre *clientes, intermediários e patrões.*

Uma forma de distinguir os laços clientelísticos, segundo Legg, é o desgaste: alguns recursos, como a propriedade, têm características finitas; outros, como a habilidade e o conhecimento, são menos limitados. Também os recursos dos prepostos (autoridade e propriedade de terceiros) são menos limitados. Os recursos dos clientes, porém, não foram igualmente elaborados, já que se pressupõe que sem *status* os recursos são insignificantes.

Os recursos, na esfera política, pertencem a duas categorias: políticos (votos, direitos e privilégios) que derivam de autoridade política; setores diversos (econômico e cultural) que se transferem à política.

O fluxo de recursos dos diversos setores do sistema social para o setor político depende do grau em que as estruturas políticas se estendem a outras áreas da vida social.

Não é insignificante o fato de que o clientelismo, como fenômeno político moderno, está particularmente associado à emergência das instituições liberais nas sociedades desenvolvidas do século XIX.

E, de acordo com Legg, o fenômeno político se consolida com a extensão do sufrágio e com a penetração da máquina do Estado na periferia.

Nas sociedades industrializadas e individualistas, a cultura e estrutura são fatores inibidores do clientelismo. A tese a ser defendida é a de que o teor altamente personalizado da vida política, característico dos sistemas identificados como não-desenvolvidos, está presente mesmo nas mais avançadas sociedades industriais.

Embora as relações *patronus*/cliente já existissem, sem dúvida, na esfera econômica, ou nas esferas políticas das capitais nacionais, a penetração da máquina do Estado na periferia e o desenvolvimento concomitante do sistema parlamentar, baseado em um direito de voto estendido, tornaram possível que as relações políticas *patronus*/cliente florescessem em larga escala Legg s/d: 5. O que prevalece como *padrão comum* é o benefício material devido ao cliente e o benefício "simbólico", afetivo e "político" devido ao patrão. Afinal, a relação é ambígua e seus termos indefinidamente adiados (o que não ocorre nas relações puramente econômicas).

Nos estudos políticos verifica-se que é, geralmente, o patrão o iniciador da relação clientelista. O cliente, após desfrutar da prestação ofertada, fica obrigado a retribuir. A parte do cliente, na *troca*, serve, contudo, como um "valor estocado" — um crédito social a ser usado pelo patrão quando se fizer necessário. Dívida a prazo a ser quitada no futuro.

Em todos os casos, patrões políticos em âmbito local almejam estabelecer e manter vínculos com o centro nacional e isto envolve uma série de interesses. Assim, os recursos disponíveis aos patrões políticos derivam da comunidade, enquanto a motivação para assumir tal papel é gerada por grupos de referência externa.

As questões de afetividade e das relações personalizadas são tratadas por Legg como carecendo de especificidade conceitual.

A própria modernização poderá aumentar a necessidade de laços clientelistas em certos setores e reduzi-la em outros. A modernização, em si, não significa uma mudança de *patronus* ou de tipo de clientela. *Os sentimentos genéricos de lealdade, obrigação ou satisfação podem existir em qualquer das modalidades do clientelismo.* O que é realmente crucial é a *obrigação geral de troca entre patronus/cliente.*

Analisando o princípio do benefício mútuo e de reciprocidade, Legg sentencia que se o status é o maior determinante da assimetria do poder, então, o poder de barganha do patrão é superior ao do cliente. A pergunta que se coloca é como, então, estabelece-se a balança de permuta de benefícios entre as duas partes. Em geral, esta favorece o patrão.

Dado o elevado grau de subjetividade nos padrões de permuta, o autor afirma:

"O poder do patronus baseia-se principalmente em um recurso escasso valorizado e desejado pelo cliente, um recurso que pode não ter um lugar primordial na escola de valores do patronus. Por outro lado, o patronus pode obter uma 'obrigação generalizada' que o cliente sinta não ser particularmente custosa (Legg :15).

A alteração do "controle desigual" para "controle de recursos não-comparáveis" mantém o princípio de mútuos benefícios e reciprocidade.

Analisando o papel dos intermediários, Legg aponta para as dificuldades de definição clara do papel desempenhado por este elo de ligações, a partir da política local até os altos níveis de decisão. Assim, faz-se necessária a atuação de certos *elementos intermediários*, os *comissários*, cuja *caracterização* é atividade difícil.

Primeiramente, diferenciam-se patrões, comissários e clientes por uma hierarquia já definida, cujos primeiros estão acima, os últimos na base, os comissários no centro. Pode-se concluir que os recursos controlados pelo comissário definirão seu papel, da mesma forma que a diferença de *status* determina a posição de patrões e clientes.

O conceito de afetividade é raramente utilizado para distinguir entre clientes, comissários e patrões, já que todas as relações de ligação parecem ser personalizadas.

Talvez o atributo das relações clientelistas menos aplicável aos comissionários seja o da reciprocidade e benefícios mútuos, já que é difícil determinar os recursos controlados pelo comissário.

A *motivação* do comissário parece, então, ser o elemento-chave na ligação entre patrão e clientes. Presume-se que um incentivo deva existir (lucro, poder etc.) para mobilizar o indivíduo a aceitar o papel de comissário. É importante ressaltar que os recursos obtidos pelo comissário não deverão diminuir as permutas entre patrão e cliente.

Segundo Legg, alguns autores acreditam que as condições de carência e insegurança levam os pretensos clientes a iniciarem a relação. Os patrões, porém, deverão ver em seus papéis alguma vantagem material para, então, assumi-lo. A posição de patrão poderá trazer também alguma satisfação psicológica para certos indivíduos.

A variação entre iniciativa de patrões ou clientes se dará em função da diferença entre as sociedades. Pode-se admitir, entretanto, que o surgimento do *clientelismo está ligado diretamente aos políticos, pela sugestão de que o poder político é a força primária motivadora dos patrões em potencial*. Pode-se concluir que as diferentes camadas da rede clientelista melhoram suas capacidades, na medida em que os patrões se interessam em subir na escala política. Assim, as demandas dos clientes se tornam politizadas apenas quando o patrão se politiza; ou seja, quando o patrão almeja vínculos com níveis hierárquicos mais altos ou responde às iniciativas dos escalões superiores.

Em resumo, de acordo com Legg, a relação patrão/cliente pode ser iniciada por qualquer uma das partes. O cliente, geralmente, tem pouco mais do que suas obrigações pessoais a oferecer; o *patronus* pode oferecer, em permuta, vários tipos de recursos. A relação se torna política se o patrão da camada

inferior tem motivos e aspirações que o movem em busca de mais altos níveis; ou se o *patronus* da camada superior tem motivos e aspirações que o levam a buscar laços com as camadas inferiores.

O papel do empresário político é, então, identificado com o do "comissário" em grande parte das vezes em que existe a busca por clientes potenciais. O caráter estrutural do clientelismo é, de novo, enfatizado por Legg:

> *"O processo de formação do Estado, a extensão do governo central para a periferia, e a construção da nação (isto é, o desenvolvimento da identificação com símbolos nacionais) estão ligados à formação e à manutenção das relações de clientela, tanto nos casos históricos como nos contemporâneos [...]. Tipos de políticas clientelista estabelecidos no século dezenove persistem hoje muito freqüentemente". p. 31.*

As dificuldades técnicas e a falta de sentimento nacional levavam os políticos do passado a se concentrarem no centro, deixando a periferia sob controle dos líderes locais, com os quais estabeleciam vínculos pessoais.

Atualmente, com a evolução econômica e social, os patrões, em nível local, visam a obter postos no governo central e usam sua clientela para obtenção de seus objetivos pessoais. É bem verdade que nem todos os *patroni* periféricos desejam obter postos no centro e, assim, alguns clientes permanecem desvinculados da rede central.

O Estado passa a ser o sujeito principal do processo, tomando para si as demandas de *patronus* com objetivos pessoais e, ao mesmo tempo, dos clientes por ele representados. O Estado, em si, se torna seu próprio recurso (empregos públicos, estabilidade etc.). O simples fato de ser capaz de regular conflitos e promover regulamentos administrativos constitui recursos que custam pouco e satisfazem a muitos.

Contudo, a administração pública tem mantido seu particularismo, adotando políticas que beneficiam uns poucos e de conteúdo irrelevante. Como não consegue satisfazer a todas as demandas dos clientes, o Estado opta pela distribuição privilegiada dos benefícios, através da rede clientelista vinculada pessoalmente aos altos escalões.

A interpretação final de Legg reformula o conceito de clientelismo. Sua análise crítica acerca da relação *patronus*/cliente sugere três características principais: que os *atores controlem recursos não-comparáveis*; que as *relações sejam personalizadas*; que *a troca entre os atores sejam recíprocas e mutuamente benéficas*. Para o início da relação é necessário que ambos os agentes tenham motivação.

Ao contrário da crença geral, a burocratização da vida moderna aumentou as possibilidades do clientelismo, pois burocracia significa a oportunidade de exercer a discricionaridade, e as pessoas afetáveis pela lei e por decisões oficiais buscam influenciar esta aplicação específica. A discricionaridade atinge os indivíduos dos mais diversos níveis da organização, aumentando o potencial para inter-relações clientelistas.

Na realidade, as motivações e necessidades que inspiram a formação das relações clientelistas nas sociedades tradicionais estão presentes na sociedade moderna e nas relações clientelistas concernentes a esta. A diferença é que, nas sociedades modernas, há maiores possibilidades de alteração de papéis. Assim, um *patronus* que concede benefícios a seus clientes num certo contexto pode vir a ser o cliente de outra relação, num contexto diverso.

De uma análise de conceitos de diversos autores sobre o clientelismo, pode-se concluir que o *status* é um indício pouco confiável na distinção entre patrões e clientes, mesmo nos contextos tradicionais. O problema é intensificado nas sociedades modernas, quando pessoas de um *status* mais alto se tornam muito dependentes dos bens e serviços produzidos por pessoas de um *status* inferior.

A própria valorização dos benefícios disponíveis pode ser diferente, de acordo com cada indivíduo e, assim, torna-se *pouco razoável restringir o conceito de clientelismo apenas às sociedades tradicionais.*

Apesar de todas as elaborações a respeito do conceito de clientelismo, organizações burocráticas etc., é preciso considerar que tais relações são formadas por indivíduos. Nas sociedades modernas, a maioria das pessoas tem interesses pessoais que, muitas vezes, não coincidem com os da instituição à qual pertencem. Quando a sociedade valoriza o desenvolvimento pessoal, poderá se desenvolver uma competição por posições mais altas na hierarquia.

A emergência de relações contratuais e impessoais não eliminou a necessidade de vínculos afetivos e pessoais; de fato, as regras pessoais são um componente não-eliminável das burocracias públicas e privadas, mesmo nos países altamente industrializados.

A introdução de elementos subjetivos nas decisões concernentes a contratos de bens e serviços equivalem a uma prestação. A prestação está criada e o *patronus* poderá, a qualquer momento, querer o seu benefício, caracterizando uma dívida de longo prazo. É verdade que, neste momento, o vínculo clientelista poderá ser negado mas, contra isso o *patronus* se munirá de aliados sob a forma de coalizões. Se uma transação ocorre com pessoas em outras instituições, o indivíduo está freqüentemente apto a criar obrigações externas que podem ser usadas na promoção de sua carreira no âmbito interno ou externo. É importante notar que, ainda que seja característica do clientelismo o benefício recíproco, este muitas vezes não será, para o cliente, imediato. O cliente poderá servir o

patrão, que obterá o benefício diretamente, e terá de esperar algum tempo pela contraprestação.

Mesmo que as normas organizacionais das instituições não incentivem o clientelismo, as normas informais estarão presentes e o favorecerão (relações entre o secretariado e o chefe, ou entre os agentes de venda e o vendedor).

A despeito dos esforços em sentido contrário, o fenômeno persiste, afirma Legg (s/d):

> *"Mesmo quando as relações externas são rotinizadas, como são entre grupos de interesse e agências governamentais, elas buscam influências, e o clientelismo pode ainda florescer [...]. Nas sociedades modernas, há certas funções, tais como advocacia, lobista e consultor, que têm incorporado muitos componentes clientelistas". p. 52*

Legg e Lemarchand em "Political Clientelism and Development Comparative Politics" 1972 buscam também mostrar o caráter geral e permanente do fenômeno do clientelismo.

Utilizando afirmações de Simmel, eles formulam:

> *"Bem antes de Simmel, os historiadores clássicos chamaram a nossa atenção para a persistência do 'esquema de dar e retornar aquilo que equivale' nos vários níveis de interação humana. Em uma forma ou noutra, provas de relações pessoais recíprocas foram descobertas em uma variedade de cenários contemporâneos e históricos ocidentais ou não sob disfarces muito diferentes. Se denominados 'patronagem', 'máquina política', ou 'clientelismo político' — como é aqui designado — esse tipo de relação precisa ser encarado como um traço genérico dos sistemas políticos independente de seus estágios de desenvolvimento" Legg e Lemarchand 1972: 149.*

> *"Em resumo, o clientelismo político pode ser encarado como relação mais ou menos personalizada, afetiva e recíproca entre atores, conjuntos de atores, comandando recursos desiguais e compreendendo transações mutuamente benéficas que possuem ramificações até a esfera imediata das relações duais. Embora vaga, esta formulação sugere pelo menos três critérios gerais na caracterização do clientelismo político: (1) o padrão variável de assimetria discernível na relação patronus/cliente; (2) o locus, a extensão e a durabilidade da relação; e (3) o caráter das transações que fazem parte dessas relações" (Legg e Lemarchand: 152).*

> *"Quanto mais assimétrica a relação, mais severa a privação infligida ao cliente pela retirada de apoio do patronus. De forma semelhante, quanto mais ampla a rede de clientela, isto é, quanto menos os hiatos na cadeia de reciprocidades que passa da base ao cimo do sistema político, tanto maior a chance de durabilidade de operação do conjunto de atores no plano individual. Isso não sugere, é certo, que os patroni e clientes estão atados para sempre no mesmo nexus de reciprocidades" (Legg e Lemarchand: 155).*

As transações envolvidas nas relações clientelistas também variam. Basicamente, a transação compreende uma permuta de obrigações mutuamente benéficas entre o transacionador (o *patronus*) e o respondente (o cliente). Quanto maior o volume das transações, maior a diversidade de recursos políticos manipuláveis através do clientelismo.

O caráter e a influência dos valores, hábitos, costumes, tradições culturais, históricas e ideológicas, constrangem ou modificam o fenômeno da permuta clientelística.

> *"Em resumo o 'clientelismo' não pode ser significativamente considerado fora do cenário no qual ele existe. As formas que ele assume dependem em considerável extensão da estrutura da sociedade e do sistema político onde ele opera" (Legg e Lemarchand: 156).*

O fenômeno penetra em espaços abertos pela insegurança gerada por um estado centralizador. A estrutura estatal centralizada é mais freqüente do que raramente "uma causa de insegurança profunda [...] inseguranças psíquicas e materiais freqüentemente tendem a refletir a inadequação percebida da capacidade protetora ou distributiva do Estado. O clientelismo, nessas condições, opera como uma espécie de alternativa funcional para as funções de segurança social do moderno Estado previdencial" (Legg e Lemarchand: 158).

Legg e Lemarchand analisam a permanência da permuta clientelística através do sistema feudal Legg e Lemarchand: 163-4, do sistema patrimonial Legg e Lemarchand 165-7 e do sistema industrial Legg e Lemarchand: 168-70.

Diferenças e especificidades à parte, o que fica de comum no esforço de sistematização dos autores é o componente variável de dependência sócio-econômica aliada e reforçada por um componente afetivo: lealdade/amizade.

Presente nos diferentes sistemas, os autores afirmam que "em sua maioria os sistemas políticos contemporâneos são sistemas mistos, eles retêm elementos comuns aos sistemas políticos menos 'modernos' (Legg e Lemarchand: 163).

Citando Weber, eles salientam que a relação patrimonial *patronus*/cliente, se comparada com a feudal, "nunca adquiriu o mesmo grau de formalização (Legg e Lemarchand: 166).

No entanto, "[...] assim, em sua operação real, o sistema (político) constantemente tende a voltar ao modelo clientelista de seu predecessor. O resultado é uma situação híbrida na qual o clientelismo ressuscita nos interstícios da sociedade organizada modernizante" (Legg e Lemarchand: 167).

A política clientelística perdura também no sistema industrial, de acordo com os autores:

> *"Interesses pessoais não-coletivos no sistema político têm probabilidade de permanecerem para certos indivíduos na sociedade organizada industrial. No nível subnacional, algumas aspirações classificam-se nessa categoria (de permanência — pedidos de licenças, contratos, autorizações etc.) As pressões para carreiras políticas ou posições de cúpula nas hierarquias econômicas, assim como interesses para manter posições atingidas, provavelmente permanecem. A clientela política de alguma forma, talvez denominada 'mascateagem ou tráfico de influência' ou 'conflito de interesse', permanecerá provavelmente em uma parte integral da sociedade industrial" (Legg e Lemarchand: 170).*

Graziano em seu mais importante trabalho "Conceptual Framework for the Study of Clientelism" (1975) salienta que no estudo do fenômeno do clientelismo existem duas metodologias de conceituação: a lógica taxonômica, que definirá o termo a partir do que ele não é; e a lógica gradualista, que considera o clientelismo como uma variável a se tornar mais específica a partir de cada sociedade analisada. Graziano utiliza a lógica taxonômica.

Existem, para o autor, três propriedades fundamentais das associações clientelísticas: propriedade estrutural (tipo de relação "de dois"); propriedade política (relação de poder); e propriedade de afetar o desenvolvimento político e social de uma sociedade.

Citando o teórico Scott, o autor salienta que este começa sua análise contrastando o modelo *patronus*/cliente com o modelo de classe e o modelo primordial, baseado nos laços primordiais de solidariedade. Os diversos modelos serão usados para explicar os conflitos, de acordo com o grau de modernização das sociedades.

O trabalho de Scott, segundo Graziano, sugere uma definição para explicar o modelo *patronus*/cliente: é uma relação de troca de papéis, envolvendo duas pessoas e seus laços de amizade ou parentesco; e na qual um indivíduo possui um *status* superior (patrão) e usa sua influência e recursos para proteger e beneficiar o outro indivíduo de *status* inferior (cliente); que, por sua vez, oferece ao primeiro apoio e assistência.

A relação *patronus*/cliente possui as seguintes características: reciprocidade direta (há uma troca de serviços); reciprocidade desigual (devido à disparidade de *status*); relação face a face (devido aos laços de amizade ou parentesco); e relação difusa (não é uma relação contratual).

A definição acima, contudo, aplica-se somente ao clientelismo "primitivo" e não ao "clientelismo de massa", que se dá no nível da relação interpessoal. Ainda assim, segundo Graziano, no clientelismo de massa a relação "de dois" permanece. Independentemente de se estabelecer entre indivíduos, famílias, organizações ou Estados, a relação "de dois" conserva sua especificidade sociológica. Conserva também um importante elemento fortificador: mesmo na estrutura impessoal de um grande grupo existe a delegação de tarefas. Como resultado, há a tendência de um maior anonimato quanto mais amplo o grupo. Percebe-se, então, que, seja na relação *patronus*/cliente, seja nas demais, a estrutura "de dois" permanece, apesar da diferença na natureza dos *patroni*, dos clientes e dos diversos estágios de modernizações das sociedades.

Graziano se utiliza das críticas de Olson com respeito à tradicional percepção da teoria dos grupos de interesse Graziano (1975: 13-4). Para ele, a teoria de Olson permite uma analogia com o princípio de troca da estrutura "de dois", que implica a prestação de serviços de interesse imediato e exclusivo dos dois atores. (Graziano: 16). Tanto na associação "de dois", quanto nos grupos de categorias profissionais, existe um interesse pela troca de benefícios.

Graziano examina o fenômeno do clientelismo através do modelo da troca social e afirma que existe uma propriedade que unifica os diferentes aspectos do fenômeno do clientelismo:

> *"há realmente um elemento no clientelismo que unifica todos os aspectos tanto social como político, 'tradicional' e 'moderno' do fenômeno da permuta. Clientelismo, como uma relação entre pessoas e clientelismo como patronagem partidária são ambos baseados na permuta direta de favores" (Graziano 17).*

Dos autores representativos da corrente da teoria da troca, Graziano escolhe Homans e Blau para sua análise e inferências. Temos, segundo Graziano, duas funções gerais da troca social: criar laços de amizade e estabelecer uma "superordenação" sobre outrem. A primeira destas funções torna a interação social possível e aumenta a coesão da sociedade, tornando possível a geração de confiança.

Para o autor, há uma lógica na troca paternalista. No processo de troca social, o ato de presentear cria laços pessoais entre os indivíduos, já que assegura uma restituição; este serve para estabelecer o controle, assegurando a colaboração "de dois".

O sistema de *presentear* gera o princípio da reciprocidade. Numa sociedade estratificada, a lealdade do subordinado faz com que ele restitua os benefícios recebidos através de serviços pessoais.

O *princípio de presentear* esclarece importantes aspectos das associações clientelísticas: o *paternalismo* que nas sociedades estratificadas estabelece uma rede de obrigações sociais, gerando a submissão do devedor; e a tendência em criar um sistema absolutista de poder. Fenômeno que permanece nas organizações clientelísticas modernas: as máquinas políticas (Graziano: 25-7).

Graziano desenvolve reflexões sobre o fenômeno das máquinas políticas. Segundo ele, o princípio de obrigar indivíduos a prestações que eles não podem retribuir de forma equivalente mantém a máquina política (Graziano: 28).

A máquina política é exemplo paradigmático de um sistema decisório concentrado em termos partidários. Nele, o clientelismo e o paternalismo se revelam de forma plena e geral, fato que não invalida a inferência de que o fenômeno sobrevive em formas partidárias mais abertas e menos centralizadas.[5]

O político costuma atribuir à sua mediação política a realização, pelo Estado, de um serviço público. Nestes casos, um deputado "presta" serviços aos beneficiados que, na sua maioria, não o requisitaram e nem têm como retribuí-lo, a não ser com seus votos. Finalmente, a referida "mediação" acaba por ter propósitos particulares.

No estudo do surgimento da máquina política, percebemos que alguns fenômenos tornaram seu funcionamento possível: a emergência de líderes políticos profissionais e a democracia de massas, com o sufrágio universal. O "patrão" foi substituído pelo líder profissional ou político por vocação. Nas economias de mercado, os emolumentos, tais como a distribuição de funções dentro do partido ou em negócios públicos ou privados, são recompensas típicas para o político profissional (Graziano 1975: 30-2).

Distinguem-se, analiticamente, dois tipos de sistemas clientelistas: clientelismo dos senhores e o de patronagem diretamente partidária. Neste último, os incentivos devem ser distribuídos de modo a induzir a população a participar politicamente sob a autoridade do líder, que já não é mais aquele que possui a legitimidade tradicional nem ideológica, mas é o empresário político dos partidos.

O líder é semelhante a um empresário "capitalista" devido a sua racionalidade e discernimento em assuntos financeiros. A organização da máquina política exigirá também duas características: deve ser pragmática, e isto não significa antiideológica, já que o pragmatismo pode ser considerado uma ideo-

5 Ver no Capítulo III a análise que faço de Michels e outros autores sobre o processo de oligarquização dentro dos partidos e de Schumpeter e outros sobre o processo de oligopolização do jogo político, bem como da relação entre clientelismo, oligarquização e oligopolização.

logia em que está implícita a aceitação do *status quo*; e deve se caracterizar pela natureza estritamente individual e material das recompensas distribuídas. Aqui se define, pois, a persistência da relação "de dois". Retomando Olson, Graziano sustenta que só haveria, do ponto de vista da lógica racional olsoniana, apenas um tipo de partido a aderir: a máquina política. E aponta para as limitações da máquina política: a qualidade dos incentivos implica gastos e corrupção; a distribuição de cargos dificulta a aplicação imparcial das regras administrativas.

Uma vez conceituadas as associações clientelistas de acordo com o sistema de trocas, o autor passa a distinguir diferentes tipos de trocas. Trata do clientelismo como troca direta e indireta. Os incentivos são a base da diferenciação dos tipos de troca no caso de clientela. A troca direta é baseada no imediatismo e individualismo predominantes nas recompensas materiais. Gera o controle vertical. A troca indireta, em contraste, é medida por valores sociais que induzem à aprovação social. É a aceitação, mais do que o ganho imediato. Ocorre, então, o controle horizontal sobre os membros do grupo.

Mais especificamente, a troca direta/indireta como forma de distinção é útil por permitir a identificação das conseqüências que esses dois tipos de permuta têm sobre a sociedade: legitimação do poder e oposição organizada (*idem*, p. 37). Graziano sustenta que a influência pessoal é baseada na troca direta, a autoridade é reforçada através de processos indiretos de permuta, enquanto o poder puro não requer troca.

A legitimação do poder e a oposição organizada a este são processos fundamentais em uma sociedade. A realização imperfeita destas, em países onde prevalece o clientelismo, contribui para o imobilismo que caracteriza tais sociedades. No interior dos próprios grupos de oposição há confusão quanto àqueles que exercem o poder.

É a *institucionalização* que fornece estabilidade e normas coletivas de comportamento. Ela faz com que a autoridade, em si, independa da pessoa que a exerce. O respeito pela autoridade institucionalizada funda-se na obrigação moral e não num cálculo prudente.

Ela aumenta o capital da sociedade, já que incentiva a confiança entre os membros, fazendo com que o líder possa convocá-los para determinada ação sem benefícios a curto prazo, mas com resultados recompensadores a longo prazo.

Ao contrário, o uso pessoal do poder gera a aplicação indiscriminada das normas, solapando a confiança e fazendo com que líderes e subordinados só visem à obtenção imediata dos benefícios.

Graziano avança na sua argumentação, analisando a oposição entre os conceitos de troca e ideologia. A ação de um político, ou de um ativista que vive para uma causa comum, ou a atividade de uma organização que visa a

atingir benefícios políticos ou coletivos partidos ou sindicatos é um modo de comportamento que a teoria racionalista, segundo o autor, não explica.

Tais comportamentos conceituam-se como comportamentos ideológicos. Neles, a ideologia significa um sistema de ideais com valores intrínsecos e as ações são conseqüências da crença nestes valores.

É, pois, a ideologia o elemento que permite diminuir a *lacuna* entre o subjetivismo de um partido "reformista" (ou sindicato) e a objetividade do sistema social, assegurando a lealdade dos membros da associação, mesmo na ausência de resultados imediatos e tangíveis.

Concluindo, Graziano argumenta ser a conceituação do clientelismo inadequada, no que diz respeito ao esclarecimento das características distintivas das associações clientelistas e à avaliação do impacto de tais associações no funcionamento dos sistemas políticos.

Esta elaboração tentou concentrar-se, segundo ele, nas exigências analíticas e sugere que a *associação clientelista* é "um agrupamento estruturado dualisticamente, baseado na permuta direta assimétrica". Mais importante, porém, é a tentativa de esclarecer algo sobre os padrões de desenvolvimento de um sistema clientelista como um todo.

E, finaliza, "podemos predizer para nosso sistema um tipo de participação política altamente individualizado, fraca legitimação dos líderes políticos, um padrão muito fragmentado de distribuição de recursos, e, finalmente, um processo de cooptação dos líderes de oposição pelo partido no poder". (Graziano. 47).

Graziano, em trabalho posterior (mimeo, s/d), nas observações que faz sobre clientelismo, encara a questão semântica do conceito: a falta de uma palavra melhor para a síndrome clientelista, ou seja, da situação "em que o papel-chave é desempenhado por duas funções que são centrais no conceito — *proteção* e *mediação*" (Graziano: 1).

Observa, também, que práticas de clientelismo "desempenham" papel decisivo em sistemas, como aqueles nos países socialistas, cujas bases normativa e ideológica "estão em contradição direta com os princípios da patronagem" (Graziano: 2).

O autor aborda a questão salientando o seu aspecto estrutural e não apenas funcional, e anota o fato de que, na separação entre as análises clientelista e de classe, "as estruturas clientelistas foram raramente relacionadas de uma maneira sistemática aos aspectos estruturais independentes da sociedade". Graziano afirma que o clientelismo não é uma adaptação a uma dada estrutura, não é uma mera *adenda* à ordem institucionalizada da sociedade, e tem uma dimensão estrutural e não puramente funcional.

Na medida em que comprova o caráter estrutural da relação *patronus*/cliente, fortalece-se a convicção de que o clientelismo estará presente na vida social,

enquanto não existirem: uma distribuição mais igualitária (democrática) dos recursos disponíveis (concretos e simbólicos); o que pressupõe um sistema geral de acesso a esses recursos que dissipe ou que esgote a função protetora e mediadora do padrão *patronus*/cliente na distribuição; e um sistema de acesso aos recursos sociais mais autônomo e independente e, principalmente, com menor índice de insegurança individual e de impossibilidade na vida social. Ou seja, um sistema de acesso que resolva a questão da redução dos riscos de liberdade por maior segurança no acesso aos recursos sociais.

O padrão clientelista de acesso, segundo Graziano, supõe a existência de "gargalos" de passagem dos recursos sob o controle dos *patroni*: o gargalo de acesso aos centros de poder político; o gargalo de acesso aos centros de organização de bens e serviços e de distribuição destes; o gargalo de acesso à distribuição pública de bens privados; e o gargalo de acesso às unidades básicas de produção e de mercado econômico.

Eisenstadt e Lemarchand (1981) são organizadores de livro sobre o tema do clientelismo, que merece especial atenção. Dois foram os artigos escolhidos para análise: o primeiro, de René Lemarchand, intitulado "Comparative Political Clientelism: Structure, Process and Optics" (Graziano: 7-32) e um segundo de Eisenstadt e Roniger, "The Study of Patron-Client Relations and Recent Development in Sociological Theory" (271-87).

O trabalho de Lemarchand salienta três aspectos básicos da possível vulnerabilidade da análise clientelística: as implicações normativas; sua herança de propensão reducionista; e sua aplicabilidade ao nível macro, o problema do nível de análise.

Quanto à primeira crítica, o autor mostra que reconhecer as funções do sistema de equilíbrio do clientelismo em situações históricas específicas não implica endosso não-crítico à visão teleológica funcionalista do conceito.

> *"Nenhum estudante sério do clientelismo negaria que o fenômeno tem um lado mais escuro, do qual o conflito e a opressão não devem ser excluídos. O equilíbrio da coerção e da concordância voluntária que entram nos laços patronus/cliente sobre uma gama ampla. Não só pode a reciprocidade mudar em rivalidade, mas as mudanças no equilíbrio da permuta podem também levar a várias formas de pressão e exploração [...] o clientelismo é um elemento-chave nos 'mecanismos de dependência e controle' [...] que ajudam tanto a legitimar como a mascarar estruturas de dominação. Os modelos de conflito, em suma, são inteiramente compatíveis com o método de análise clientelístico" (Lemarchand 1981: 9-10).*

Quanto à crítica da armadilha reducionista, Lemarchand assegura que o clientelismo deve ser visto como parte de uma ampla dialética social, na qual

indivíduos interagem com seus meios ambientes em mudança. O *nexus patronus*/cliente não existe como uma entidade em si; o clientelismo entra em ação em momentos particulares e sob pressão de forças que transcendem seu campo de operação imediata:

> *"[...] o ponto crucial do assunto não é se saber se a análise étnica e de classe têm maior poder explicatório do que a análise clientelista, mas saber-se em que momento no tempo, e através de que combinação de circunstâncias, rupturas de classe ou étnicas são capazes de alterar os laços patronus/cliente, combinar-se com eles ou superá-los" (Graziano: 12).*

O *nexus patronus*/cliente não é excludente às interpretações que enfatizam as clivagens de classe ou étnicas. "A questão importante, então, não é se classe ou raça são mais 'relevantes' do que o clientelismo, mas como interagem um com o outro" (*idem*).

Lemarchand salienta que *a persistência do fenômeno, mesmo no contexto de sociedades industrializadas, não precisa mais ser demonstrada*; a tarefa mais urgente é identificar as condições que estão aptas a afetar seu modo de operação e o impacto final sobre a sociedade. Ao tratar do problema do nível de análise, o autor defende a perspectiva de que o problema de transição micro/macro só será superado pela substituição de uma lógica gradualista de variável intensidade por uma lógica taxionômica-classificatória. Em outras palavras, o clientelismo não pode ser tratado tanto como paradigma quanto como variável, e para tanto o autor sugere cuidado na utilização do modelo *patronus*/cliente.

Lemarchand continua sua análise afirmando que o clientelismo permite operar em diferentes níveis do discurso, dependendo de se nós escolhemos enfatizar suas dimensões estruturais, processuais ou paradigmáticas:

> *"A ênfase aqui é posta sobre os processos sociais, estratégias e campos de interação que determinam ou explicam as dinâmicas dos laços patronus/cliente. Em lugar do clientelismo explicar tudo mais, o fenômeno é visto como uma variável dependente que assume formas diferentes e graus de significação em resposta às forças em ação no ambiente mais largo" Graziano: 16.*

Quanto à passagem do clientelismo patrimonial para o repressivo (Graziano: 17), Lemarchand discute as mudanças nas sociedades nas quais o processo de modernização se deu; os patrões rurais em conflito com a modernização do campo e da cidade, principalmente com a interveniência do Estado em sua ação econômica e política. Estas análises não se resumem aos estudos sobre África, Ásia e América Latina:

"Onde a experiência histórica das sociedades do Terceiro Mundo difere fundamentalmente daquela da Europa é que entre as primeiras as demandas e as frustrações dos setores rurais encontraram uma saída nos condutos eleitorais bem antes das suas identidades sociais terem podido se cristalizar em linhas de classe. O resultado foi um processo de reestruturação fragmentado que oferece ampla oportunidade para a reemergência de laços de patronagem sob o disfarce de instituições nominalmente modernas" (Graziano: 19).

Historicamente, o clientelismo é parte da história de todos os países do mundo, mas pode ser mais observado nos países do Terceiro Mundo. Nos casos em que ele aparentemente desaparece, e mais adiante reaparece, *é porque é endógeno ao processo decisório.*

Quando observa os padrões de incorporação, o autor enfatiza que a competição eleitoral afeta a dinâmica das interações *patronus*/cliente de duas maneiras fundamentais: permite ao cliente usar o voto como uma alavanca para mudar a balança de troca na sua direção ou vantagem; e através do processo de transformar em pirâmide os laços *patronus*/cliente e promover a expansão das reciprocidades locais ou regionais em uma escala mais inclusiva. Ambos são aspectos críticos das condições que têm conduzido à emergência das máquinas clientelísticas.

Ainda dentro desse nível da discussão, o autor salienta aspecto dos mais importantes quando da implantação das máquinas políticas:

"Condições de insegurança econômica extrema, desenraizamento social e rápido empobrecimento são instrumentais ao forçarem as clientelas urbanas e rurais para dentro dos currais de um aparelho clientelista. O que pode ser referido à 'síndrome da marginalização' é certo um ingrediente da máquina política" (Graziano: 20).

Classifica dois tipos de padrões de máquina política: uma neotradicional, que se liga e se incorpora às estruturas institucionais mais amplas, normalmente partidos, e uma outra, considerada a máquina ortodoxa ou tipo ideal. Esta última é a urbana, interliga-se à burocracia estatal e é bem mais complexa.

Lemarchand, discutindo o clientelismo de massa salientado por Graziano (1976: 149) e por Chubb (1981), em seu estudo sobre patronagem em Palermo, revela que:

"[...] não são apenas a despesa pública, subsídios ou controle de acesso ou crédito que participam do fluxo dos recursos de patronagem, mas também, e de modo mais importante, a aplicação discri-

cionária dos poderes de licenças, interdições de governos locais [...]. Este é o tipo de recurso [...] que permite à máquina operar uma taxa notavelmente barata de troca. Negociar votos por meios de contornar regras legais [...] é uma característica básica de patronagem de massa" [...] "A estabilidade das máquinas desse tipo de clientela de massa (coletiva) como demonstra Judith Chubb, repousa não só no uso discricionário por elas de despesas públicas, mas também na capacidade deles de criar obrigações através de grande número de favores que não são menos críticos por serem de uma natureza não-monetária" (Lemarchand: 22).

Ele tece comentários importantes sobre a manutenção de uma estrutura *patronus*/cliente dentro de uma outra, de natureza corporativa.

Quando o processo eleitoral é eliminado, surge uma forma nova de clientelismo nos exércitos e nas burocracias.

"O 'encolhimento da arena política' leva a uma atrofia das redes de clientela, as relações sociais tomam a forma de corrupção e de extorsão; a 'função nexo' opera entre cliques altamente personalizados, e é principalmente usado na forma de um monopólio explorador dos recursos públicos" (Lemarchand 1981: 25).

E, mais adiante, ele expõe:

"Nessas condições, as redes de clientela estão compreensivelmente frágeis e constantemente em um estado fluído [...] há pouco ou nenhum incentivo para operar a redistribuição dos recursos públicos abaixo do círculo encantado dos amigos íntimos que acontece estarem no termo receptor da linha" (idem).

Finalizando o artigo, Lemarchand discute a dimensão internacional do clientelismo. O caráter da teoria da dependência entre países pioneiros e países seguidores é paralelamente substituído pelo caráter seguidor do Estado cliente (dependente) frente ao Estado *patronus* (pioneiro).

O segundo artigo — o de Eisenstadt e Roniger — aponta para a proposição inicial de que clientelismo é uma relação de tipo especial, mas de *caráter genérico e duradouro.*

Os autores afirmam que há uma crescente consciência de que as relações *patronus*/cliente não estavam destinadas a permanecer nas margens da sociedade, nem a desaparecer com o desenvolvimento e o estabelecimento de democracias com sistemas políticos e econômicos eficientes e assimiláveis pelo

desenvolvimento econômico e pela modernização, ou com o crescimento da consciência de classe entre os membros da base da sociedade.

Embora qualquer tipo simples de *patronus* possa desaparecer sob tais condições, *novos tipos* podem aparecer e podem ser encontrados em uma variedade de formas, em muitas sociedades, atravessando diferentes níveis de desenvolvimento econômico e regimes políticos. Aparentemente, desempenham funções dentro dessas molduras modernas mais desenvolvidas.

Os autores identificam as principais características das relações *patronus*/cliente como padrões de interação e troca (Eisenstadt e Roniger 1981: 276): relações usualmente particulares e difusas; interação de troca simultânea de recursos instrumentais, econômicos e políticos — apoio, lealdade, votos, proteção — por promessas de solidariedade e lealdade; interação na forma de "pacote", vale dizer, nenhum recurso pode ser trocado separadamente, mas somente em combinação que inclui ambos; incondicionalidade e *obrigação de longo prazo*; solidariedade fraca (máquina política) e forte (patronagem clássica), identidade e vinculação; relações não inteiramente legais ou contratuais; entendimentos fortes, mas informais; voluntariedade: significa que a barganha é voluntária; relações entre indivíduos e entre indivíduos na rede se dão de forma vertical; verticalidade minando (tende a minar) as relações de identidade e solidariedade horizontais, principalmente entre os clientes; relações baseadas em fortes elementos de desigualdade e de diferenças de poder; o elemento crucial de desigualdade é a monopolização pelos patrões de certas posições (representações, por exemplo) que são de vital importância para os clientes.

Destacam, ainda, os autores, as contradições internas do padrão *patronus*/cliente: desigualdade e assimetria de poderes e solidariedade mútua, com identificação pessoal e obrigação; uma combinação de coerção potencial e exploração com relações voluntárias e obrigações mútuas impostas; uma combinação de ênfases nessas obrigações e solidariedades com o aspecto ilegal ou semilegal dessas relações.

Segundo Eisenstadt e Roniger, essas características e paradoxos das relações chefe/cliente podem ser encontradas nas sociedades de vários níveis de diferenciação social, desenvolvimento tecnológico e regimes políticos, bem como em diferentes tipos de organizações concretas. Essas características nucleares e a cristalização delas nessas contradições proporcionariam a chave do entendimento da natureza das relações chefe/cliente, como um tipo específico de relação social em geral, e como um fenômeno macrossocial em particular.

O ponto essencial das relações *patronus*/cliente é a organização ou regulagem de permutas ou fluxo de recursos entre atores sociais. Mas, em segundo lugar, ao contrário do que afirmam as teorias individualistas de troca, as relações *patronus*/cliente, da mesma forma que outros modos de regulagem do fluxo de recursos sociais, constituem uma combinação especial de troca específica de-

nominada *troca generalizada*. Ao analisarem o conceito de troca generalizada eles a explicitam:

> *"O problema com o qual o termo troca generalizada está relacionado foi definido na análise de Mauss do dom (doação). Como é bem conhecido, ele tem mostrado que fazer doações constitui uma troca com característica especial, mas altamente estruturada. A troca de dons (presentes, dádivas) é distinta da troca 'específica' usual de mercado, porque é aparentemente não-utilitária e desinteressada. Mas, ao mesmo tempo, a troca do dom é altamente estruturada, sendo baseada em regras elaboradas de reciprocidade que não obstante, diferem daquelas trocas de mercado específicas utilitárias" (Graziano: 278).*

Os autores afirmam que a questão crucial do modelo clientelista é a combinação de acesso potencialmente aberto aos mercados, com tentativas semi-institucionalizadas contínuas *para limitar esse livre acesso:*

> *"O modelo clientelístico de relações estruturais entre trocas generalizadas e específicas está baseado na existência de tensão entre premissas potencialmente amplas, às vezes mesmo latentes, universais ou semi-universais; e no fluxo livre de recursos e o relativamente largo campo de ação de mercados derivados dessas premissas, por um lado e tentativas continuadas para limitar o livre fluxo, por outro lado" (Graziano: 280).*

No modelo clientelista, segundo eles, a estruturação de relações entre as trocas generalizadas e específicas é caracterizada, acima de tudo, por uma fusão de dois tipos de ligações institucionais: ligação entre as posições respectivas dos chefes e dos clientes nas subcomunidades ou subsetores e controle ao acesso ao centro ou aos centros da sociedade, às bases da produção, aos principais mercados institucionais, à organização da maioria dos bens públicos e à distribuição dos bens privados; e ligação entre acesso aos mercados e centros, e o uso e a conversão de recursos potencialmente livres em recursos disponíveis nesses mercados.

Em resumo, a questão central é a do controle sobre o fluxo de recursos. O aspecto crucial desses dois laços no modelo clientelista é que eles são muito fortes, embora não totalmente legitimados. Essas ligações estão baseadas na abdicação, pelos clientes (consumidores), de seus acessos potencialmente autônomos, aos principais mercados, às posições de controle sobre o uso de recursos, ou ao centro e à organização de bens públicos e serviços — exceto

através de *mediação* de algum tipo de chefe político; seja ele pessoa ou organização, isto é, partido ou sindicato. Essa permuta tem muitos aspectos da troca rotineira de bens e serviços, dentro dos vários mercados institucionais. Necessariamente limita o campo e a conversibilidade de recursos neles livremente trocados.

A estruturação das relações chefe/cliente, segundo os autores, envolve dois aspectos de interação: a troca generalizada e a específica, o plano das trocas concretas está relacionado com a troca de diferentes serviços concretos, bens e recursos. Mas, em todas as relações entre *patronus* e clientes existe outro nível de permuta, conectado com certos aspectos cruciais da troca generalizada.

Nesse plano, o cliente "compra" — como se fosse — proteção contra exigências do mercado, da natureza, ou contra a arbitrariedade ou fraqueza do centro de poder, ou ainda contra as exigências de outros grupos ou indivíduos poderosos. O preço que ele paga por isso é não apenas o serviço específico, mas a aceitação do controle, pelo chefe, do acesso seu e de outros clientes, ao mercado e aos bens públicos. Assim, o *patronus*, o chefe, regulamenta o fluxo de utilidades.

No modelo clientelista, essas relações — de permuta generalizada — constituem foco de luta, e são marcadas por negociações contínuas sobre trocas específicas. A troca clientelística na verdade mescla características das trocas específicas com a troca generalizada.

Os numerosos estudos de casos de relações chefe/cliente, afirmam os autores, indicam que, embora os detalhes das trocas específicas realizadas nessas relações possam variar grandemente caso a caso, é o padrão da troca generalizada, analisada antes, que é mais *duradouro*. Assim, os princípios de troca generalizada podem ser vistos como concomitantes com a *estrutura profunda* da sociedade.

Os autores observam que o arranjo (organização) desses princípios de estrutura profunda de troca generalizada também contém elementos muito fortes de poder e negociação, tal como a troca específica, rotineira.

A produção, distribuição e consumo de recursos, sejam materiais ou simbólicos, é comum a ambos — troca específica e generalizada.

Mas se diferenciam, contudo, *"no modo em que regulam ou estruturam o fluxo dessa permuta de recursos;* na natureza dos atores que se engajam nessas respectivas atividades e no 'tempo' ou ritmo de suas respectivas atividades." (Graziano: 283).

A permuta e a interação específicas de "rotina" são principalmente realizadas por indivíduos agindo em sua capacidade privada e engajados na troca contínua ou previamente arranjadas de recursos simples e básicos; sejam bens e serviços, poder, estima, recursos relativamente livres. Em contraste, a permuta generalizada se focaliza em compromissos de longo termo potencial, e na

disposição de abrir mão de alguns benefícios e riscos inerentes à troca ou interação direta.

Por esse motivo, o arranjo dessa premissa de troca generalizada envolve não somente a troca de recursos simples e básicos relativamente livres, mas, acima de tudo, o intercâmbio e a conexão desses recursos, com orientações simbólicas; a combinação da estruturação de controle sobre a distribuição dos principais tipos de recursos, com a construção do significado das situações de intercâmbio social.

As considerações finais dos autores visam a especificar as condições sociais menos estruturadas que geram a tendência à emergência de relações *patronus*/cliente, bem como o que as mantêm. O modelo clientelista seria predominante nos grupos sociais menos estruturados, ou desestruturados, cujo tecido interno é fraco: evidente, acima de tudo, em sua solidariedade interna relativamente baixa, e em autonomia simbólica e às vezes de organização também baixa, especialmente dos grupos na base da sociedade.

A generalidade do padrão *patronus*/cliente é evidenciada por Eisenstadt e Roniger, quando afirmam que não são apenas os grupos inferiores, mas também, como regra, todos os principais atores sociais — o centro ou centros, a periferia mais ampla e as principais elites — que mostram essas características. *Todos esses atores sociais exibem, naquelas sociedades em que o modelo clientelista é predominante, um grau relativamente baixo de acessos autônomos aos principais recursos necessários à realização de seus objetivos e, em cenários mais abertos, ao controle de seus recursos.*

Vale repetir que existirá uma conexão entre clientelismo e acesso aos recursos, de um lado, e o grau de exclusão a esses recursos verificados no regime de propriedade/controle desses recursos.

O último trabalho a ser examinado neste item deste capítulo (II.3) será o de Eisenstadt e Roniger (1984). Desta obra exemplar — por ser um estudo comparado sobre o papel da construção da *solidariedade* ou da *confiança*, da significância ou sentido —, apenas ressaltaremos os pontos relacionados com a questão das trocas clientelísticas: suas características básicas, seu caráter estrutural e outros aspectos de importância. Vale lembrar que a discussão sobre a *solidariedade* é também enfatizada por Elster 1989. Os estudos de caso descritos no livro indicam que "diferentes tipos de relações entre pessoas designadas como *patronus*/cliente exibem certas bases características comuns". Além delas, "diferentes relações *patronus*/cliente evidenciam uma grande variedade de formas concretas" (Eisenstadt e Roniger 1984: 47).

As características comuns são sintetizadas como permutas *particularistas* e *difusas*, ocorrendo incondicionalidade e a relação estabelecida como *crédito de longo prazo*, havendo permuta de um pacote em negociação, um conjunto de obrigações interpessoais, lealdade pessoal e reciprocidade. A permuta não é

legal ou contratual, mas é voluntária, estabelece-se através de uma relação de sentido vertical. É assimétrica e desigual. A assimetria é função da monopolização dos recursos de poder.

Explicando de forma mais sistemática, essas relações são usualmente particulares e difusas:

> *"São caracterizadas pela permuta simultânea de tipos diferentes de recursos acima de tudo, instrumentais e econômicos, bem como políticos (apoio, lealdade, votos, proteção) de um lado, e promessas de reciprocidade, solidariedade e lealdade, do outro [...]. A permuta desses recursos é usualmente combinada em uma espécie de pacote, isto é, nenhum desses recursos pode ser permutado separadamente, mas só em uma combinação que inclua cada tipo. Idealmente, um forte elemento de incondicionalidade e de crédito amplo desenvolve-se nessas relações" (Eisenstadt e Roniger 1984: 49).*

Relacionado a tudo isso forma-se o elemento da obrigação recíproca entre as partes — um elemento muitas vezes moderado pela lealdade pessoal ou por vínculo entre *patronus* e clientes; mesmo que essas relações sejam, com freqüência, muito ambivalentes. A *solidariedade* pode ser, como no caso típico de patronagem, muito forte ou, como em muitas das mais modernas máquinas políticas, muita fraca. Mas em algum *grau* está *presente* em *todas*. Obrigações recíprocas constituem elemento de vínculo no sistema de permutas políticas clientelísticas.

As relações *patronus*/cliente não são plenamente contratuais; podem ser opostas à lei do país; freqüentemente se opõem às leis e são baseadas muito mais na informalidade, embora constituam entendimentos fortemente comprometedores.

A despeito de sua aparência de laço de grande objetivo, quase (em seu modelo ideal) vitalício, duradouro, as relações *patronus*/cliente são assumidas, pelo menos em princípio, voluntariamente, e podem oficialmente ser abandonadas voluntariamente. Vale dizer, existe quase que uma dependência, ou vínculo de caráter natural.

As relações de permuta clientelísticas são realizadas entre indivíduos em uma forma vertical (a mais simples sendo a dual) mais do que entre grupos corporativos organizados; elas parecem solapar a organização grupal horizontal e a solidariedade entre clientes e entre *patroni* igualmente mais especialmente entre clientes. Produzem fragmentação das demandas nas quais clientes e patrões buscam maximizar seus interesses específicos sem cooperação.

Não menos importante, as relações patronus/cliente são baseadas em um forte elemento de desigualdade, de diferença em termos de poder entre *patronus*

e clientes *"o elemento mais crucial dessa desigualdade é a monopolização, pelos patroni, de certas posições que são de importância vital para os clientes, acima de tudo [...] do acesso aos meios de produção, principais mercados e centros da sociedade"(* Eisenstadt e Roniger 1984: 49). O monopólio da representação e o sistema decisório concentrado são características básicas do modelo.

Essas características são semelhantes às já observadas em artigos anteriores de Eisenstadt e Roniger (1981: 271-89). Quanto às diferenças, por outro lado, o trabalho mostra, através de estudos comparativos feitos na Europa, América do Sul, África e Japão, entre outros, que as relações patrão-cliente são, antes de tudo, um *adendum* ao centro institucional da sociedade.

> *"A mais simples e óbvia forma de tipo das relações patronus/cliente é a existente entre a dualidade local que pode ser encontrada nos cenários agrários, e nas redes mais dispersas e complexas de patroni/intermediários/clientes, que podem ser encontradas em sociedades ou setores complexos e desenvolvidos" (Eisenstadt, 1984, pp. 162-3).*

O exame comparativo permite aos autores Eisenstadt e Roniger estabelecer uma série de diferenças existentes *na estrutura organizacional* das relações *patronus*/cliente. A observação dos autores após exame comparativo é a de que as relações *patronus*/cliente são na verdade diferentes modelos de estruturação de fluxo de recursos e de interações interpessoais e de permuta na sociedade: vale dizer, diferentes modos de permutas ou trocas generalizadas.

O modo clientelístico de permuta generalizada compõe-se de elementos da relação entre a permuta ou troca específica e permuta ou troca generalizada.[6]

Existe uma tensão que perpassa a relação quando se trata do acesso direto aos meios de produção, aos maiores mercados e aos centros de poder. A tensão se dá na luta pelo controle desses recursos.

Assim, a estruturação das relações entre troca ou permuta generalizada e específica, implícita no modelo clientelista, caracteriza-se por um tipo muito especial de conexão entre alguns aspectos da estrutura institucional da sociedade.

> *"A primeira conexão é aquela entre a posição social dos patronus potenciais e os clientes, nas subcomunidades de hierarquias semi-atribuídas ou nos subsetores da sociedade, com as bases da produção, com os principais mercados institucionais, e com o conjunto da*

6 Estamos utilizando o termo permuta como sinônimo de troca. Cabe mencionar neste caso que os manuais de sociologia tendem a traduzir como troca específica e/ou troca generalizada.

maioria dos bens públicos e com a distribuição de bens privados. A segunda conexão faz-se entre o acesso aos mercados e aos centros, e ao uso e às convenções dos recursos potencialmente livres [...]. O aspecto crucial dessas duas conexões no modelo de clientela é que elas são muito penetrantes (difusas) se bem que não totalmente legitimadas. [...] clientes ganham acesso a essas esferas através da mediação de algum patronus, seja ele uma pessoa ou uma organização (partido ou sindicato), dentro da qual os clientes não obtêm acesso autônomo aos principais centros de poder [...] Essa mediação está contingenciada aos clientes entrarem em uma relação de permuta com o patrão, a qual contém muitos aspectos da permuta rotineira de bens e de serviços dentro de vários mercados institucionais, e que necessariamente limita o escopo e a conversibilidade dos recursos assim livremente permutados" Eisenstadt e Roniger 1984: 168.

A convivência do modelo clientelista com outros modelos universalistas também ocorre, mas ele está mais próximo do modelo corporativo. Eisenstadt indica que o fenômeno clientelista possui traços que estão próximos aos traços do modelo corporativista. Existem laços comuns que os tornam próximos.

> *"Ao mesmo tempo, contudo, contrário aos modelos mais universalistas abertos [...] que tendem a contrapor-se a qualquer tentativa para limitar o acesso [...] às bases de produção e às posições de controle do uso de recursos em centros e mercados, é da própria essência do modelo clientelista estabelecer e manter tais limitações [...] elas formam as premissas básicas da sociedade. De todos os modelos, o clientelista, como indicado acima, é o mais próximo ao corporativo; de fato, as relações de patronagem tendem a desenvolver-se também em sociedades com fortes elementos corporativos, mesmo se o corporativismo não se desenvolva como um fator necessário do clientelismo. A principal diferença entre eles está em que o corporativismo puro não inclui necessariamente tantos traços em pacote nas relações concretas entre as principais unidades (corporativas) e seus membros" (Eisenstadt e Roniger: 171-2).*

A questão das diferenças está nas formas de conexão entre as desigualdades encontradas em vários aspectos ou dimensões de vida institucional.

> *"O tipo adenda de relação patronus/cliente, que tende a se desenvolver acima de tudo em diferentes e modernas sociedades universa-*

> *listas seja do tipo pluralista, monolítico ou do tipo consociassional é caracterizado por vários fatores. Em primeiro lugar, tal adenda é muito menos estável. Não tem a legitimidade de um padrão 'pleno' de relação patronus/cliente. Em segundo lugar, a maioria dos casos de simbolismo nas relações interpessoais ligadas ou pela solidariedade ou pela reciprocidade é mais fraca. Em terceiro, muitos dos arranjos aceitos envolvem barganhas inquestionáveis entre atores, com pequena e relativa incondicionalidade construída dentro deles. Em quarto, tais relações são percebidas como não sendo legítimas" (Eisenstadt e Roniger: 185).*

Após examinar o jogo de forças que se desenvolveu em oposição ao desenvolvimento das relações *patronus*/cliente na URSS, nos EUA e em Israel, os *autores reafirmam o caráter estrutural do fenômeno da relação patronus/cliente*. A despeito do regime de propriedade e do sistema político em vigor, a estrutura clientelista prossegue e subsiste:

> *"Verdade. Se as tendências contrapostas em desenvolvimento nos diferentes tipos de sociedades analisadas aqui nunca negaram inteiramente a emergência contínua, em todas essas sociedades, de alguns tipos de relações patronus/cliente em diferentes níveis da estrutura social, tais relações tendem a desenvolver-se repetidamente em todas essas sociedades, mesmo em áreas sociais diferentes e com objetivos diferentes" (Eisenstadt e Roniger: 200).*

Mais adiante eles sentenciam que, para melhor entendimento dessas características da ordem institucional e da natureza da estrutura de *confiança* — que é inerente ao modelo clientelístico de troca generalizada —, é necessário estudar as condições sobre as quais o fenômeno nasce e cresce, ou as condições relacionadas ao desenvolvimento e sua continuidade. O fenômeno persiste, a despeito das mudanças econômicas políticas ou sociais:

> *"[...] tem sido freqüentemente presumido na literatura sobre as relações patronus/cliente que, acima de tudo, o subdesenvolvimento econômico e político ou o nível baixo de modernização política é responsável pelo desdobramento e pela persistência de tais relações. Com os progressos nas pesquisas, contudo, tornou-se mais claro que esse não era o caso. De fato, os exemplos apresentados acima atestam o fato [de] que essas relações clientelistas constituem parte do modelo central dos arranjos institucionais, elas persistem a despeito das mudanças nos níveis de desenvolvimento econômico, na estrutura da*

organização política e em sua própria forma concreta" (Eisenstadt e Roniger: 204).

Mais adiante, os autores salientam o papel da *lealdade* e da *confiança* na divisão social do trabalho e na regulação do poder na sociedade (Eisenstadt e Roniger: 204). Se lealdade e confiança são, também, traços do clientelismo, a nosso entender, Eisenstadt e Roniger estão a nos dizer que alguns traços do clientelismo — como lealdade e confiança — são *cimentos da sociedade* e fortalecem a organicidade social.

Outro aspecto levantado diz respeito ao baixo caráter solidário das relações cliente-cliente e *patronus-patronus,* permitindo que a estrutura hierarquizada (*patronus*/cliente) se fortaleça e se acentue com uma maior dependência do cliente frente ao patrão.

Paralelamente, certa estrutura de grandes coalizões de elites se desenvolvem com o fenômeno *patronus*/cliente. As grandes coalizões impõem padrões de controle de forma eficaz.

As características centrais desses padrões de controle baseiam-se nas tentativas de limitar o acesso de muitos grupos a relativamente amplo mercado institucional; de minimizar a livre concessão de recursos entre diferentes mercados institucionais em geral, e entre o centro e a periferia em particular; e de dar (estabelecer) o controle nas mãos das respectivas coalizões das elites, nos diferentes níveis da estrutura social.

No exame das relações centro-periferia, as questões de acumulação e da extração de recursos são observadas. Políticas regulatórias e extrativas se interligam, sob controle das elites centrais:

> *"Assim, na maioria das sociedades, algum tipo de economia dual, bissetorial, tende a desenvolver-se composta de um setor interno subdesenvolvido, e de outro setor orientado externamente, os dois sendo conectados por políticas extrativas e reguladoras das elites centrais" (idem, p. 209).*

Os padrões de controle econômico têm efeito sobre os padrões de estratificação interna dessas sociedades, produzindo fraqueza de setores independentes e permitindo o fortalecimento de elementos burocráticos dentro do mais alto estrato dos grupos oligárquicos.

Acesso restrito, forte hierarquia vertical, sistema de decisão concentrado, demandas fragmentadas por clientes não *solidários*, esses são alguns traços fundamentais do modelo clientelístico.

Para os autores, a geração de um certo tipo de padrão de interação e luta entre membros de uma mesma categoria social produz um padrão caracterizado pela *contínua contestação* e *manipulação,* e perpétuo desequilíbrio.

Esses conflitos fazem surgir a probabilidade de que, para obter acesso aos recursos que buscam, e que são controlados pelos seus parceiros prováveis, as pessoas entrarão em uma relação em que a dependência está, desde o início, presente. Essa dependência é construída por meios tais, como o *patronus* permitindo acesso a seus recursos até agora desconhecidos e fechados, pela criação de uma adesão e de obrigações, no momento em que é anunciada a necessidade de recursos instrumentais ou de poder. Tais recursos são traduzidos em influência e os clientes aceitam o direito do *patronus* de determinar as regras básicas das relações. Espera-se dos clientes que apóiem aqueles valores e sejam premiados pelo *patronus* por lhe serem leais e dependentes. Dessa maneira, a relação vai além da simples permuta instrumental (Eisenstadt e Roniger: 214).

Os conflitos, em princípio, são integrativos; com eles, muitas das vezes os clientes extraem proteção e ganhos no médio e longo prazos. Lealdade e dependência se interpenetram.

Este é um ponto central do relacionamento patrão-cliente: aceitação do controle do *patronus* sobre o acesso de cliente aos mercados e aos bens. Por sua vez, o sistema de controle do cliente sobre o *patronus* é muito baixo, quase nenhum. O acesso é restrito. Os mercados e os bens públicos estão sob comando do *patronus*. E a moeda a permutar é parte de um jogo de barganha de trocas assimétricas.

Por conseguinte, "essas relações de permuta generalizada não são, aqui como nos modelos atributivos, totalmente prescritas ou sujeitas a negociações especiais de rito e poder, que diferem daquelas efetuadas em relação ao mercado específico de troca. No modelo clientelista, elas próprias constituem o foco da contínua luta de poder ligada às negociações sobre permutas específicas" (Eisenstadt e Roniger: p. 215).

O jogo de barganha envolve uma tensão entre elementos da troca generalizada e da troca específica. As contradições se manifestam: distinções não claras entre elementos contratuais e pré-contratuais; combinação de desigualdade e assimetria de poder, com solidariedade aparente; exploração e coerção potencial, com relação voluntária (Eisenstadt e Roniger: 215).

Entendemos que, se raciocinarmos a partir do estado de natureza hobbesiano, então a busca do cliente pela proteção do *patronus* é *racional*, da mesma forma que, em função do medo da morte, da anarquia e da guerra, será importante buscar a paz através da entrega racional da soberania individual ao Leviatã.

Isto fortalece a interpretação de que não há nada de contraditório em uma entrega voluntária ao *patronus* e o medo de uma coerção potencial. Assim, o jogo clientelístico consiste em "extrair prestígio e proeminência sócio-político, ao preço da aceitação das limitações que a conexão impõe sobre o uso da força e sobre os ganhos instrumentais que podem ser obtidos por terem recorrido a tal uso" (Eisenstadt e Roniger: 218).

Esse jogo é inerente a relações díades entre pessoas ou entre instituições; é endógeno à organização social:

> *"podem ser encontradas, como temos visto, em uma grande variedade de sociedades, nos níveis diversos de desenvolvimento ou de modernização. Conseqüentemente, além das características partilhadas por todos esses tipos de relações, além das diferenças entre a rede de clientelismo pleno e as relações patronus/cliente do tipo complementar, uma grande diversidade também se desenvolve em suas organizações concretas em cenários diferentes" (Eisenstadt e Roniger: 220).*

Na passagem que se segue, Eisenstadt e Roniger admitem a relação *patronus*/cliente não só *como um fenômeno permanente mas, principalmente, como parte integrante do jogo de interesses da política representativa moderna.* Grupos de interesse, lobbies, política de máquina, políticas regulatórias e distributivas, *rent-seeking*, *free-rider*, entre outros, fazem parte da terminologia da Ciência Política moderna que, como veremos no capítulo III, mantém uma forte conexão com as características das relações do fenômeno das trocas políticas assimétricas clientelísticas:

> *"Essas relações que também existem entre devedores e credores, que as estendem, pelo menos parcialmente, além da esfera econômica. Essas conexões também surgem entre, por um lado, lavradores e, de outro, comerciantes, homens de negócios e profissionais, que possuem controle sobre acessos a vias de comércio e conhecimento especializado a respeito das instituições nacionais e suas exigências processuais. Elas podem surgir em cenários urbanos ao redor de políticas oferecendo ajuda aos setores marginais da população tais como migrantes rural-urbanos assentando, ao legalizar grileiros de imóveis, ou em tratativas com autoridades, assegurando um trabalho ou preenchendo um formulário técnico para obter acesso a certos bens públicos ou para obter um empréstimo.*

Relações *patronus*/cliente são também estabelecidas dentro das máquinas políticas, através do fornecimento de incentivos a intermediários engajados em manter controle sobre os eleitores; dentro da administração, entre burocratas e cidadãos que procuram tratamento preferencial para seus pedidos e demandas de empréstimos, licenças e contratos de concessões [...]" Eisenstadt e Roniger: 220.

Assim, alguns modelos como o de *rent-seeking* teriam como endógenos os traços da troca política assimétrica/clientelística.

Os autores explicam que as variações na organização do produto das relações *patronus*/cliente nas diferentes sociedades se explicam em função da *estrutura da divisão do trabalho* e da *distribuição do poder* e da *inter-relação* dos dois. Entre os mais importantes desses aspectos da divisão social do trabalho e da estrutura do poder, destacam-se:

> *"Primeiro, os níveis de desenvolvimento econômico e político ou de modernização; e segundo, a estrutura do centro acima de tudo das coalizões dentro dele e o perfil do centro [...] Terceiro, são o caráter e a configuração dos principais atores sociais, os diferentes grupos e camadas dos quais são recrutados patroni e clientes potenciais, e grau de coesão interna deles, e suas relações solidárias e a extensão em que compartilham concepções morais comuns; e quarto, o acesso diferenciado desses grupos aos recursos principais nos quais estão interessados" (Eisenstadt e Roniger: 225).*

Todos esses aspectos da divisão do trabalho, e da estrutura de poder na sociedade, apresentam variações em diferentes sociedades clientelísticas, em diferentes setores da mesma sociedade, ou em períodos diferentes.

As relações clientelísticas evoluíram ao longo da história dos impérios e das nações. Desde a sua gênese até os nossos dias, essas relações têm adquirido formatos distintos, mas a essência do fenômeno permanece.

A mudança econômica e o desenvolvimento urbano alteraram a relação, no sentido de uma diversificação empresarial no processo de trabalho e *marketing* realizada pelos donos de terras; do desenvolvimento de uma maior mobilidade sócio-geográfica; e pela penetração de órgãos administrativos e políticos do estado em setores periféricos (Eisenstadt e Roniger: 227).

Com a expansão do sufrágio, houve aumento do poder público da periferia, abriram-se várias avenidas de alternativas para os clientes e novas fontes de barganha, tais como o voto e a habilidade organizacional. Mas, a despeito disso:

> *"Os arranjos ou combinações clientelistas, mesmo se organizados de outros modos, tenderam a persistir, não só nas margens dessas sociedades mas no próprio núcleo central de suas estruturas institucionais. Os principais recursos distribuídos pelas agências centrais ou pelas forças de mercado (freqüentemente empregos escassos, serviços públicos, acesso à administração e a bens públicos) eram regulados pelos critérios e relações clientelistas. Elas eram prestadas pelos diversos patroni, pelos políticos individualmente, administradores ou organizações (como partidos, sindicatos ou seus representantes). Em retribuição, os patroni recebiam, ou esperam receber,*

votos ou algum tipo de lealdade, alguma coisa de menor importância aqui [na sociedade mais moderna] do que na patronagem tradicional [...] Tais patroni, indivíduos, partidos ou ativistas sindicais, muitas vezes manipulam suas posições para criar seguidores pessoais e ganhar acesso às posições oficiais, por exemplo na administração, e, usam os recursos controlados por essas posições para construir uma rede clientelista mais ampla" (Eisenstadt e Roniger: 227-8).

O caráter permanente do fenômeno da troca política assimétrica clientelista continua sendo enfatizado pelos autores. O novo formato apresenta o fenômeno tal como uma rede que penetra as organizações e delas não se desliga. É detectável na estrutura dispersa dos setores tradicionais, assim como nas modernas ordens onde atua a força da competição e do mercado.

O padrão *patron-brokerage* é caracterizado por uma estrutura dispersa da rede, formalmente não relacionadas uma com a outra, exceto através das atividades dos intermediários principais. As redes permanecem dispersas, a despeito de serem, separadamente, relacionadas com a mesma estrutura institucional, tais como burocracias, partidos políticos e sindicatos.

Os padrões de *organizational brokerage* compartilham a tendência do padrão anterior, de se tornar ligado a, ou mesmo mesclado com, organização formal. Ao mesmo tempo, contudo, no caso da *organizational brokerage* as diferentes redes tendem a ser integradas em estruturas relacionadas em cadeia até o centro.

Os dois padrões se mesclam nas organizações formais e buscam ampliação permanente da periferia até o núcleo decisório central.

Um aspecto de extrema relevância para é o conjunto de observações que os autores fazem, quando analisam o modelo clientelístico e as políticas públicas a ele ligado.

Em minha opinião, diferentemente do que afirmam os autores, as políticas clientelistas não tendem somente a ser distributivas, mas sim distributivas, regulatórias e auto-regulatórias. Só nos discursos é que elas parecem ser redistributivas; na ação política concreta o clientelismo de massa, do tipo populista ou corporativo, é inorgânico e continua favorecendo interesses particularistas através de políticas distributivas, regulatórias e auto-regulatórias.

As políticas públicas assim postas em prática são fonte de legitimidade e possibilitam suporte do governo na massa. Busca-se obter votos e mobilizar as massas de alguma forma, seja em períodos de livre competição eleitoral, seja em períodos autoritários. E para atingir tal intento, o processo de intermediação, o acesso aos recursos e o controle de órgãos do Estado são fundamentais.

"A eficácia dessa corretagem depende, é claro, do acesso dos corretores aos órgãos do Estado e aos canais de entrega desses recursos,

assim como de suas capacidades de usá-los em modo particular (especial) para reunir apoio político" (Eisenstadt e Roniger: 231).

Como já foi mencionado, as relações clientelísticas não se explicam somente em termos dos diferentes níveis de desenvolvimento econômico ou político. Elas dependem de outros aspectos da divisão social do trabalho e da estrutura de poder; isto é, a estrutura do centro, suas políticas principais, e a natureza da maioria das coalizões existentes dentro do centro, e a significância dos recursos controlados pelos administradores do centro.

Segundo os autores, as ligações, os liames, as inter-relações clientelísticas ou de trocas assimétricas clientelísticas variam dentro dos padrões predominantes de *patron-brokerage* e de *organizational brokerage*. As redes, no entanto, podem se constituir em várias configurações:

"Essas diferenças podem ser largamente explicadas pelas configurações distintas de alianças de elites e empresários que se desenvolvem dentro da moldura de um perfil relativamente alto dos centros e uma capacidade concomitante da parte deles para permear setores periféricos e camadas. De importância especial aqui é o caráter das coalizões centrais na sociedade e, particularmente, as várias acima de tudo locais e tradicionais camadas sociais, elites e empreendedores" (Eisenstadt e Roniger: 234).

As políticas desenvolvidas pelas elites são sempre "encapsulative policies": políticas que encapsulam o domínio do poder mais fraco, ou por meio de alianças com donos de terras locais e poderosos empresários locais e regionais, ou pela cooptação local de figuras poderosas, fazendo-as parte da administração nas áreas periféricas. A dimensão centro-periferia está sempre presente, e as redes se multiplicam em um processo coordenado.

As políticas de cooptação compreendem duas características básicas: um sistema decisório concentrado e um padrão de demandas fragmentado.

Analisando alguns períodos históricos, Eisenstadt e Roniger assinalam os papéis dos *patroni*:

"[...] mesmo se os laços dessas redes clientelistas com as estruturas de interação permanecessem esparsas e fossem em maioria estabelecidas através de cooptação de contatos de líderes dentro de estruturas institucionais mais largas de organização social, as redes estariam ainda relacionadas às políticas formais do centro ou aos canais sociais. Os patroni tornaram-se parte das maquinarias administrativa municipal, regional do Estado. Poderes formais lhes foram

freqüentemente, então, delegados e, desse modo, como representantes do centro, eles ganharam mais poder do que previamente em face das forças sociais no nível local, colocadas em uma posição de dependência em relação a eles, representantes" (Eisenstadt e Roniger: p. 236).

O texto acima também aponta para um processo de concentração de poder no centro, distribuído para a periferia, demandante de recursos e serviços.

O padrão *organizational brokerage* atribui à elite central maior autonomia e minimiza o poder das elites locais. Este padrão caracteriza-se por ser mais integrado com o centro, do ponto de vista dos elos criados pelas elites e subelites (centrais e locais). É mais orgânico, mas não deixa de conviver com um razoável grau de fragmentação, no sentido das demandas dos clientes. Há, na verdade, uma maior concentração no sistema decisório por meio da oligarquização das elites (1984: 237).

As novas configurações se organizam em máquinas políticas nos exemplos de estruturação dentro do sistema eleitoral ou de coalizões conduzidas pelas elites com duas orientações básicas: populistas ou autoritárias não-coercitivas.

> *"Os votos são congregados através de atividades distribuídas tais como concessões ou promessas de recursos e serviços ordenados pelo centro e seus órgãos administrativos. Essas atividades estavam freqüentemente relacionadas ao solapamento de redes localizadas de patronus-intermediários e à relevância aumentada de atividades negociadoras de partidos e facções dirigidas pelos empreendedores. A eficácia desses patroni em si dependia de seus contatos com forças políticas e administrativas ou provável acesso aos órgãos do Estado e aos canais de provimento de seus fundos, recursos e serviços, assim como (dependia) da capacidade deles para usar esses recursos em um modo peculiar para reunir apoiamento". (1984: 238)*

As coalizões se cristalizam através de práticas distributivas de recursos de poder: controle do acesso aos recursos, contratos e poder de indicar para cargos no aparelho do Estado. Esses elementos caracterizam, em grande parte, a prática política dos parlamentos modernos. Mais uma vez, a visão de que o processo legislativo democrático ocorre a partir de um conjunto de demandas que se organizam através de lobbies de grupos de interesses nos permite interpretar esse processo com diversos traços de natureza clientelística. Parlamentares, executivos e membros do judiciário monopolizam recursos de poder e os trocam, muitas das vezes, de forma particularista ou clientelística.

Os autores, neste sentido, ajudam a entender um dos aspectos centrais desta tese. Eles observam o fenômeno do clientelismo nos períodos populistas e entendem que as coalizões populistas

> *"[...] enfatizavam, no plano ideológico, o caráter revolucionário do regime e a abertura deliberada dos mercados institucionais. Isso era feito para estabelecer (de cima) acesso universal e mais 'justo' aos recursos para todos os atores sociais sem, em princípio, usar as mediações tradicionais entre as massas e a liderança no centro da sociedade. Essa ênfase sobre o acesso direto ao centro da sociedade por camadas mais largas e sobre o aspecto redistribuitivo do centro afetava formas 'mais velhas' de clientelismo, tais como relações patroni-clientes tradicionais localizadas e redes de patroni-corretores não relacionadas à administração atual e às forças políticas aliadas a ela. Mas o clientelismo, contudo, é transformado em vez de minado completamente" (Eisenstadt e Roniger: 239).*

A mudança da estrutura de distribuição de recursos é só aparente; na verdade não ocorre. Eisenstadt e Roniger passam, a partir desse momento, a reconhecer que as elites tendem a praticar políticas regulatórias e distributivas, com o conseqüente aumento do papel a ser desempenhado pelo mediador, que alarga os canais da organização e primordialmente conecta os vários locais de poder ao centro.

O caráter distributivo do populismo se cristaliza na perspectiva da visão do Estado como um poço sem fundo. As políticas sociais garantiriam a qualquer custo, inclusive o inflacionário, a distribuição do excedente disponível às camadas populares mais abrangentes.

Ao examinarem o padrão em que predominam coalizões autoritárias não-coercitivas, os autores afirmam que as elites autoritárias, a despeito das tentativas de acabar com o clientelismo, com o favoritismo e com a corrupção, não conseguiram alterar estruturalmente as relações existentes, de tal sorte que o fenômeno *patronus*/cliente foi reduzido por um tempo, mas voltou a se reinstalar como prática constante nos diversos países autoritários.

As ações de mediação ou de intermediação são essenciais em sociedades de massas onde o fenômeno organizacional se torna predominante. O grupo de pessoas, o *lobby* e a busca da realização dos interesses ganham organicidade.

> *"Essas atividades de mediação foram conectadas por partidos políticos através de corretagem organizada que assumiu características clientelistas em situações onde [...] as condições de clientelismo eram ainda operativas. [...] Assim em todas essas instâncias ocorrentes em*

sociedades onde as condições tendentes (conducentes) ao clientelismo estavam presentes, tanto sob o sufrágio de massa e suportando competição política e sob sociedades populistas e autoritárias, a procura de apoio de massas como fonte de legitimação para o regime prevalecia, mais cedo ou mais tarde emergiram tipos especiais de redes clientelistas. Embora os contornos concretos e a localização institucional dessas redes variassem grandemente, como se verá nas análises seguintes, elas assumiram o padrão 'organizational- brokerage'" (Eisenstadt e Roniger: 241).

Para Eisenstadt e Roniger, o clientelismo ora atua na esfera do centro decisório mais elevado, ora influi nas instâncias mais baixas da hierarquia decisória. A competição interna entre partidos e outros fatores políticos permitem a penetração do clientelismo nas áreas centrais da administração e no controle sobre as mais altas posições das organizações formais, assim como na implementação de diferentes políticas públicas:

1 — "as relações clientelistas verticais em toda parte da administração eram obstruídas pelo fato de que os clientes virtuais na burocracia conseguiam um controle seguro sobre os cargos burocráticos, resultante da concessão inicial de acesso aos postos dados pelo mesmo 'patronus'. Ao mesmo tempo, círculos temporários de 'amigos' emergiam, empregados em diferentes ministérios e companhias públicas, que forneciam a seus membros e dependentes apoio burocrático, informação e vantagens econômicas, dos fundos públicos, em detrimento de formas mais universalistas de acesso aos recursos comandados pelo centro" (Eisenstadt e Roniger: 243).

A descrição acima permite finalizar este capítulo apontando para além do caráter mais permanente das características das trocas políticas assimétricas/clientelísticas. Nos cenários clientelísticos plenamente expandidos, a permuta rotineira instrumental, ou baseada em poder, está sempre combinada com elementos de *significação simbólica*, inclusive solidariedade ou reciprocidade, obtenção de mérito, incondicionalidade e crédito de longo prazo e obrigações entre *patronus* e seguidores.

Assim, como foi visto, a permuta nas relações *patronus*/cliente é construída em diferentes sociedades de tal maneira a combinar acesso a recursos cruciais — seja à terra, água, força de trabalho ou oportunidades de emprego, a especializações escassas ou fatores e serviços em esferas como educação, saúde pública, segurança social, ou a certificados oficiais, licenças ou empréstimos — com reciprocidade prometida, sinais de boa vontade, elementos de força e respeito, solidariedade e obrigações interpessoais.

O clientelismo é um fenômeno basicamente relacionado ao acesso e à exclusão de bens e serviços quase sempre não-regulados diretamente pela ordem jurídica e pelos valores de mercado. Significa dizer acesso e exclusão à propriedade, do ponto de vista econômico, e ao poder e suas influências, sob o ângulo da política.

Os mecanismos que fazem parte do fenômeno da troca política assimétrica/clientelista são os traços essenciais que ocupam *espaços vazios não-regulados* pelo direito positivo ou pelo direito costumeiro e *tolerados* nas relações sociais. São espaços *não-ocupados* pelos dispositivos constitucionais, pelo conjunto legal formado pelo direito positivo e pelas omissões do direito de propriedade e à propriedade.

Ao finalizar, espero ter atingido os dois objetivos centrais deste artigo. O primeiro foi apontar para o caráter endógeno da troca política assimétrica/clientelística ao poder e às organizações. E, a partir da literatura examinada, foi possível estabelecer os principais traços, características e propriedades do fenômeno, segundo objetivo a ser alcançado. Em resumo: acesso restrito aos centros de poder; controle sobre recursos — materiais e simbólicos desiguais; relação de troca com forte hierarquia vertical, não formal, particular e difusa; sistema decisório concentrado através do monopólio de representação; demandas fragmentadas; lealdade, confiança, amizade e reciprocidade norteando a troca; e o fluxo de utilidades que se processa na troca envolvendo uma relação de pagamento de longo prazo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABERCROMBIE, N. e HILL, S. (1976), "Paternalism and Patronage", *British Journal of Sociology*, vol. 27, nº 4, dezembro, pp. 413-9.

BLAU, M. P. (1967), *Exchange and Power in Social Life*. Nova York, Londres, Sydney, John Wiley & Sons Inc.

BLOK, A. (1969), "Variations in Patronage". *Sociologische Gids,* vol. 16, nº 6, pp. 356-78.

BOBBIO, N.; MATEUCCI, N. e PASQUINO, G. (1986), *Dicionário de Política.* Brasília, Ed. da UnB.

BRISK, W. J. (1973), "The New Caciquism", *in* R. Kern (ed.), *The Caciques. Oligarchical Politics and the System of Caciquism in the Luso-Hispanic World.* Albuquerque, University of New México Press, pp. 151-63.

CAMMACK, P. (1982). "Clientelism and Military Government in Brazil" *in* C. CAMMACK, P. (ed.), *Private Patronage and Public Power. Political Clientelism in the Modern State.* Londres, France Pinter Pub.

CHUBB, J. (1981), "The Social Baes of an Urban Political Machine: The Christian Democratic Party in Palermo", *in* Eisenstadt e Lemarchand. (eds.) Political Clien-

telism, Patronage and Development, Conteporany Political Sociology, Vol. 3, Londres e Bervily Hills, Sage Publications.
CLAPHAN, C. (1982), "Clientelism and the State", *in* C. Claphan (ed.), *Private Patronage and Public Power. Political Clientelism in the Modern State*. Londres, Frances Pinter Pub.
EISENSTADT, S. M. e RONIGER, L. (1980), "Patron-Client Relations as a Model of Structuring Social Exchange", *in Comparative Studies in Society and History*, 22(1), pp. 42-77.
EISENSTADT, S.M. e LEMARCHAND, R. (eds.). (1981), *Political Clientelism, Patronage and Development. Contemporary Political Sociology*, vol. 3. Londres e Beverly Hills, Sage Publications.
EISENSTADT, S. M. e RONINGER, L. (1981), "The Study of Patron-Client Relations and Recent Development in Sociological Theory", *in* S. N. Eisenstadt e R. Lemarchand (eds.), *Political Clientelism, Patronage and Development. Contemporary Political Sociology*, vol. 3. Londres e Beverly Hills, Sage Publications.
EISENSTADT, S.M. e RONIGER, L. (1984), *Patrons, Clients and Friends*, Cambridge, London, New York, Sydney, Cambridge University Press.
ELSTER, J. (1989b), *The Cement of Society*. Cambridge, Cambridge University Press.
FLYNN, P. (1974), "Class, Clientelism, and Coercion: Some Mechanisms of Internal Control". *Journal of Commonwealth and Comparative Politics*, vol. 12, nº 2, pp. 133-56.
GALJART, B. (1964), "Class and Following in Rural Brazil". *América Latina*, vol. 7, nº 3, pp. 3-24.
GALJART, B. (1967), "Old Patrons and New: Some Notes on the Consequences of Patronage for Local Development Projects". *Sociologia Ruralis*, nº 7, pp. 335-46.
GALJART, B. (1968), "Itaguaí: Old Habits and New Factors in a Brazilian Land Settlement". Centre for Agricultural Pub. and Doc., Wageningen.
GELLNER, E. (1977), "Patrons and Clients", *in* E.Gellner e J. Waterbury (eds.) *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*.
GRAZIANO, L. (1973), "Patron-Client Relationships in Southern Italy". *European Journal of Political Research*, vol. 1, nº 1, pp. 3-34.
GRAZIANO, L. (1975), "Conceptual Framework for the Study of Clientelism". *Occasional Paper*, nº 2. Western Societies Program, Center for International Studies, Cornell University, NY, abril.
GRAZIANO, L. (1976), "A Conceptual Framework for the Study of Clientelistic Behavior", *European Journal of Political Research*, 4(2): 149-74.
GRAZIANO, L. (s/d), mímeo apresentado na IPSA Congress no Rio de Janeiro.
GREENFIELD, S. m (1977), "Patronage, Politics, and the Articulation of Local Community and National Society in Pre-1968 Brazil". *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, vol. 19, nº 2, pp. 139-72.
GREER, S. (ed.) (1981), *Ethnics, Machines and the American Urban Future*. Cambridge Massachusetts Schenkman Publishing Company, Inc.
HALE, J.R. (org.) (1988), *Dicionário do Renascimento Italiano*. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor.

HOFSTADTER, R. (1948), *The American Political Tradition*. Nova York, Alfred A. Knopf Inc. e Vintage Books.
IONESCU, G. (1977), "Patronage under Communism", *in* E. Gellner e J. Waterbury (eds.), *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*, pp. 97-102.
KATZ, E. e ROSENBERG, J. (1994), "More on Measuring Budget-Related Rent-Seeking: A Comment", *Public Choice*, vol. 78, nº 2, pp. 187-92.
KAUFMAN, R. R. (1974), "The Patron-Client Concept and Macro-Politics: Prospects and Problems". *Comparative Studies in Society and History*, vol. 16, nº 3, pp. 284-308.
KENNY, M. (1960), "Patterns of Patronage in Spain". *Anthropological Quarterly*, nº 33, pp. 14-23.
KEY, V. O. (1958), *Politics4, Parties and Pressures Groups*. Nova York, Thomas Y. Crowell.
KURER, O. (1993) "Clientelism, Corruption, and the Allocation of Resources". *Public Choice*, vol. 77, nº 2, pp. 259-73.
LEGG, K. e LEMARCHAND, R. (1972), "Political Clientelism and Development: A Preliminary Analysis". *Comparative Politics*, vol. 4, nº 2, pp. 149-78.
LEGG, K. R. (s/d), *Patrons, Clients and Politicians. New Perspectives on Political Clientelism*. Berkeley, Institute of International Studies, University of California.
LEMARCHAND, R. (1981), "Comparative Political Clientelism: Structure, Process and Optic", *in* S. N. Eisenstadt e R. Lemarchand (eds.), *Political Clientelism, Patronage and Development. Contemporary Political Sociology*, vol. 3. Londres e Beverly Hills, SagePublications.
LEMARCHAND, R. (1972), "Political Clientelism and Ethnicity in Tropical Africa: Competing Solidarities in Nation-Building". *APSR*, vol. 66(1).
MINAGAWA, S. (1983), "Political Clientelism in the USSR and Japan. A Tentative Comparison", *in* Rigby e Bohdan (orgs.), *Leadership Selection and Patron-Client Relations in the USSR and Yugoslavia*. Londres/Boston/Sydney, George Allen and Unwin, pp. 200-28.
NUNES, E. de O. (1985), "Tipos de Capitalismo, Instituições e Ação Social: Notas para uma Sociologia Política do Brasil Contemporâneo", *Dados — Revista de Ciências Sociais, vol. 28, nº 3, pp. 347-72.*
OLSON, M. (1970), *The Logic of Collective Action. Public Goods and the Theory of Groups*. Nova York, Schoken Books, 3ª edição.
OLSON, M. (1982), *The Rise and Decline of Nations*. New Haven; Yale University Press.
OLSON, M. (1993), "Dictatorship, Democracy, and Development", *American Political Science Review*, vol. 87, nº 3, setembro, pp. 567-76.
ORLOVSKY, D. T. (1983), "Political Clientelism in Russia: The Historical Perspective", *in* Rigby e Bodhan (orgs.), *Leadership Selection and Patron-Client Relations in the USSR and Yugoslavia*. Londres/Boston/Sydney, George Allen and Unwin, pp. 174-99.
PANG, E. (1973), "Coronelismo in Northeast Brazil", *in* R. Kern (ed.), *The Caciques. Oligarchical Politics and the System of Caciquism in the Luso-Hispanic World*. Albuquerque, University of New México Press, pp. 65-88.

ROSEMBERG, H. (1966), *Bureaucracy, Aristocracy and Autocracy. The Prussiab Experience: 1660-1815*. Boston, Beacon Press.
SCOTT, G. (ed.) (1981), *Ethnics, Machines and the American Urban Future*. Schemkmann Publishing Company, Inc. Cambridge, Massachusetts.
SCOTT, J. C. (1971), "Corrupção Eleitoral. O Aparecimento das Máquinas Políticas", *Revista Latino-Americana de Ciência Política*, vol. 5, nº 3, jul./set., pp. 37-73.
SCOTT, J. C. (1972), "Patron-Client Politics and Political Change in Southeast Asia", *APSR*, vol. 65, nº 1, march, pp. 91-114.
SILVERMAN, S. F. (1965), "Patronage and Community-Nation Relationship in Central Italy", *Ethnology*, vol. 4, nº 2, pp. 172-89.
SIMMEL, G. (1964), *The Sociology of Georg Simmel*. Nova York/Londres. The Free Pres/Collier Hamilton Publish.
SIMMEL, G. (1971), *On Individuality and Social Forms*. Chicago e Londres, The University of Chicago Press.
SIMMEL, G. (1978), *The Philosophy of Money*. Londfres, Melbourne e Henley, Routledge 7 Kegan Paul.
SORAUF, F. (1961), "The Silent Revolution in Patronage", *in* E. Banfield (ed.), *Urban Government*. Nova York, Free Press, pp. 309-310.
TUCÍDIDES. (1982), *História da Guerra do Peloponeso*. Brasília, Ed. da UnB.
TULLOCK, G. e MCKENZIE, R. (1985), *Modern Political Economy*. Londres, McGraw-Hill International Book Company.
WEBER, M. (1964), Economía y Sociedad. Esbozo de Sociologia Compreensiva. México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica.
WEBER, M. (1968), *História Geral da Economia*. São Paulo, Ed. Mestre Jou.
WEINGROD, A. (1968), "Patrons, Patronage, and Political Parties". *Comparative Studies in Society and History*, vol. X, nº 4, julho, pp. 377-90.
WEINGROD, A. (1977), "Patronage and Power", *in* E, Gellner e J. Waterbury (eds.), *Patrons and Clients in Mediterranean Societies*, pp. 42-52.
WOLF, E. R. (1966), "Kinship, Friendship, and Patron-Client Relations in Complex Societies", *in* M. Banton (ed.), *The Social Anthropology of Complex Societies*. Londres, Tavistock. ASA Monographs.
ZANE, L. Miller (1981), "Bosses, Machines and the Urban Political Process", *in* Scott Greer. (ed.). Ethincs, Machines and the American Urban Future. Cambridge, Massachusetts, Schenkman Publiching, Company Inc.

GLOBALIZAÇÃO E DEMOCRACIA COSMOPOLITA

VICENTE DE PAULO BARRETTO*

Os anos do século XX foram marcados por revoluções, guerras, extermínios de populações, fome, miséria, exclusão social, mas, também, por um formidável progresso do conhecimento científico e suas aplicações tecnológicas, por uma crescente expansão da democracia como regime de governo, legitimador e controlador do poder público, e pela afirmação dos direitos humanos como núcleo normativo de novas formas de organização política. Essa diversidade contrastante de traços marcantes, encontrados na história dos últimos cem anos, ocorre no seio do fenômeno da globalização. A expressão "processo de globalização" tem sido empregada de modo abrangente para significar diferentes aspectos de fenômenos sociais, políticos, econômicos e culturais, muitas vezes correlatos, outras paralelos, outros ainda divergentes, mas que, no processo histórico, vêm ocorrendo de forma autônoma. O emprego da expressão tem sido associado a julgamentos valorativos, sejam positivos ou negativos, a respeito da forma globalizada como ocorrem as relações intersubjetivas, intergrupais e interestatais no final do século. A palavra "globalização" serve, também, para justificar, ideologicamente, no contexto específico do sistema político do mundo, após a queda do Muro de Berlim, a construção de uma *Pax Americana* no planeta. Nesse caso, a palavra traz consigo uma conotação valorativa e consensual sobre as qualidades intrínsecas do modelo político e econômico norte-americano, que representaria o estágio mais elaborado e aperfeiçoado do regime democrático.

Em virtude, precisamente, do emprego abrangente da palavra "globalização" e de suas referências político-ideológicas, corre-se o risco de não se analisar de forma teórica consistente esse fenômeno e, por via de conseqüência, encontrarmo-nos na impossibilidade de formular políticas públicas que respondam aos desafios situados no limiar do século XXI. Torna-se, portanto, neces-

* Professor na UERJ e na UGF.

sário enfrentar essa nova e complexa realidade sem certezas absolutas, mas procurando retirar dos seus interstícios dados empíricos, que permitam um entendimento também global do processo de globalização. Para que não fiquemos prisioneiros de um jogo de palavras e tenhamos acesso ao conhecimento, que poderá contribuir para corrigir as deformações que o processo de globalização tem trazido para a vida humana, talvez seja proveitoso atentarmos para o fato de que o conhecimento é adquirido ao final de um processo no qual a inteligência humana "distingue para unir", constituindo esse processo "os graus do saber", como escreveu Maritain (1936), no título de seu belo livro sobre a natureza do conhecimento. O tema da globalização, sob o ângulo da governabilidade do processo, deverá ser, portanto, precedida pela análise de seus aspectos conflitivos e divergentes, em função dos quais poderá ser sugerido um modelo legitimador e ordenador de uma nova ordem política, social, econômica e cultural.

Deixando de lado o fato de que podemos conceituar a globalização em função de suas repercussões em cada tipo de atividade — assim, por exemplo, teríamos uma globalização econômica, outra cultural ou social e política —, procuraremos identificar, em suas diversas manifestações particulares, quais as características comuns do processo, para que possamos definir uma teoria político-institucional da globalização. A qualidade dessa teoria é que irá assegurar a elaboração de um modelo político-institucional que analise os diferentes fatores e forças sociais e econômicas, atuantes no processo. Para isto, torna-se necessário distinguir os dois fenômenos distintos, que ocorrem, simultaneamente, no processo de globalização, mas que provocam resultados objetivos diferenciados: o primeiro deles acontece em função da transformação das cadeias de atividade econômica, social e política, que deixam de ser nacionais, ganhando dimensões inter-regionais e intercontinentais; mas, por outro lado, a globalização remete, também, à constatação de que existe uma intensificação e mudança na natureza dos níveis de interação e interconexão dentro dos próprios sistemas políticos nacionais, no âmbito da interestatalidade e das conexões entre sociedades e culturas (Held, 1998:13). Conclui-se, portanto, que a globalização não é um processo linear, que se desenvolve através de etapas e momentos previsíveis e dependentes de relações de causa e efeito; trata-se de um fenômeno multidimensional, dotado de altos graus de complexidade, que envolve diversos domínios da atividade e da interação humanas, exigindo por isso uma sofisticada teoria para o seu entendimento e, em conseqüência, para a formulação de políticas públicas que contemplem os diferentes agentes do processo e atendam à novas demandas sociais.

Para que se tenha uma avaliação crítica da globalização, podemos nos socorrer de um procedimento heurístico, que permita distinguir três blocos temáticos em função dos quais poderemos ter uma visão abrangente do processo. Nesses blocos podem ser organizados os diferentes tipos de atividade envolvidas na globalização: a atividade econômica, política, tecnológica, militar, jurídica, cultural e ambiental. Em todas essas atividades, torna-se determinante o papel da ciência e de suas aplicações como fator unificador das diferentes formas de globalização.

A questão central no processo de globalização reside nos diferentes níveis de acesso ao poder, entendido o poder como sendo, na definição de Thomas Hobbes, o conjunto de meios atuais para que se possa obter algum bem aparente futuro (*Leviathan, I,* cap. 10). As dificuldades oriundas do processo de globalização residem, em primeiro lugar, no fato de que se trata de um processo onde as relações entre os diversos agentes ocorrem no quadro de uma hierarquia, que estabelece relações assimétricas, tanto no acesso às redes globais, como na distribuição de infra-estruturas sociais e econômicas. Esse tipo de sistema assimétrico produz, em conseqüência, efeitos socialmente nefastos, alimentando, assim, as mais acerbas críticas ao processo de globalização. De um lado, o processo conduz a relações de poder desiguais e, em função dessa desigualdade, permeia a sociedade com ideais de consumo somente acessíveis a poucos; ao mesmo tempo, para produzir esses benefícios, aprofunda os níveis de desigualdade econômica e exclusão social, alterando a qualidade de vida de todos, inclusive dos que mais se beneficiam do processo. É esse paradoxal efeito dos avanços tecnológicos e do incremento da desigualdade que vai redundar naquilo que os sociólogos denominaram sociedade de risco a exigir uma reflexividade e uma participação social antes apenas esperadas.

Podemos, neste contexto, distinguir nos blocos temáticos que se referem aos tipos de atividade e interação encontrados na globalização diferentes tipos de desafios e perplexidades. A economia que foi o âmbito da atividade humana, onde se manifestaram os primeiros indícios da globalização, implica em relações múltiplas e complexas, que se desenvolvem no comércio, finanças, empresas multinacionais, indústria cultural e meio ambiente. No seio do próprio sistema econômico vamos constatar algumas contradições que evidenciam um sistema ainda embrionário, apesar de extremamente poderoso e imprevisível. Enquanto as relações comerciais levaram as economias nacionais a uma feroz concorrência, o sistema financeiro, a partir da liberalização dos mercados de capitais, no início da década de 80, presenciou o surgimento do mais integrado sistema de que se tem notícia na história da humanidade. Implementando políticas próprias, independentes da vontade política das comunidades dentro das quais atuam, as empresas multinacionais trouxeram para a cena político-institucional fatores de desestabilização, quando "a autonomia de governos eleitos democraticamente tem sido, e de forma crescente, constrangida por fontes do poder econômico, não-eleitas e sem representatividade" (Held, 1998: 18). Abandona-se no processo uma das conquistas mais significativas da cultura

política dos últimos dois séculos: a representação política, como fonte legitimadora da lei e do exercício efetivo do poder.

A indústria cultural, por sua vez, expressa por vias próprias as mesmas características dos demais instrumentos de globalização. A transnacionalização dos sistemas de televisão e cinematográfico tende a uma homogeneização de padrões e valores culturais, ainda que haja uma crescente reação de culturas locais a essa tendência. É o caso, por exemplo, do renascimento do interesse das novas gerações por tradições e manifestações artísticas e culturais das comunidades tradicionais face à pasteurização imposta pelos grandes sistemas de comunicação. Observa-se, também, o aparecimento dentro do próprio sistema da Internet de uma individualização crescente no acesso à informação e à comunicação. Entretanto, este sistema, que caminha para ser de propriedade de oligopólios, um dos instrumentos econômicos e jurídicos da globalização, tem sido o veículo de circulação de idéias e valores, que levam o indivíduo a conscientizar-se da necessidade do controle político da própria globalização.

O meio ambiente constitui, também, uma outra área de atividades e interrelações onde se delineiam novos tipos de organização dentro do processo de globalização. O aquecimento global e o esvaziamento da camada de ozônio, junto com a expansão demográfica, principalmente nas populações mais fracas economicamente e excluídas socialmente, e a poluição constituem o espaço pelo qual transitam forças econômicas, financeiras e políticas descontroladas. Entre os processos econômicos, talvez a deterioração do meio ambiente, por ameaçar de modo mais evidente todas as nações do planeta, ricas ou pobres, seja o setor onde maior número de tentativas têm sido feitas para que se estabeleçam acordos e normas de regulação globais. Conferências internacionais, como a do Rio de Janeiro, em 1992, e organizações culturais, científicas e de defesa do meio ambiente têm submetido governos e empresas a crescentes procedimentos de constrangimento e controle.

O segundo tipo de atividade característica da globalização tem a ver com o Direito. Precisamente, porque o estado nacional soberano encontra-se submetido a diferentes influências culturais, políticas e econômicas. O Direito que dele emana, como manifestação de sua vontade política, sofreu uma mudança radical. A legislação do comércio internacional, da exploração e ocupação do espaço, da exploração dos oceanos e das reservas silvícolas são exemplos de como a outrora autônoma vontade estatal encontra-se hoje limitada por acordos e organizações internacionais. O *locus* do poder real deslocou-se, por sua vez, no âmbito interno do estado nacional, do poder executivo para diferentes tipos de agências a nível nacional, regional e internacional, que procuram adequar os sistemas nacionais às exigências reguladoras da globalização.

Trata-se, em outros termos, da constatação de que a soberania, como concebida pela tradição clássica do pensamento político e jurídico, encontra-se

questionada por uma rede de novos desafios. Surgem os desafios encontrados na área da ecologia, da complexidade tecnológica crescente do desenvolvimento e de suas conseqüências sociais, do aprofundamento do fosso entre nações ricas e pobres, das correntes migratórias, internas aos próprios países e entre países, diante dos quais as respostas convencionais encontradas no estado e no direito clássicos têm sido insuficientes. Quando analisamos os temas centrais desses novos desafios, verificamos que o esvaziamento das possibilidades reais do estado soberano deve-se mais ao aparecimento de demandas valorativas, que têm a ver com a própria sobrevivência da humanidade no quadro da globalização. Existem bens comuns da humanidade, como a saúde, o bem-estar, a alimentação, a habitação, que no quadro da soberania clássica terminaram por ficar prisioneiros de um aparelho estatal dependente do próprio processo de globalização.

Neste contexto, o estado nacional encontra-se dentro de um complexo sistema global e regional, processo este que não tendo subvertido a autoridade política dos estados nacionais afeta, entretanto, a sua autonomia e soberania. Constatamos, assim, que as relações objetivas de poder, que resultam do processo de globalização, contribuíram para a instauração de um sistema internacional, que representa o contraponto moderno e secular da organização política medieval, caracterizada pela superposição de autoridades e lealdades divididas. No passado, essa lealdade dividida provocou uma fidelidade dupla, ao senhor e à Igreja; na atualidade, a fidelidade à empresa multinacional e ao estado-nação.

Observamos um fenômeno político e social que se torna cada vez mais presente no cenário nacional e internacional: à medida que se fortalece a conscientização política sobre o necessário respeito a valores e bens comuns da humanidade, como dique à maré montante dos malefícios de um processo, dito modernizador e que se pretende global, esses bens e valores tornam-se cada vez mais indivisíveis. Como escreve Badie, racional e eticamente, esses desafios nos conduzem a um tratamento global no qual "o princípio da responsabilidade se substitua ao da soberania; cada estado é o depositário fiel da sobrevivência do planeta, do seu desenvolvimento e dos valores construídos como universais" (Badie, 1999:166). Delineia-se, portanto, um modelo universal ou cosmopolita de organização político-social, até então encontrado somente na especulação filosófica ou ideológica, que irá estruturar-se juridicamente em função de valores necessariamente universais, quando a violação de uma norma em qualquer parte repercutiria em todo o planeta.

A idéia das "comunidades de responsabilidade" (Badie, ib.) remete-nos, portanto, para um novo tipo de relações internacionais, onde a ação política não reflete somente a vontade soberana do estado nacional, mas expressa também políticas que tenham por objetivo o atendimento das necessidades das comunidades particulares. Através da responsabilidade coletiva e particular é que se

abrem as possibilidades para a construção de uma ordem política diferenciada, que supere as limitações do sistema político e da ordem jurídica do estado soberano. O neologismo "globalização", sugerido por alguns autores (Badie 1999: 167; Robertson, 1995: 1-24), expressa a solidariedade que une duas novas tendências da cena contemporânea: de um lado a globalização, nutrindo-se da dinâmica de fatores locais (produção, gestão, iniciativas municipais, cooperação entre organismos sociais); de outro lado, ela se manifesta através da formação de regiões transversais, como os grandes conjuntos mundiais regionais.

O desafio da engenharia política do próximo milênio encontra-se em estabelecer um sistema político, que será interdependente na medida em que se acentuarem as tendências acima especificadas, mas que no processo de interdependência vem aprofundando desigualdades econômicas e sociais, entre regiões, estados e blocos inter-regionais. O resultado desse peculiar processo de interdependência produziu, na última década, a exclusão crescente dos grandes estados do Terceiro Mundo dos benefícios advindos do progresso da ciência e da tecnologia (Guimarães, 1999). Trata-se, portanto, de investigar quais as condições de possibilidade e as características de um sistema político, resultante de um novo tipo de política, chamada por Habermas (1998) de "política deliberativa", que teria como núcleo político e jurídico os direitos humanos.

A implementação dessa ordem política, entretanto, pressupõe o estabelecimento de critérios que não se identifiquem com uma determinada comunidade política ou com uma nação-estado. Nesse sentido, a proposta central da *Pax Americana* — que se expressa do ponto de vista econômico e social pelo Consenso de Washington, onde o "capitalismo democrático" torna-se o sistema ideal a ser instrumentalizado através do livre mercado global, como seu mecanismo — pretende representar o ideal universal e hegemônico da ordem política da globalização. Os efeitos dessa política, levada a efeito pelos EE.W., têm provocado a destruição de culturas econômicas nas diferentes regiões do planeta, que acabam destruídas sob o peso das chamadas políticas neoliberais, impostas pelo FMI e agências congêneres.

O fato social e político relevante é que esse processo de globalização tem provocado reações as mais diversas, tanto sob o aspecto político, como sob o aspecto econômico. Constata-se que a imposição do modelo do Consenso de Washington não se processa de forma unilinear, pois as contradições internas provocadas pelas próprias políticas implementadoras suscitam novas formas de organização social e econômica. Somos então compelidos a reconhecer a interdependência de dois tipos de questões: a existência de uma política global, que visa todo o planeta, e que se expressa através das políticas do Fundo Monetário Internacional, do Banco Mundial e das empresas multinacionais; mas, paralelamente, num movimento contrário, surgem reações a nível social e político contra essa política uniformizada.

As nações-estado encontram-se, assim, no meio dessa teia de relações complexas. A proposta da teoria da democracia cosmopolita baseia-se em algumas constatações empíricas, em função das quais pretende-se estabelecer os fundamentos de uma ordem democrática que deite suas raízes em redes regionais e globais de relacionamento e, também, em comunidades nacionais e locais. Os melhores analistas do fenômeno da globalização apontam para essa necessária convergência empírica como forma de impedir que as forças econômicas, determinantes no processo de globalização, escapem dos mecanismos de controle democrático (legitimidade, transparência e participação do poder público).

Neste contexto, assume relevância a nítida diferença estabelecida por Habermas (1998:259) entre a concepção liberal (Rawls: 1993) e a concepção "republicana" da política. A primeira, concebe o processo democrático com a função de programar o Estado no interesse da sociedade, sendo que o processo político teria como finalidade fazer valer os interesses privados da sociedade em face do Estado; a segunda, entende o processo democrático não como mediador entre interesses privados e o Estado, mas como implementador do processo de socialização coletivo. Torna-se, assim, claro que a política deliberativa, procedimento peculiar à democracia cosmopolita, vai além do modelo do liberalismo clássico e reconhece a necessidade de que a legislação e o controle do exercício do poder sejam instrumentos essenciais na real democratização dos mecanismos político-institucionais, sociais e econômicos da sociedade cosmopolita.

Encontramo-nos, assim, no limiar de uma nova era que exige do pensamento político projetos baseados em realidades objetivas, mas que tenham parâmetros referenciais, que expressem valores nascidos no contexto de comunidades locais e nas redes globais. Para que essa repercussão de valores locais no nível global possa ocorrer torna-se necessária a construção de um regime democrático cosmopolita, que tenha mecanismos institucionais próprios para realizar essa função. Para tanto não se pode ignorar, como pretende o neoliberalismo, o papel do estado-nação agente no processo global. O estado-nação encontra-se presente neste processo como agente que irá equilibrar as duas pontas de um processo, o local e o global, mas que atualmente encontra-se, com todos os seus efeitos nefastos pendendo para o global. A inserção do estado-nação neste processo depende da modificação das formas de atividade política interna, modificações estas a serem provocadas por forças nacionais e pela demanda crescente do respeito aos mesmos valores humanos pela sociedade internacional, não-estatal.

O sistema político e social complexo da atualidade faz com que o Estado tenha um conjunto de novas responsabilidades, que ultrapassam os limites do estado de direito do liberalismo. As responsabilidades práticas do estado, que

se exercem através dos seus poderes legais, começam a mover-se em duas direções, para baixo e para cima. Ocorre o movimento para baixo das responsabilidades do estado quando funções antes restritas ao poder público passam a ser compartilhadas ou são exercidas por organizações não-governamentais ou por grupos da sociedade civil. Esse movimento é constado na crescente presença das organizações comunitárias, em diferentes quadrantes do planeta, que atuam junto e, às vezes, no lugar do poder público. Ocorre o movimento para cima quando os poderes legais, até então exclusivos do poder soberano nacional, desloca-se em direção às organizações que transcendem o estado nacional, que são as organizações regionais, transnacionais e globais. Este segundo tipo de desenvolvimento dos poderes legais do estado já se iniciou há algumas décadas, quando nasceram as primeiras organizações internacionais, constituídas por estados-membros, mas que em algumas áreas da atividade política, econômica, social e cultural, incluem além de representações de governos, representantes de órgãos da sociedade civil, que se fazem ouvir de forma crescente no fórum internacional.

Existe, portanto, um novo tipo de regime democrático que se delineia, na medida em que os agentes do processo legislativo e de controle do poder acham-se cada vez mais disseminados pela estrutura social. Resta saber como e em que medida esse processo de democratização do processo decisório caminha de forma basicamente semelhante nos sistemas políticos diversificados e entre os estados e organismos internacionais. Para isto, torna-se necessário estabelecer os parâmetros em função dos quais podemos caracterizar os estados democráticos modernos. Em outras palavras, quais os fatores diferenciadores de um novo tipo de democracia, que alguns autores, seguindo a tradição iluminista kantiana, sugerem chamar de "democracia cosmopolita".

Os estados democráticos modernos são usualmente caracterizados por serem qualificados pelo respeito aos direitos humanos e às liberdades públicas, à igualdade de todos os cidadãos diante da lei e à existência da sociedade civil. Logo, a globalização para deixar de ser um mero arranjo econômico deverá estar inserida no quadro desse amplo compromisso da democracia cosmopolita, como condição mesma de sobrevivência da humanidade. A democracia cosmopolita consiste, assim, no regime político onde o respeito universal e global dos direitos humanos, a igualdade cívica universal, o estado de direito e uma sociedade civil global constituem a sua espinha dorsal. O processo de globalização deixará então de refletir a tentativa de imposição de um modelo econômico global, sob a forma do "capitalismo democrático" universal (Gray, 1999:13), e permitirá o surgimento de múltiplos capitalismos, que corresponderão a diferentes vocações sociais e culturais de uma orbe pluralística.

O modelo político-institucional que irá assegurar a democracia cosmopolita implica, por sua vez, numa reavaliação das formas políticas vigentes. Para que

se possa caminhar em direção à construção da ordem da democracia cosmopolita torna-se necessário que se consideram três ordens de fatores: em que medida as relações da comunidade com o poder público asseguram a governabilidade dessa nova ordem político-institucional; quais as relações entre o sistema de produção econômica e a sociedade civil, vale dizer, em que medida e através de quais mecanismos pode a sociedade controlar a atividade econômica e contribuir para soluções não-mercado face aos desafios sociais; qual o mecanismo político-institucional próprio para agregar de forma orgânica os dois fatores acima adiantados.

A questão do equilíbrio entre comunidade e governabilidade a nível da democracia cosmopolita passa pela reforma das Nações Unidas, especialmente, do Conselho de Segurança, pela criação de uma segunda câmara no processo decisório da O.N.U., pelo estabelecimento de uma nova Corte Internacional de Direitos Humanos, submetidas às suas decisões de forma compulsória à jurisdição da Corte Internacional de Justiça e pelo estabelecimento de uma força militar internacional. O envolvimento das forças sociais no sentido de estabelecer laços entre o sistema econômico e a sociedade civil tem a ver com o incentivo a soluções não-estatais e não-mercado na organização da sociedade civil. A experimentação de novas formas de organização democrática nos mecanismos de funcionamento da sociedade e do estado implicará em privilegiar critérios que atendam mais à humanização do exercício do poder político e econômico do que aos interesses do livre mercado. No âmbito da sociedade civil, torna-se importante reconhecer a existência de problemas sociais, que se agravam com o processo de globalização moldado pelo Consenso de Washington. Para minorar essa situação crítica torna-se necessário a previsão mínima de recursos para os excluídos socialmente, assegurando-se o acesso desses grupos sociais aos serviços de educação, saúde pública, habitação e para a defesa e articulação dos seus interesses, como fazem os *street lawyers* nos EE.W.

O problema político-institucional central na construção da democracia cosmopolita reside no modelo político-institucional a ser estabelecido. A tradição do pensamento político e jurídico consagrou a idéia de que a metaconstituição, como fonte da norma constitucional dos estados soberanos, identifica-se com um conjunto de normas geradas internamente, sejam elas as normas de reconhecimento de Hart ou a norma fundamental de Kelsen. O metaconstitucionalismo cosmopolita, fonte da ordem constitucional da democracia cosmopolita, refere-se às normas que não são geradas pelo estado soberano nacional e nem são válidas por causa do reconhecimento estatal. As normas metaconstitucionais cosmopolitas são, portanto, aquelas que exigem uma superioridade normativa sobre as normas constitucionais estatais, que elas se propõem autorizar, influenciar, suplementar ou suplantar (Walker, 1999). O metaconstitucionalismo assume diversas formas jurídicas, tais como, os acordos internacionais

referentes aos direitos humanos que têm efetividade legal ou então leis não-constitucionais, como o NAFTA ou o Acordo da Irlanda com o Reino Unido; esse novo tipo de lei não-constitucional trata das relações interestatais, mas têm suficiente autoridade para estabelecer uma comunidade política não-estatal ou metaestatal, como é o caso da União Européia.

Os teóricos do metaconstitucionalismo apontam para a necessidade da reconsideração dos fundamentos do direito constitucional, como exigência para que se possa dar uma dimensão humana às novas relações estabelecidas pela globalização. O paradigma do constitucionalismo moderno caracteriza-se por ser dificilmente modificado ou superado a não ser através de procedimentos constitucionais especiais, como o quórum privilegiado, e também por basear-se numa concepção unitária da autoridade. Não atende à complexidade da realidade da sociedade contemporânea, pois é um paradigma auto-referente, voltado para dentro de si mesmo, que funciona prisioneiro da camisa-de-força positivista, inibidora de uma compreensão mais plural da sociedade.

Por reconhecer a natureza complexa, plural e descentralizada da sociedade e do poder na contemporaneidade é que o metaconstitucionalismo não obedece a normas rígidas e dogmáticas constitutivas de um sistema ao qual possa recorrer diante das ambigüidades da realidade social. A sua legitimidade advém, entretanto, do discurso legitimador que se processa na sociedade contemporânea no sentido de controlar o exercício do poder político e do seu braço econômico. O metaconstitucionalismo poderá, assim, constituir-se no quadro teórico dentro do qual a democracia cosmopolita encontrará os argumentos justificadores e legitimadores de uma forma possível da organização político-institucional do futuro milênio. O metaconstitucionalismo servirá, então, de espaço teórico onde serão desenvolvidos os argumentos que asseguram a continuidade da dimensão do controle político, desde o nível comunitário até o nível cosmopolita. Essa teoria permitirá, portanto, dotar a democracia cosmopolita de instituições aptas a superar e corrigir os impasses e os efeitos equivocados do processo de globalização. Essa estruturação da democracia cosmopolita deve supor, necessariamente, uma teoria constitucional que expresse os valores políticos encontrados na dimensão local e na global. O metaconstitucionalismo representa, assim, um primeiro exercício da imaginação política, que tem por objetivo analisar quais os fundamentos teórico-institucionais de uma organização política de uma sociedade mutante, complexa, plural e universal.

A questão do metaconstitucionalismo encontra-se, antes de tudo, na sua própria conceituação, que não pode ficar reduzida a uma vaga referência a princípios políticos ideais. Trata-se de encontrar e formular com precisão quais os princípios a que estamos fazendo referência e como eles se tornam fonte e parâmetro hermenêutico da constituição e da legislação infraconstitucional. O

principal desafio do metaconstitucionalismo reside em buscar a fundamentação racional dos primeiros princípios, que justificam as constituições democráticas. Na tradição da democracia ocidental o regime dos direitos humanos, no seu sentido mais amplo — como conjunto de princípios e, também, de normas e instituições —, pode servir como matéria-prima sobre qual teoria metaconstitucional deverá ser elaborada.

O projeto da democracia cosmopolita, para que deixe de ser uma proposta utópica e ideal, será então analisado tendo em vista um conteúdo de normas que assegurem a implementação do s objetivos políticos dessa nova forma de ordenação do poder político global. A proposta a ser desenvolvida na teoria metaconstitucional reside, portanto, em considerar os direitos humanos como sendo o modelo jurídico dentro do qual será implementado o projeto da democracia cosmopolita. Esse núcleo pétreo do projeto político da democracia cosmopolita encontra-se em gestação, para além da vontade dos estados nacionais ou dos interesses econômicos e financeiros, pois levantasse, precisamente, contra os abusos desses centros de poder.

Os direitos humanos adquiriram, a partir de 1945, uma força própria que cresceu progressivamente, vindo a expressar-se numa filosofia cosmopolita, num corpo de leis internacionais, num conjunto de instituições com o objetivo de administrá-los e implementá-los, além de ser importante fator legitimador de uma sociedade civil global emergente. Observa-se, assim, uma aceitação crescente por diferentes povos dos valores consubstanciados nos textos internacionais que proclamam os direitos humanos e prevêem mecanismos processuais para a sua implementação. Neste contexto, os direitos humanos têm um caráter de universalidade que os aproximam do ideal democrático, ideal este comum a todas as nações, e que se expressa na hipótese de que todos os adultos são capazes de escolha política desde que tenham informações relevantes. Os direitos humanos da mesma forma têm uma conceituação semelhante, não havendo discrepância quanto ao seu conteúdo, mas exclusivamente quanto a sua observância, pois são afirmados com solenidade e, muitas vezes, negados na prática de políticas públicas.

Os direitos humanos, entretanto, diferenciam-se do ideal democrático quando se verificam as limitações universais da ordenação da democracia. No contexto do estado moderno, o cidadão, o votante, encontra-se definido em termos exclusivamente nacionais, no sentido de que o eleitor é antes de tudo o cidadão de um determinado estado; em conseqüência, a abrangência dos direitos democráticos tem sido estabelecida nos limites territoriais do estado nacional. Neste sentido, estender o conceito de *demos* da nação para a humanidade como um todo implicará "no mesmo salto de imaginação que se tornou necessário no século dezoito para estender a democracia da reunião da comunidade para o nível do estado" (Beetham, 1998: 59). E do ponto de vista institucional

exige-se, também, a mesma criatividade que instituiu o sistema da representação política nacional, a fim de que através desses novos mecanismos institucionais possa ocorrer a sedimentação dos valores e projetos encontrados no processo de "globalização", acima referido.

A idéia dos direitos humanos, ao contrário do ideal democrático, desde os seus primórdios surge com uma conotação universalista. O universalismo dessa categoria de direitos pode ser determinado em função de três tipos de constatações empíricas, que obrigam a construção de um novo sistema de normas jurídicas: humanidade comum, ameaças compartilhadas e obrigações mínimas. Apesar das diferenças culturais e sociais entre os seres humanos, algumas necessidades e capacidades entre todos os habitantes do planeta podem ser consideradas como comuns; todas as pessoas humanas necessitam de meios de subsistência, para sobreviverem com dignidade, precisam de segurança e respeito aos seus direitos fundamentais, mesmo quando a conceituação de dignidade, segurança e direitos fundamentais possam variar de cultura para cultura. A sociedade democrática, projeto crescentemente universal, caracteriza-se por pretender assegurar o pleno desenvolvimento das capacidades individuais e coletivas com vistas a responder exigências vitais comuns. As próprias características culturais de diferentes comunidades não apagam essas demandas comuns a todas as sociedades. A Resolução das Nações Unidas sobre as Minorias, por exemplo, afirma o direito à diferença como direitos humanos e, em função dessa afirmação, os críticos do universalismo dos direitos humanos apelam para o respeito igual devido a todas as culturas como argumento contrário à possibilidade da existência de normas comuns a toda a humanidade. O próprio argumento desses críticos volta-se contra eles próprios, pois torna-se difícil explicar como se verifica o citado respeito, exceto em termos do respeito igual devido às outras pessoas que humanos (Beetham: 60). A recente pesquisa antropológica mostra, a propósito, como a espécie humana adquiriu durante o seu processo evolutivo, desde o seu antepassado primata, características de unicidade (Tattersall, 1998), que apontam para uma efetiva unicidade básica de todos os seres humanos, independente de suas manifestações culturais.

A humanidade, entretanto, divide, também, além de demandas comuns, ameaças comuns, que se tornam cada vez mais abrangentes face à sofisticação tecnológica. Ameaças, como a violência, as doenças e a fome, vem acompanhando a pessoa humana durante toda a sua história, não representando uma novidade devido à globalização. Outras ameaças, entretanto, foram acrescentadas modernamente à agenda do medo humano, como aquelas provocadas pelas forças do mercado descontroladas, pela poluição do ar e da água. Essas ameaças voltaram-se contra direitos propriamente chamados de humanos, pois têm uma aplicabilidade espacial, independente de estado ou nação. A questão da responsabilidade das gerações atuais diante das gerações futuras, no âmbito dessas

ameaças, constitui uma dimensão importante na construção da ordem democrática cosmopolita, como condição mesmo de sobrevivência da humanidade.

Por outro lado, constata-se, também, o reconhecimento de que para além dos direitos individuais, proclamados e assegurados nas constituições liberais, existem deveres, reconhecidos universalmente, que supõem a intervenção do estado. Os deveres mínimos de qualquer sociedade, originários do dever de solidariedade entre as pessoas humanas, expressam também essa universalidade dos direitos humanos. Os efeitos nefastos do processo de globalização provocaram o surgimento de uma consciência crítica, que reclama, em fóruns nacionais e internacionais, a restauração dos deveres mínimos do estado, como obrigação moral da sociedade em relação aos mais fracos e oprimidos. A tese neoliberal que rejeita qualquer dever não-contratual para além do dever negativo de não prejudicar o próximo, acaba provocando o fenômeno observado de forma crescente nas sociedades globalizadas: na medida em que os governos negam-se a reconhecer direitos positivos em relação aos mais fracos e pobres, os mais ricos são obrigados a construir formas crescentes de defesa do seu patrimônio, a começar por suas vidas, contra o montante das exigências dos pobres. O fato constatado no atual estágio do processo da globalização despolitizada (sem controle político democrático) e desumanizada (sem o respeito aos direitos humanos) reside na evidência de que o custo da rejeição dos direitos humanos são exportáveis, sendo as suas conseqüências sofridas não somente por suas vítimas imediatas.

A tendência em direção a uma democracia cosmopolita na qual os sistemas dos direitos humanos sirva como núcleo jurídico e temático das relações políticas, sociais e econômicas é, por sua vez, um fenômeno que se constata em dois níveis. No primeiro, pela aceitação das proposições dos direitos humanos pela comunidade internacional, mesmo por estados que não cumpram os acordos assinados, o que se comprova pelo fato de que 140 dos 180 estados assinaram os principais acordos sobre os direitos humanos. No segundo nível, a organização da sociedade civil em organismos não-estatais, mas que atuam com eficiência na formulação de políticas públicas com vistas ao respeito dos direitos humanos, comprovam, por sua vez, como os próprios estados, muitas vezes, reticentes e contrários ao regime dos direitos humanos, são obrigados a rever suas posições e aceitarem os seus princípios universais. Os direitos humanos podem ser considerados neste contexto uma moralidade mínima universal e, também, um regime supranacional, constituído por instituições formais e informais.

A democracia cosmòpolita como mecanismo institucional da era da globalização terá a sua dimensão jurídica no âmbito dos direitos humanos, ainda que o impulso teórico e político, adquirido por eles nas últimas décadas não tenha sido acompanhado por sua observância. O processo de construção de sistemas

políticos transnacionais, em algumas áreas geográficas, evidencia como a democracia cosmopolita já se encontra em fase de gestação institucional, como por exemplo, na União Européia. O tema da democracia cosmopolita torna-se, portanto, central para a reflexão teórica e, também, como solução prática para superar os impasses sociais e políticos provocados pelo projeto econômico do capitalismo global, centralizador e destruidor de tradições culturais locais e nacionais.

Bibliografia

Bertrand Badie, *Um Monde sans Souveraineté,* Paris, Fayard, 1999.

David Beetham, "Human Rights as a Model for Cosmopolitan Democracy", em Danielle Archibugi, David Held & Martin Kohler (edits.), *Re-imagining Political Community,* Stanford, Stanford University Press, 1998.

David Held, "Democracy and Globalization", em Daniele Archibugi, David Held & Martin Kohler (edits.) *Re-imagining Political Community,,* Stanford, Stanford University Press, 1998.

Ian Tattersall, *Becoming Human, Evolution and Human Uniqueness,* New York, Harcourt & Company, 1998.

Jacques Maritain, *Distinguer pour Unir ou les Degrés du Savoir,* Paris, Desclée de Brouwer, 1963.

John Gray, *Falso Amanhecer, os equívocos do capitalismo global,* Rio de Janeiro/ São Paulo, Record, trad. bras. 1999.

John Rawls, *Political Liberalism,* New York, Columbia University Press, 1993.

Jürgen Habermas, *L 'intégration républicaine,* Paris, Fayard, 1999.

Neil Walker, *Cosmopolitan meta-constitutionalism, XIX* World Congress on Philosophy of Law and Social Philosophy — IVR, New York, 1999, mimeo.

R. Robertson, "Glocalization: Time-Space and Homogeneity-Heterogeneity", em *M. Featherstone, S .* Lash e R. Robertson (edits.), *Global Modernities,* London, Sage, 1995.

Samuel Pinheiro Guimarães, *Quinhentos anos de periferia,* Porto Alegre/ Rio de Janeiro, Ed. da Universidade/ UFRGS/ Contraponto, 1999.

ALUMNI
(Graduação, Pós-graduação e Ex-alunos)

LEI 9.299: MILITARES NO TRIBUNAL DO JÚRI?

ADRIANO ALVES MARREIROS*

Antes de mais nada, é preciso dizer que a situação apresentada no título sempre foi possível. Mesmo antes da Lei 9.299 de 07.08.1996, os militares que cometiam crimes dolosos contra a vida de civis, quando não se tratava de crimes militares, eram julgados no Tribunal do Júri, pela Justiça Comum. A Justiça Militar não é e nunca foi uma justiça de exceção, mas uma justiça especializada.

Mil e novecentos e noventa e seis. Diversos acontecimentos com atuações polêmicas de policiais militares geram questionamentos no seio da sociedade e, com o destaque dado pela imprensa, nasce o interesse de se modificar a Lei, para que os policiais militares, quando acusados de crimes dolosos contra a vida de civis, nas situações em que, até então, eram considerados crimes militares, respondessem, perante a Justiça Comum — leia-se Tribunal do Júri — a fim de que um possível corporativismo não viesse gerar a impunidade. E qual é o diploma legal usado pelas Justiças Militares Estaduais para a apreciação e julgamento dos crimes militares cometidos por policiais militares? O Código Penal Militar (CPM). É partindo deste pressuposto que surge a Lei 9.299 de 07.08.1996, que é o objeto de nosso artigo.

Usa-se, conforme foi dito, o CPM no caso dos crimes militares cometidos pelos integrantes das polícias militares estaduais. Na verdade, porém, não é esse o seu objetivo primeiro. Ele foi elaborado para ser aplicado aos militares das Forças Armadas, sendo, porém, em razão das semelhanças de particularidades de hierarquia, disciplina e rotina castrense, aplicado, também, aos corpos de bombeiros militares e às polícias militares estaduais.

Mas o legislador, diante da opinião pública (ou, pelo menos, a da imprensa), pretendeu solucionar o problema atribuindo competência à Justiça Comum em

* O autor é Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, formado no segundo semestre de 1996.

tais casos. Para isso, decidiu fazer modificações em artigos do CPM. Trataremos, apenas, de uma delas. O Art 9º do CPM é o que define o que são crimes militares em tempo de paz, dispondo desta forma:

ART.9 — Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I — os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II — os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

** Alínea "c" com redação dada pela Lei n. 9.299, de 07/08/1996 (DOU de 08/08/1996, em vigor desde a publicação).*

d) por militar durante o período de manobras, ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) Por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) Revogada.

** Alínea "f" com redação dada pela Lei n. 9.299, de 07/08/1996 (DOU de 08/08/1996, em vigor desde a publicação).*

III — os crimes, praticados por militar da reserva ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função da natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência à determinação legal superior.

Com a nova redação, dada pela Lei 9.299, foi-lhe acrescentado um parágrafo único:

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.

Disto, surgiram duas grandes conseqüências:

1) Não só os policiais, mas todos os militares federais e estaduais foram, a princípio, atingidos pelas modificações expressas nos novos dispositivos legais.

2) Esta modificação contrariou dispositivos expressos da Constituição Federal.

Em síntese: atirou no que viu e acertou o que não viu. Ou melhor, não acertou, como demonstraremos a seguir.

A Constituição Federal, adotando, claramente o critério *ratione legis* para definição dos crimes militares, dispõe que:

"Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei."

A Lei 9.299 — como podemos concluir da leitura do Parágrafo Único inserido no Art. 9º do CPM — não mudou a definição de crime militar. Apenas atribuiu competência à justiça comum para julgá-los. Ora, o Brasil tem um ordenamento jurídico baseado na supremacia da Constituição, fato indiscutível. A Lei 9.299 de 07.08.1996 dispõe o oposto do previsto na Constituição Federal sobre tal assunto. Sabe o que isto quer dizer? Que este dispositivo da Lei 9.299 é **inconstitucional.** Não pode ser aplicado.

. Os militares federais acusados de crimes dolosos contra a vida de civis, cometidos: em local sob administração militar; atuando em razão da função ou em formatura, mesmo que fora de local sob administração militar; ou durante manobras ou exercícios — que são os casos previstos de crimes cometidos por militares contra civis, onde é possível que se enquadrem os crimes dolosos contra a vida — **serão julgados pela Justiça Militar Federal.**

Mas, como dissemos, o legislador visava a atingir os policiais militares com essa modificação. E será que atingiu?

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 125, que:

"§ 4º. Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças"

Podemos observar que a Constituição Federal, neste caso, dispõe de forma análoga à anterior, de onde se conclui que, a despeito de qualquer convicção ideológica que tenhamos, os policiais militares que cometerem crimes dolosos contra a vida de civis, nas situações previstas no Art. 9º do CPM, deverão ser

julgados pela Justiça Militar Estadual, porque, **também em relação aos militares estaduais, o dispositivo examinado é inconstitucional.**

Poderia parecer, à primeira vista, que, na redação deste último dispositivo legal, há uma norma em branco para a definição do tribunal competente, mas observe que, na primeira parte do parágrafo, já fica definida a competência como sendo da Justiça Militar Estadual, e que no parágrafo anterior do mesmo artigo (§ 3º) fica definida tal competência, como podemos deduzir de sua leitura:

"§ 3º. A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes."

Confirma-se, portanto, a inconstitucionalidade que afirmamos acima, logo, tal dispositivo legal não se aplicaria, também nos casos de crimes cometidos por policiais militares.

Vale dizer que o Superior Tribunal Militar já decidiu, diversas vezes, de acordo com este entendimento.

O Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, em acórdão proferido no CC. 17.665, dentre outros, sustentou que:

"quando a lei determinar que o delito deixará de ser julgado pela justiça militar, lógico, desqualifica-o da natureza anterior. Vale dizer, deixou de ser crime militar para ingressar na regra geral — crime comum"

Ousamos, *data maxima venia*, refutar tal entendimento, que adota uma posição processualista para definir conceito de natureza material. Seguindo a mesma linha de raciocínio, teremos de admitir que **o crime militar passa a ser crime comum** quando cometido por indivíduo que possui prerrogativa de função. No caso de um juiz federal, por exemplo, o crime passaria a ser comum pois a lei — e neste caso, a Lei Maior, a Constituição — determina que tal competência deixa de ser da Justiça Militar, já que compete aos Tribunais Regionais Federais processá-lo e julgá-lo, originariamente e considerando que o dispositivo só ressalva a competência da Justiça Eleitoral.

Teríamos, também, que admitir que os crimes políticos previstos na Lei de Segurança Nacional passaram a ser crimes militares enquanto foram de competência da justiça militar.

Aliás o mesmo STJ, a despeito de entender que o parágrafo único é de direito material, isto é, de direito penal, aplica-o a crimes perpetrados antes de sua vigência; o que, salvo melhor juízo, faz retroagir a lei "penal" em prejuízo do réu, já que foi com intenção de um maior rigorismo, como vimos, que a lei foi criada.

Mesmo considerada como instituto processual, também não parece ter aplicação imediata, que é a posição da mesma corte. Está em questão o princípio

do juiz natural. Admitir definição de competência posterior ao fato típico pode levar a grandes injustiças e ferir grandes garantias individuais consagradas através dos tempos. Estaríamos admitindo a possibilidade de dar carta branca a parlamentares para caçarem, com ç mesmo, os desafetos da mídia, do governo, dos partidos, atribuindo-lhes ações criminosas e, só depois, definindo o tribunal competente, conforme o posicionamento ideológico dos juízes que o compõem.

Em síntese, a Lei 9.299, exceto no tocante às modificações das alíneas c e f, é inconstitucional, por definir de forma diferente competência prevista na Constituição. O posicionamento adotado pelo STJ não só viola a carta magna, como também os princípios básicos que regem as garantias individuais do homem, nos países civilizados, conquistadas, de forma árdua e demorada, ao longo dos últimos séculos.

Bibliografia

Código Penal Militar — 1969
Constituição da República Federativa do Brasil — 1988
Direito Penal Militar — Célio Lobão — Editora Brasília Jurídica — 1999
Lei 9.299 de 07.08.1996.

AS CONSEQÜÊNCIAS DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, APÓS O FIM DO PRAZO CONTRATUAL

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO*

I — Introdução. II — A Natureza Jurídica dos Serviços Prestados e a Obrigação da Administração Pública em Ressarci-los. III — O Quantum *do Ressarcimento. IV — O Pagamento Deverá Ser Feito Mediante Termo de Ajuste de Contas. V — Imprescindibilidade da Apuração de Eventuais Responsabilidades Funcionais. VI — Conclusão.*

I — INTRODUÇÃO

A situação que será tratada é de grande incidência prática. Ocorre sempre que a Administração Pública não toma as providências necessárias para que, chegando a termo um contrato de prestação de serviços de trato continuado, já exista um novo contrato assinado, evitando-se, assim, solução de continuidade na prestação dos serviços.

Muitas vezes, seja por negligência ou lentidão da própria Administração, seja por fatos alheios à sua esfera (*v.g.*, liminar suspensiva do curso de licitação), encerra-se o contrato em vigor, sem que a licitação, os procedimentos prévios à contratação direta (art. 26, Parágrafo Único, Lei 8.666/93), ou mesmo a formalização da prorrogação do prazo contratual (art. 57, II, Lei 8.666/93) tenham sido concluídos. Nestes casos, freqüentemente, a Administração Pública permite, ou mesmo solicita, que a empresa cujo contrato extinguiu-se continue prestando-os.

* Procurador do Estado do Rio de Janeiro e Professor de Direito Administrativo do Centro de Estudos Jurídicos do Sindicato dos Procuradores da Fazenda Nacional.

É sobre a natureza jurídica e o *quantum* do ressarcimento de serviços prestados sem a devida cobertura contratual que se deitará o foco do presente estudo.

II — A NATUREZA JURÍDICA DOS SERVIÇOS PRESTADOS E A OBRIGAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA EM RESSARCI-LOS

Extintos contratos administrativos, sem que a contratada deixe de continuar prestando os serviços originariamente contratados, é óbvio que o faz com o assentimento, tácito que seja, não formalizado, da Administração Pública.

Constata-se, então, que, apenas impropriamente, poder-se-ia dizer que os serviços foram prestados "sem cobertura contratual", sendo mais apropriado referir-se a serviços prestados "sem cobertura contratual **válida**".

Se há consentimento, há contrato, que, entretanto, será nulo, seja por vício de forma (contrato oral ou tácito), seja pela não precedência de licitação ou dos procedimentos estabelecidos para as hipóteses de contratação direta ou prorrogação do contrato.

Ressalte-se que a caracterização do contrato como nulo ou inexistente não tem qualquer relevância na seara do Direito Administrativo, já que, "em razão da formalidade obrigatória e da presunção de legalidade, o ato inexistente se assimila ao ato inválido".[1] Mesmo no Direito Privado, a distinção não alteraria os efeitos do enriquecimento sem causa, a serem adiante analisados.

Pois bem: diante de um contrato nulo, o art. 59, Parágrafo Único da Lei 8.666/93, contemplando, no âmbito dos contratos administrativos, o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, dispôs que "a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada, e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".

Com efeito, já pelos princípios da Teoria Geral do Direito, aplicáveis a todos os seus ramos, não se permitiria ao Estado enriquecer-se à custa de serviços prestados sem nenhuma contrapartida.

A respeito, ULPIANO já dizia: *"in quid quod factus sit locupletior, aequissimum erit in dari in repe titionem; nec enim debet ex alieno damno esse locuples"*.

1 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *in* "Curso de Direito Administrativo", Editora Forense, 9ª edição, pág. 155.

Esse princípio universal de direito, que nos legou o direito romano, "deve ser admitido de maneira geral, como sanção da regra de eqüidade de que não é permitido a ninguém enriquecer injustamente à custa de outrem: *jure naturae aequum est, neminem cum alterius detrimento et injuria locupletatiorem fieri*".[2]

No âmbito do Direito Administrativo, e especialmente quanto aos serviços prestados em virtude de contratos administrativos nulos ou inexistentes, a doutrina é uníssona na aplicação do aludido princípio geral de direito:

> "Mas mesmo no caso de contrato nulo, pode tornar-se devido o pagamento dos trabalhos realizados ou dos fornecimentos feitos à Administração, uma vez que tal pagamento não se funda em **obrigação contratual**, e sim no dever moral de indenizar toda a obra, serviço ou material recebido e auferido pelo Poder Público, ainda que sem contrato ou com **contrato nulo**, porque o Estado não pode tirar proveito da atividade do particular sem a correspondente indenização."[3]

> "A responsabilidade não é contratual, mas sim extracontratual, eis que conseqüente à anulação do ato, portanto, decorre de **fato administrativo**."[4]

Vê-se, portanto, que a Administração Pública deve ressarcir os serviços prestados após o termo do prazo contratual, não sendo esta obrigação, todavia, de caráter contratual, mas, sim, extracontratual, proveniente da vedação do enriquecimento sem causa, distinção que, adianta-se, será de grande importância para a definição do *quantum* a ser ressarcido (cf. próximo item).

Oportuno lembrar que sequer seria cogitável a celebração de um novo contrato com efeitos pretéritos para legitimar a prestação de serviços já consumada, uma vez que dos próprios sistemas orçamentários e de realização de despesas da Lei nº 8.666/93 e da Lei nº 4.320/64 extrai-se a vedação à atribuição de efeitos pretéritos aos contratos administrativos.

Se antes do advento da Lei 8.666/93, esta já era a única orientação possível, *a fortiori* agora, face aos eloqüentes vetos presidenciais apostos aos §§ 2º e 3º do art. 61 do respectivo projeto de lei, que admitiam, em casos excepcionalíssimos, contratos administrativos com efeitos retroativos.

2 J. M. CARVALHO SANTOS, in "Código Civil Brasileiro Interpretado", Vol. XII, Livraria Freitas Bastos, 7ª edição, pág. 383.

3 HELY LOPES MEIRELLES, *in* "Licitação e Contrato Administrativo", Ed. RT, 10ª ed., pág. 232 — os grifos são do próprio autor.

4 LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, *in* "Curso de Direito Administrativo", ed. Malheiros, 1994, pág. 336 — os grifos são da autora.

III — O *QUANTUM* DO RESSARCIMENTO

Fixada a obrigação do Estado em ressarcir o prestador de serviços, cabe delimitá-la quantitativamente, definindo quais elementos indenizatórios deve contemplar.

Destaca-se que este ponto pouco ou quase nada tem sido abordado pela doutrina e jurisprudência, administrativa ou judicial, sendo a praxe administrativa no sentido de ressarcir o particular sem maiores questionamentos, com o pagamento dos preços ajustados no contrato já extinto.

Entendemos, no entanto, que a Administração Pública deve ao prestador de serviços apenas os danos emergentes, ou seja, o preço de custo, com os acréscimos legais, excluídos eventuais lucros cessantes, lucros estes que auferiria em situação de normalidade jurídica, isto é, se a obrigação da Administração Pública em efetuar o pagamento adviesse de contrato, não do enriquecimento sem causa (cf. item II *supra*).

As condições necessárias à verificação do enriquecimento sem causa são: o enriquecimento de alguém, **o empobrecimento de outrem** e a ausência de justa causa para ambos. No caso do enriquecimento ser superior ao empobrecimento, o ressarcimento se conterá nos limites deste, ou seja, do prejuízo efetivamente havido, não alcançando a integralidade do valor do enriquecimento da parte que se locupletou. Vê-se, portanto, que o que é ilícito não é se enriquecer sem justa causa, mas, sim, enriquecer-se sem justa causa, à custa do empobrecimento de outrem.

A tese ora defendida já tem sido há tempos reiterada pelos Mestres da Teoria Geral do Direito, como se infere do seguinte excerto do eminente CUNHA GONÇALVES, invocado por J. M. CARVALHO SANTOS:

> "... a própria palavra "restituição" mostra que a indenização deve ser limitada aos **danos emergentes**. Se o proveito de um fôr superior ao prejuízo do outro, não poderá este reclamar a importância total dêsse proveito, porque a diferença não constitui o **seu detrimento**."[5]

É exatamente esta a hipótese ora tratada, em que a Administração Pública tem um locupletamento maior que o empobrecimento do prestador de serviços, deixando de pagar pelos serviços prestados o preço de custo mais o lucro próprio da atividade empresarial, ao passo que o prestador deixou de auferi-los, tendo, porém, como prejuízo, como detrimento, apenas o valor do preço de custo, devendo, por via de conseqüência, o ressarcimento, oriundo não de contrato,

5 *in* ob. e vol. cits., pág. 389.

mas do enriquecimento sem causa, compreender apenas o preço de custo, sem a inclusão de qualquer lucro.

O Direito Positivo, ao tratar das indenizações e seus componentes, corrobora este entendimento. O art. 1.059 do Código Civil, que trata das obrigações pecuniárias em sub-rogação, isto é, advindas do inadimplemento de obrigações, originariamente de dar, fazer ou não fazer, faz alusão aos lucros cessantes, mas o art. 1.061, do mesmo Código, disciplinador das obrigações *ab ovo* pecuniárias, como é a da Administração Pública na hipótese ora tratada, dispõe que as perdas e danos consistem apenas no valor originário acrescido dos juros de mora, custas e eventual pena convencional.

O art. 1.061 do Código Civil deixa claro, portanto, que o inadimplemento das obrigações pecuniárias não acarreta lucros cessantes, tendo entendido o Legislador que estes já estariam abrangidos pelos juros de mora.

Explicitamente neste sentido, o inolvidável CLÓVIS BEVILÁQUA:

> "Quando o pagamento consiste em dinheiro, a estimação do dano emergente da execução já se acha previamente estabelecida. Não há que fazer a substituição em dinheiro da prestação devida. Falta avaliar os **lucros cessantes. O Código os determina pelos juros de mora e pelas custas.** "[6]

Expondo a subsunção das obrigações do enriquecimento sem causa ao art. 1.061, Código Civil, mais uma vez brilhantemente, J.M. CARVALHO SANTOS:

> "Cumpre advertir que o dano, exigido para o enriquecimento ilícito, nada tem de comum com o dano exigido nos casos de indenização dos atos ilícitos. Assim, por exemplo, quando se fala em indenização dos danos motivados por dolo ou culpa de alguém, entende-se que o culpado fica responsável pelo ressarcimento dos prejuízos resultantes do ato, abrangendo todas as conseqüências prejudiciais dele resultantes, ainda que não constituam diminuição do patrimônio. Ao invés, quando se fala em obrigação com apoio no enriquecimento ilícito, não pode entrar no conceito do dano outro critério senão o desfalque, ou perda material, bem como o esforço e energia dispendidas...
> Como adverte Cunha Gonçalves, e já havíamos explicado ainda há pouco, **a própria palavra restituição mostra que a indenização deve ser limitada aos <u>danos emergentes</u>. Se o proveito de um for**

6 *in* "Código Civil dos E.U.B.", Editora Rio Estácio de Sá, edição histórica, Vol. II, Comentários ao art. 1.061 — os grifos são nossos.

superior ao prejuízo do outro, não poderá este reclamar a importância total dêsse proveito, porque a diferença não constitui o seu detrimento."[7]

A Lei nº 8.666/93, em seu art. 59, leva à mesma assertiva. A ver: a) ao dizer que o contrato nulo não produz efeitos (*caput*) e ao determinar que o Estado ressarça os serviços prestados sem cobertura contratual válida (Parágrafo Único), deixa indene de dúvidas a afirmação segundo a qual esta obrigação, originariamente pecuniária, não é de índole contratual (cf. item I *supra*); b) confirmando a tese, refere-se apenas a "prejuízos", termo equivalente a danos emergentes e excludentes dos lucros cessantes (cf, DE PLÁCIDO E SILVA, *in* "Vocabulário Jurídico", Ed. Forense, 2ª edição, Vol. III, pág. 425).

Data venia, contrário ao bom senso, seria o entendimento segundo o qual o ressarcimento por serviços prestados sem a existência de um contrato administrativo válido abrangesse também os lucros cessantes, devendo o Estado pagar o mesmo valor que desembolsara em virtude do anterior cumprimento do contrato, este, sim, válido. Estaríamos, na prática, ao adotar esse entendimento, igualando uma situação jurídica legítima a outra, atentatória dos princípios da Administração Pública, notadamente o da obrigatoriedade de licitação (art. 37, *caput* e inc. XXI, C.F.).

Com esteio nos fundamentos expostos, assim pronunciou-se O.A. BANDEIRA DE MELO em sede jurisprudencial:

> "Não obstante procedentes as objeções do Município, através do procurador da Prefeitura, da nulidade do contrato de valor de Cr$ 100.000,00 e da irregularidade da suplementação da verba, não pode êle locupletar-se à custa alheia, e lhe cumpre pagar o serviço feito em proveito da Câmara. Mas **como é nulo o contrato, só deve pagar o custo dêsse serviço, jamais o lucro que dêle auferiria a emprêsa jornalística na sua prestação**. Por isso, embora confirmasse a sentença na sua tese jurídica, a reformaria nos têrmos em que a aplicou. Condenaria o Município de Moji das Cruzes a pagar, tão-somente, a importância correspondente ao custo do serviço prestado, o que se apuraria em execução, acrescido dos juros da mora e custas em proporção."[8]

No mesmo sentido, RODRIGUES ALCKMIN:

7 *in* ob. e vol. cits., págs. 385 e 389 — os grifos são nossos.

8 *in* RDA, 54/119 — os grifos são nossos.

> " Reconhecida a nulidade do contrato, certo é que **a quem contratou, irregularmente, com a Administração Pública, não toca o direito de reclamar os esperados lucros**, ou cláusula penal, ou perdas e danos pelo inadimplemento, verbas que, somente se válido o contrato, seriam de pretender. Tem o contratante, porém, o direito de obter remuneração pelos serviços prestados, para que não haja injusto enriquecimento da Administração."[9]

O valor de custo dos serviços deverá ser apurado em liquidação, em quaisquer das espécies admitidas em Processo Civil, notadamente a feita por artigos, a ser levada a cabo pela Administração Pública, a qual poderá, valendo-se, por exemplo, de pareceres técnicos que afiram qual é a margem de lucro normal naquele ramo de atividade, descontar a percentagem respectiva do valor constante do contrato formal e válido anteriormente celebrado.

Em nada alteraria essas conclusões, o fato de o prestador de serviços estar ou não de boa-fé, ou seja, é irrelevante que esteja ciente ou não dos vícios que inquinam o contrato administrativo.

É evidente em casos tais a má-fé do prestador de serviços, que, até em razão do princípio da obrigatoriedade da Lei (art. 3º, Lei de Introdução ao Código Civil), é sabedor da inadmissibilidade dos contratos administrativos verbais ou tácitos e da exigência de prévia licitação ou regular prorrogação do prazo contratual. Não poderá, portanto, o empresário argüir a sua boa-fé e o caráter essencialmente lucrativo de sua atividade. É inadmissível facultar ao particular, ainda que tenha o beneplácito de agentes públicos, a adoção de atitude sabidamente ilegal para que aufira lucro. O caráter inegavelmente lucrativo de sua atividade não pode chegar ao extremo de assegurar-lhe o lucro mesmo que esteja sendo exercida irregularmente. Veja-se a respeito a melhor doutrina e jurisprudência.

> "A ausência de forma escrita acarreta a nulidade do contrato, que não produzirá efeito algum (excetuada a hipótese acima referida). A gravidade da conseqüência também se destina a reprimir atuações indevidas e ilícitas. **O terceiro não poderá argüir boa-fé ou ignorância da regra legal. Se aceder com contratação verbal, arcará com as conseqüências.**"[10]
>
> "Mas se, no campo do Direito Civil, a validade dos contratos não depende de nenhum formalismo, salvo nos casos expressos em lei, já

9 *in* RDA, 54/119 — os grifos são nossos.

10 Marçal Justen Filho, *in* "Comentários à Lei de Licitações", Ed. Aide, 1993, pág. 351 — os grifos são nossos.

perante o Direito Administrativo tal não ocorre. O formalismo aí é imperativo e inseparável do conteúdo do contrato.

Por isso **não é lícito a quem contrata com o Poder Público alegar a ignorância da lei e as formalidades imprescindíveis para o ato de que participa**, impondo-se a observância de todas as cautelas."[11]

"Aos contratos administrativos alude a Constituição de 1988: no art. 22, XXVII, para submetê-los a normas gerais federais, e no art. 37, XXI, para exigir o prévio processo licitatório, tendo se tornado, assim, um instituto de assento constitucional.

Há, portanto, disciplina adequada do contrato administrativo que retira sua cogência da própria Lei Maior: são as normas de Direito Administrativo, que é o direito comum do Direito Público, tanto quanto o Direito Civil é o direito comum do Direito Privado, com expressão, hoje, a nível infraconstitucional, no Decreto-Lei nº 2300, de 21 de novembro de 1986.

É necessário bem compreender que essas normas não se dirigem exclusivamente ao administrador público, como, por exemplo, as de Direito Financeiro, que não tocam a substância da obrigação assumida pelo Estado face ao contratante particular. Ao contrário, por serem normas de direito comum, dirigem-se à Administração e ao administrado por igual, de sorte que uma invalidade que nelas tenha fundamento toca a substância da obrigação assumida pelo Estado. Ambos os contratantes se sujeitam, assim, à disciplina jurídica estabelecida para os contratos administrativos.

Ora, se como preceitua o art. 44, do DL 2300/86: "Os contratos administrativos de que trata este decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado" e, o art. 50, Parágrafo Único: "É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras e de pronto pagamento", há que se tomar com muita cautela qualquer presunção de boa fé, atribuída ao administrado."[12]

Uma observação merece ser feita quanto ao momento que deve ser levado em conta pela Administração Pública para o cálculo do preço de custo dos serviços prestados pelo prestador de serviços.

11 TJSP, *in* RDA, 48/267 — os grifos são nossos.

12 Visto dado pelo Procurador do Estado do Rio de Janeiro Diogo de Figueiredo Moreira Neto ao Ofício nº 01/91-AM.

A Administração Pública deverá ressarcir os preços de custo vigentes à época do pagamento, não levando em conta os da época da prestação dos serviços, razão pela qual sequer se há de falar em correção monetária dos valores a serem ressarcidos.

É o que preleciona J.M. CARVALHO SANTOS:

> "Para determinar-se o montante dêsse valor, deve-se, em princípio, e salvo disposição legal em contrário, ter em vista não o momento em que a obrigação de restituir teve nascimento, mas àquele da propositura da ação de *in rem verso*, que, ao invés do que ocorre com a ação *negotiorum gestorum contratia*, não é, em geral, dada senão até a concorrência do que o patrimônio do devedor se encontra ainda enriquecido nesta última época."[13]

O *quantum* do ressarcimento deverá no entanto ser acrescido de juros de mora de seis por cento ao ano (*ex vi* art. 1061 c/c 1063, Código Civil), a serem contados do término da prestação dos serviços.

IV — O PAGAMENTO DEVERÁ SER FEITO MEDIANTE TERMO DE AJUSTE DE CONTAS

O termo de ajuste de contas, instrumento adequado para a solução extrajudicial de pendências pecuniárias entre a Administração Pública e administrados, é o meio hábil para se efetuar o ressarcimento delimitado no item anterior.

A lavratura do termo de ajuste de contas, em casos como o analisado, é exigência da Lei Federal nº 4.320/64 (arts. 60 a 64) e, no caso do Estado do Rio de Janeiro, da Lei Fluminense nº 287 (arts. 90 a 95). O pagamento da despesa deve ser precedido da sua liquidação, que deve constar de documento escrito (art. 63, § 2º, I, Lei 4.320/64 e art. 90, § 2º, I, Lei Fluminense 287/90) e possuir o respectivo empenho.

O termo de ajuste deverá conter a descrição e atestação minuciosa dos serviços prestados sem cobertura contratual válida e a quitação sem ressalvas a ser dada pelo prestador de serviços.

Lembra-se, outrossim, que, como observa MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, "a legislação do Estado do Rio de Janeiro exige autorização governamental para celebração de tais ajustes."[14] A celebração de tais termos

13 *in* ob. e vol. cits., pág. 389.

14 Decreto nº 3.149/80, art. 48, § 2º, *apud* "Licitações e Contratos Administrativos", Editora Esplanada, 1993, pág. 202.

deverá, portanto, seguir as formalidades estabelecidas na legislação específica de cada entidade administrativa.

V — IMPRESCINDIBILIDADE DA APURAÇÃO DE EVENTUAIS RESPONSABILIDADES FUNCIONAIS

A celebração de contrato verbal ou tácito, sem prévia licitação, contratação direta ou regular prorrogação do prazo contratual, além de causa da nulidade do contrato, constitui violação dos deveres funcionais daqueles agentes administrativos que, omissiva ou comissivamente, concorreram para a ocorrência da irregularidade. Tais responsabilidades devem ser apuradas em procedimento administrativo disciplinar, instaurado com este objetivo específico, sob pena de responsabilização também dos que se omitirem nesta apuração.

O eventual argumento de falta de verbas não ilide essa responsabilidade, já que, se o orçamento não destinou verbas para a celebração de dado contrato, foi porque o Poder Político teve outra opção financeira, não cabendo ao administrador, revertendo esta decisão política tomada em conjunto pelo Chefe do Poder Executivo e pelo Poder Legislativo, permitir a prestação de serviços sem a legítima cobertura contratual. Se a verba é pouca, não pode o administrador, em uma falsa solução, contratar verbalmente empresa para permanecer prestando serviços à Administração Pública após o término do prazo contratual.

Corroborando este entendimento, a melhor Jurisprudência Administrativa:

> "Percebe-se que a determinação expressa da lei é no sentido da formalização do contrato, da necessária cobertura orçamentária e do cumprimento do rito financeiro que conduza à liquidação e pagamento da despesa. Transgredidos esses comandos, devem ser apuradas responsabilidades sob pena de se sacrificar o conteúdo da norma...
> Se, no entanto, não for punido o servidor que descumpriu a lei, uma situação que deveria ser excepcionalíssima torna-se rotina, burlando o sistema vigente de controle.
> Assim, parece-me que qualquer ajuste de contas dessa espécie deverá ser concomitante à apuração da responsabilidade."[15]

A emergência, normalmente alegada pelos administradores para justificar estes contratos verbais ou tácitos, como bem notou o ex-Procurador-Chefe junto ao Tribunal de Contas do Município do Rio de Janeiro, FERNANDO ANTONIO CORREA DE ARAÚJO, a respeito de situação análoga, na maioria das vezes não passa de falta de planejamento:

> "Na prática, a situação de "emergência" muitas vezes decorre da falta de planejamento administrativo ou de previsão para necessidades perfeitamente previsíveis. Isto tem sido constantemente detectado por nós nestes anos de trato com o assunto."[16]

A nosso ver, não é qualquer "emergência" que pode representar escusa para a responsabilização funcional dos agentes que permitem ou mesmo solicitam a prestação irregular de serviços à Administração Pública, mas apenas circunstâncias excepcionais, que constituam verdadeira força maior ou caso fortuito em seus contornos clássicos.

Irretocável, no ponto, as afirmações de AMILCAR MOTTA:

> "Penso que, efetivamente, inteira razão assiste ao órgão jurídico consulente.
> Tal como ele, entendo que o termo de ajuste de contas não pode ser convertido numa panacéia milagrosa, nem transformado numa sanatória geral dos erros ou das omissões dos agentes do Poder Público, do mesmo modo como o seu emprego não pode ser desvirtuado na prática diuturna da Administração.
> Bem ao revés disto, entendo que a sua utilização deve ficar restrita àqueles casos em que, por motivos de força maior, houver se verificado, concretamente, a impossibilidade prática da formalização, do instrumento que for cabível na espécie.
> Note-se: não basta a simples conveniência do administrador, nem é suficiente que haja se verificado a mera dificuldade em poder instrumentar adequadamente o negócio jurídico subjacente, nesse ou naquele caso específico. É preciso mais. É preciso que a impossibilidade seja não apenas superveniente, como, também, irresistível quanto aos efeitos e imprevisível quanto às suas causas e origens.
> Em suma, faz-se mister que o fato assuma os contornos clássicos da força maior — tal como se acham descritos na literatura jurídica especializada — para que a exclusão possa ser então admitida, em razão da sua anormalidade."[17]

15 *in* Parecer da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, Constante do Ofício n 23/90-EV, de lavra do Procurador ENILTON VIEIRA.

16 citado por Jessé Torres Pereira Júnior, *in* "Comentários à Nova Lei das Licitações Públicas", Ed. Renovar, 1993, pág. 129.

17 *in* Ofícios nºs 28/90-AM e 01/91-AM, da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro.

V — CONCLUSÃO

Por todo o exposto, concluímos que:[18]

a) a Administração Pública, enriquecida sem causa, deve ressarcir os serviços prestados pelo prestador de serviços sem cobertura contratual válida;

b) o ressarcimento deverá consistir no valor de custo dos serviços, apurado em liquidação a ser procedida pela Administração Pública, acrescido de juros de mora de seis por cento ao ano a contar do fim da prestação dos serviços, **excluídos quaisquer lucros** que o prestador de serviços auferiria se estivesse em situação regular, não se podendo, portanto, ressarcir pelo pagamento dos valores anteriormente pactuados em contratos válidos, nos quais estavam, naturalmente, embutidos lucros;

c) não é cabível correção monetária em virtude do valor de custo aludido na letra "b" supra já ser o vigente no momento do pagamento a ser efetuado;

d) o pagamento deverá ser instrumentalizado por Termo de Ajuste de Contas;

e) a responsabilidade funcional dos agentes administrativos que, omissiva ou comissivamente, cooperaram para que se verificasse a prestação de serviços sem cobertura contratual válida deve ser apurada, instaurando-se processo administrativo disciplinar com esse objetivo específico, sob pena de responsabilidade também dos que se omitirem nesta apuração.

f) apenas a força maior ou o caso fortuito pode escusar a responsabilidade dos agentes referidos na letra "e" *supra.*

18 A tese ora exposta foi acolhida em sede administrativa, no âmbito da Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro, através do Parecer 04/94 — ASA, de lavra do autor, aprovado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO, e pelo então Procurador-Geral do Estado, MARCUS FELICIUS AYROSA FERNANDINO DE MORAES.

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO

ALINE DE MIRANDA VALVERDE, ANDERSON SCHREIBER,
MARINA GAENSLY, MARITZA FRANKLIN

1. *Histórico*
por Maritza Franklin

Há muitos séculos atrás, o médico era considerado um ser dotado de poderes sobrenaturais de cura, atribuindo-se aos desígnios de Deus a saúde e a morte, o que impossibilitava, portanto, a sua responsabilização.[1]

Todavia, com o desenvolvimento da medicina e a sua transformação em ciência, os erros profissionais passaram a ser avaliados com mais rigor, levando até mesmo, após muitos séculos, à responsabilização dos médicos.

Em Roma, encontram-se na *Lex Aquilia* os primeiros fundamentos da responsabilidade médica. No Egito, caso os médicos não seguissem estritamente as regras do livro de prática médica, seriam punidos com a morte. Na Grécia foram fixadas no *Corpus Hippocraticum* as regras que admitiam a culpa médica desde que ocorresse a morte do paciente e que se caracterizasse a desobediência do médico às prescrições de uso comum[2].

No final do século XVIII e início do século XIX, a responsabilização do médico foi muito atenuada pela própria relação social que se formava entre o médico e seus pacientes, relação esta de confiança e consciência.

Atualmente, com a massificação das relações, médico e paciente se distanciaram, desaparecendo a confiança e a amizade anteriormente existentes. Ainda neste sentido, o desenvolvimento da ciência proporcionou aumento de recursos e de ações do médico, mas este progresso automaticamente aumenta a probabilidade de riscos[3]. Daí surgem as explicações para o considerável aumento

1 Ruy Rosado Aguiar. "Responsabilidade Civil do Médico". *RT* 718/33.

2 Para maiores detalhes sobre a evolução da responsabilização do médico, ver Miguel Kfouri Neto. *A Responsabilidade Civil do Médico,* p.32.

3 Jean Penneau. "La Réforme de la Responsabilité Medicale: Responsabilité ou Assurance". *Revue Internationale de Droit Comparé,* p.525.

das reclamações judiciais relativas a erros médicos, sendo que em alguns países, como nos Estados Unidos da América, dos médicos respondia a ações de responsabilidade em 1970[4].

2. *Natureza e classificação da responsabilidade médica. Responsabilidade subjetiva. Responsabilidade contratual e extracontratual. Obrigação de meio e de resultado. Presunção de culpa.*

por Marina Gaensly

De maneira singela, podemos dizer que a responsabilidade é a repercussão obrigacional da atividade do homem.[5] Como esta é infinitamente variável, é lógico concluir que são também inúmeras as espécies de responsabilidade, conforme o campo em que se apresenta o problema. Com efeito, a conduta do indivíduo no exercício de sua profissão pode gerar conseqüências das mais diversas ordens.

Abstraindo-se do campo da moral e da ética[6] — sem negar-lhes, evidentemente, conteúdo sancionatório —, verificamos que a ordem jurídica reage à conduta médica a ela contraveniente de inúmeras formas. Este profissional pode, por exemplo, ser chamado a reparar um dano que causou a seu paciente ou responder criminalmente por infringir uma norma penal.[7] O órgão estatal que regulamenta a atividade dos profissionais de saúde pode, também, chamá-lo a responder administrativamente por irregularidades que supostamente estivesse cometendo.

Cabe, pois, delimitar este trabalho ao âmbito da responsabilidade civil pelos danos advindos da conduta médica, de maneira que possamos aprofundar o estudo de sua natureza e das regras que permeiam esta matéria.

Em primeiro lugar, veremos que a responsabilidade médica é eminentemente **subjetiva**.[8] Tem-se como referência a análise da culpa individual do profissional, com o ônus da prova a cargo do ofendido. Veremos, porém, que hipóteses há em que a culpa do médico é presumida, e que, em certas ocasiões, o dano advindo da conduta médica será objetivamente reparado.[9]

4 Ruy Rosado de Aguiar. Obra citada, p.34.

5 Na definição de Sérgio Cavalieri Filho: "Responsabilidade é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário." (*Programa de Responsabilidade Civil*, p. 20)

6 Miguel Reale, *Noções Preliminares de Direito.*

7 Caso comum é a prática do abortamento vedado em lei.

8 *RT* 711/182; *RJTJSP-Lex* 112/201; *RJTJRS* 129/274; *RT* 713/125; TJRJ, Ap. Civ. 2979/98

9 É o caso da responsabilização das instituições hospitalares, consideradas como prestadoras de serviço. O tema será objeto de estudo em tópico separado.

Dada a natureza peculiar da atividade médica — no lidar com o organismo humano, com suas particularidades, subjetivas e individuais — a aferição do elemento culpa é inafastável para a sua responsabilização. As condições genéticas, a idade, o sexo, os fatores culturais e históricos, os efeitos discrepantes da farmacopéia em cada ser humano demonstram a incompatibilidade da atuação do profissional de saúde com a objetivação de sua responsabilidade.[10]

Assim sendo, o Código Civil disciplina expressamente a matéria, dispondo em seu art. 1.545 que os médicos, cirurgiões, farmacêuticos, parteiras e dentistas são obrigados a satisfazer o dano que causarem por impudência, imperícia ou negligência.[11]

Esta sistemática não foi alterada com o advento do Código de Defesa do Consumidor (CDC), que, em exceção à regra geral da responsabilidade objetiva dos prestadores de serviços, determina que a responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação de culpa (art. 14, § 4).

Importa salientar que a responsabilidade médica é, de regra, contratual, a despeito da topologia da norma do Código Civil Brasileiro. A inserção deste artigo dentre os que dizem respeito à responsabilidade aquiliana suscitou grandes discussões quanto à natureza do dever de reparação dos danos decorrentes da atuação médica.[12]

Hoje, todavia, é assente que a localização desta norma no capítulo dois atos ilícitos não acarreta em negar a existência de um contrato entre o médico e o seu paciente. Como bem enfatizou Sérgio Cavalieri Filho, a natureza de uma relação jurídica depende de sua essência e não apenas da localização da norma que a disciplina. Ao invés, entende-se que a responsabilidade do médico é, via de regra, **contratual**, em razão da forma como se constitui a relação médico-paciente.

A responsabilidade médica, porém, não obedece a um sistema unitário. Ainda que possa advir do inadimplemento de uma avença tácita entre um profissional e seu cliente — e na maioria das vezes o é — sobra um grande espaço para a responsabilidade **extracontratual** do esculápio.

As circunstâncias da vida — como um acidente por onde passava ou qualquer outra emergência — colocam o médico frente ao dever de prestar

10 Miguel Kfouri Neto, ob.cit.

11 Redação esta, aliás, criticada pela doutrina, por achá-la desnecessária e incompleta. V. Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil*, v.3.

12 José de Aguiar Dias nos remete ao *leading case* da jurisprudência francesa em admitir a natureza contratual da responsabilidade médica, cujo relator foi Louis Josserand. (*Da Responsabilidade Civil*, p.282). Também Carvalho Santos discorre sobre minúcias do caso, transcrevendo, inclusive, o texto da decisão. (*Código Civil Brasileiro Interpretado*, XXI, p.247).

assistência, em face de sua qualificação especial dentre os demais indivíduos da sociedade. O dever de assistir resulta, aqui, não de qualquer contrato previamente estabelecido, mas das circunstâncias que atribuem àquele que possui especial capacidade tal obrigação moral e jurídica.

Será também extracontratual a relação da qual participa o médico de um hospital público ou, ainda, o médico contratado por empresa para prestar assistência a seus empregados. Também são consideradas fora do âmbito dos contratos as cirurgias sabidamente indevidas, experiências médicas arriscadas, ou quaisquer intervenções estando o paciente inconsciente, eis que são ausentes ou viciadas as manifestações de vontade nestes casos.[13]

E, então, qual seria o efeito prático desta distinção? Josserand já demonstrou que um dos processos de que se tem valido a jurisprudência para ir de socorro à vítima consiste na substituição da responsabilidade delitual pela contratual.[14] Reside uma diferença fundamental entre estas modalidades de responsabilidade atinente à carga de prova atribuída ao lesado, pois quando a responsabilidade funda-se em avença prévia, cabe ao prejudicado demonstrar apenas o inadimplemento do contrato, enquanto que na responsabilidade extracontratual cumpre demonstrar a presença dos três pressupostos da teoria clássica da responsabilidade civil (conduta culposa, dano e nexo causal).

Porém, como aponta o Min. Ruy Rosado de Aguiar Junior[15], a distinção entre responsabilidade contratual e extracontratual está sendo abolida pela moderna doutrina que nela não vê maior utilidade para a responsabilização do agente em certos casos, como no do profissional da medicina.

Afirma-se que, na prática, esta diferença só tem significado quando se faz outra distinção acerca da obrigação assumida pelo médico com a efetivação do acordo — se de meio ou de resultado. Isto porque, a inexecução do contrato médico é especialmente de difícil demonstração. Em primeiro lugar, os fatos se desenrolam normalmente em ambientes reservados (consultório, sala cirúrgica) e o paciente é um leigo que pouco ou nada entende dos procedimentos a que é submetido. Em segundo lugar, porque é da essência do contrato médico o dever de empregar todos os meios a serviço do resultado de cura, o dever de agir com diligência e cuidado no exercício da profissão.[16] Vale dizer: o objeto

13 Consideram-se fatos reveladores de erro ou culpa e, portanto, capazes de acarretar a responsabilidade do médico o de expor o doente a riscos inúteis ou dispensáveis ou agir sem o consentimento esclarecido do paciente — salvo em casos de urgência, quando se deve procurar obter, ainda, o consentimento da pessoa sob cuja responsabilidade está o doente.

14 *Apud* José de Aguiar Dias, ob. cit., p.280.

15 Ob. cit.

16 O direito exige dos profissionais de medicina cautelas e preocupações necessárias ao resguardo da vida e da saúde de seus clientes. (Clóvis Beviláqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil*, v.4, p. 326.)

do contrato médico é a obrigação de agir diligentemente, empregando seus esforços e seus conhecimentos em prol da saúde de seu paciente, de sorte que descumprir este contrato significa, em regra, agir com imprudência, negligência ou imperícia. Assim, demonstrar o descumprimento do contrato médico equivale, na prática, à prova de culpa do profissional, pois que o objeto da avença celebrada é apenas a correta atitude frente a seu cliente.

Savatier respalda esse entendimento: "A questão da presunção de culpa e, conseqüentemente, da inversão do *onus probandi* não se liga à divisão entre culpa contratual e aquiliana, mas sim ao fato de a doutrina e a jurisprudência, mais recentemente, interpretarem as obrigações contratuais como obrigações de meio e de resultado."[17]

A esta altura, cabe, porém, um exame mais detalhado do contrato celebrado entre o médico e seu paciente. Sua natureza — embora já tenha sido visto com locação de serviços, empreitada e até gestão de negócios[18] — não se encaixa nos moldes tradicionais. Para a boa doutrina, portanto, o contrato médico é contrato *sui generis* inominado — "tendo em vista que o médico não se limita a prestar serviços estritamente técnicos, acabando por se colocar numa posição de conselheiro, de guarda e de protetor do enfermo e de seus familiares".[19]

O objeto do contrato médico é, assim, não a cura (pela qual assumiria uma obrigação com vistas a um resultado), mas a prestação de cuidados atentos, de acordo com as aquisições da ciência com os recursos que dispõem e com as exigências das circunstâncias.

Disso resulta que a obrigação decorrente do contrato médico é, salvo casos excepcionais, uma **obrigação de meios**, pois que nenhum médico, por mais competente que seja, pode assumir a obrigação de curar um doente ou de salvá-lo. A medicina, a despeito de todo seu desenvolvimento nos últimos anos, tem inúmeras limitações, principalmente ligadas às condições subjetivas, individuais, genéticas, históricas e culturais do paciente.

Ainda em casos reputados costumeiramente como obrigações de resultado, como é o caso da cirurgia estética, há quem afirme tratar-se de obrigação de meio, por também compreender uma álea inerente ao que se está lidando: o organismo humano. Confira-se, *in verbis*, acórdão da Oitava Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

"Não nos parece, data venia, *que se possa classificar uma cirurgia e, nesse plano as cirurgias plásticas se equiparam às de qualquer outra espécie, de obrigação de resultado, porque, como se sabe, quando se trata de mexer com*

17 *Apud* Tereza Ancona Lopes de Magalhães, *O dano estético*, p. 94

18 Cf. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, tomo 53.

19 Sergio Cavalieri, ob. cit., p.273.

a fisiologia humana, além da técnica empregada pelo médico, havida no conhecimento científico, há sempre um outro componente que o homem, frágil e impotente diante do desconhecido, chama de imprevisível."[20]

Parece-nos que o intérprete deverá examinar, caso a caso, se o médico assumira uma ou outra obrigação perante seu cliente. Nestas considerações, deve-se levar em conta as expectativas legítimas do paciente, bem como as informações prestadas pelo médico, no que se refere, por exemplo aos riscos de um determinado tratamento. Nota-se portanto, que o dever de informação é bastante acentuado no contrato médico. A falta de informação do paciente sobre seu estado de saúde e sobre o tratamento que se propõe a empregar são sérios indicativos de culpa do profissional. O dever de informação é tratado no art. 59 do Código de Ética Médica (Resolução do Conselho Federal de Medicina, n. 1.246 de 8 de janeiro de 1998.).

Pois bem. O contrato médico compreende uma atividade, uma conduta (obrigação de meios), de maneira que provar seu inadimplemento significa provar o comportamento ilícito, culposo do profissional de medicina. Logo, a responsabilidade médica, embora contratual, é subjetiva e com culpa provada.

À exceção, portanto, se considera a atuação do médico como geradora de uma obrigação de resultado. Os casos mais o comuns encontrados em doutrina e jurisprudência são o da transfusão de sangue, da cirurgia plástica estética, da esterilização e da realização de certos exames clínicos.[21] Nestes casos, o devedor obriga-se a chegar a um determinado fim, sem o qual se reputará incumprido o contrato. Diz-se, pois, que a culpa é presumida quando não se alcança tal propósito. Diferentemente, então, da obrigação de meios, onde só haverá dever de indenizar se o credor provar que o obrigado não empregou a diligência que era objeto de contrato.

Desta forma, não há, na grande maioria dos casos, a obrigatoriedade de se presumir a culpa do médico apenas por se estar diante de um infortuno. Sendo a obrigação de meios, o inadimplemento só será demonstrado se restar provado que o médico agiu com imprudência, imperícia e negligência no desempenho da atividade a que se incumbiu. Estudaremos, adiante, cada um dos pressupostos da responsabilidade médica subjetiva, principalmente os aspectos do erro e da culpa.

Em suma, tanto na responsabilidade delitual (aquiliana), como na contratual derivada de obrigações de meios o paciente deve provar a culpa do médico; enquanto que, se entender ter este assumido uma obrigação de resultados,

20 Revista de Direito 9/292. Confrontem-se as duas posições: a) a favor da cirurgia estética como obrigação de meios: RSTJ 68/33; b) considerando-a como obrigação de resultados: RJTJSP-Lex 137/182; Revista Jurídica 170/145; RT 554/28; e, em doutrina, Caio Mario da Silva Pereira, Responsabilidade Civil, p.168.

21 Os exemplos são de Tereza Ancona Lopes de Magalhães, ob. cit., p.93.

presumir-se-á sua culpa, impondo-se ao lesado apenas a demonstração de que o fim pretendido não fora alcançado.

3. Pressupostos da Responsabilidade Médica
por Anderson Schreiber

3.1. Responsabilidade Subjetiva

Como já foi visto, a nossa legislação é bastante clara ao afirmar que a responsabilidade individual do médico, pelos atos por ele praticados no exercício de sua profissão, é uma responsabilidade subjetiva, vale dizer: com exigência de culpa[22]. Embora a lei não dê margem a dúvidas, a verdade é que isto não basta. É preciso compreender o porquê da opção legislativa.

Como se sabe, a dogmática da responsabilidade subjetiva tradicional revelou-se insuficiente para regular as relações entre grupos sociais ou entre grupos e indivíduos. Isto porque, nestas relações, a exigência de demonstração do elemento subjetivo "culpa" acabava por impor ao menos favorecido o encargo de uma prova, muitas vezes, inalcançável. Daí ter a jurisprudência francesa abandonado a responsabilidade subjetiva (fruto de uma ótica mais individualista, baseada em um princípio de imputabilidade moral) e passado a adotar, para estas relações, a responsabilidade objetiva (fruto de uma abordagem mais solidarista, baseada no elemento objetivo "risco"), que impunha o dever de indenizar àquele que, obtendo os proveitos da atividade, deve suportar também os seus encargos[23]. Note-se entretanto que o surgimento da responsabilidade objetiva não extinguiu a responsabilidade subjetiva: nas relações entre indivíduos, em que não se verifique um flagrante desequilíbrio, a responsabilidade pela culpa continua sendo a mais apropriada. Com efeito, a aplicação da lógica do risco nas relações interindividuais levaria a um rigor excessivo, tão grave quanto as injustiças que os seus precursores procuraram evitar. Daí o esclarecimento de Duguit: "Nós não entendemos (...) pretender que a responsabilidade por falta tenha desaparecido ou deva desaparecer do direito moderno. Nas relações de indivíduos a indivíduos, não há outra"[24].

22 Tanto o art. 1545 do Código Civil brasileiro, quanto o art. 4º, § 4º, do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) atribuem ao médico (profissional liberal) a responsabilidade subjetiva.

23 Esta tendência surgiu já no século XIX e foi impulsionada pela obra clássica de Saleille sobre a responsabilidade civil nos acidentes de trabalho (Raymond Saleille. *Les Acidents du Travail et la Responsabilité Civile. Essai d'une Théorie Objetive de la Responsabilité Delictuelle*, Paris, Librarie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, 1897).

24 Leon Duguit, *Leçons de Droit Public Général*. Conferências proferidas na Faculdade de

Ora, de volta ao campo da responsabilidade médica, podemos concluir facilmente que as relações entre médicos e pacientes são relações interindividuais e que, como tais, encontram-se no campo de aplicação da responsabilidade subjetiva[25]. Inatacável, portanto, a opção do legislador pátrio, em plena consonância com as mais elevadas lições doutrinárias. Resta-nos lançar os olhos sobre a jurisprudência, que neste particular não guarda surpresas: os tribunais reconhecem, em unanimidade, o caráter subjetivo da responsabilidade individual do médico[26].

Logo, para que se configure a responsabilidade médica, necessária se faz a presença dos três pressupostos tradicionais da responsabilidade civil: (i) conduta culposa do agente; (ii) dano; e (iii) nexo causal entre a conduta e o dano. A doutrina pátria, ao tratar da responsabilidade subjetiva, procede ao estudo exaustivo de cada um destes pressupostos, de modo que seria inútil repeti-lo aqui. O que faremos é analisar algumas questões que entendemos mais relevantes no âmbito da configuração da responsabilidade médica (a saber: culpa e erro médico; prova da culpa médica; dano moral; e demonstração do nexo causal).

3.2. Culpa e Erro Médico

O conceito jurídico de culpa é problemático. Ripert chegou mesmo a afirmar que não existe uma definição legal de culpa, e que é impossível tentar formulá-la. Não nos deteremos aqui em tão profundas considerações[27]. Para os fins deste trabalho, basta afirmar que a culpa é, em essência, um erro de conduta; ou, em outras palavras, uma inadequação entre a conduta e o dever de cuidado (norma de conduta) imposto para as circunstâncias concretas (manifestando-se externamente através da imprudência, imperícia ou negligência). O juiz deverá proceder a um juízo de valor para verificar se houve ou não esta inadequação[28].

Direito da Universidade Egípcia entre janeiro e março de 1926. *Apud* José Fernando de Castro Farias. *A Origem do Direito de Solidariedade*, p. 138.

25 Aqui exige-se algum cuidado. É certo que, pelos atos praticados no exercício de sua profissão, o médico responderá apenas se restar verificada a culpa. O ato médico, contudo, pode dar causa à responsabilização objetiva, não dele, esculápio, mas do estabelecimento hospitalar, seja este público ou privado. A responsabilidade dos hospitais será detalhadamente analisada em outro tópico deste mesmo trabalho.

26 *RT* 694/84, 608/160, 523/68, 618/59, 407/174, 545/73, 558/178, entre outros.

27 Na doutrina francesa, travou-se verdadeira batalha entre os que, como Savatier, vinculam a culpa à noção do dever violado, e os que, como os irmãos Mazeaud, prescindem de tal elemento na sua conceituação. Para maiores detalhes sobre a controvérsia, ver José de Aguiar Dias, ob. Cit., pp. 108-131.

28 A tarefa não é fácil, visto que o dever de cuidado nem sempre se encontra expresso na lei.

A avaliação da culpa, no caso de erro médico, se dá, basicamente, da mesma forma que para quaisquer outros casos[29].

Habitualmente se fala em erro médico, devendo este ser entendido como o erro de conduta praticado pelo médico, por falta de cautela[30]. O erro de conduta não pode ser confundido com o erro de técnica (também denominado erro profissional). O primeiro pressupõe uma imperfeição na conduta do médico, vale dizer: uma falta na observância da diligência exigível. O erro de técnica, ao contrário, remete à imperfeição na própria medicina.

Ora, é evidente que não se pode responsabilizar o médico pela falibilidade de um procedimento ou pela imperfeição da sua ciência. Note-se que o erro de técnica seria igualmente praticado por qualquer médico, por mais cuidadoso e diligente que fosse. Logo, não ocorre, no erro de técnica, inobservância do dever de cuidado, e, portanto, não há que se falar em culpa. Visto que esta é pressuposto essencial da responsabilidade individual do médico, nos resta concluir que pelo erro de técnica não responde o esculápio[31]. O Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, assim sintetiza este entendimento (*in Revista Jurídica* 159/151): "O erro é próprio da condição humana, não se admitindo a infalibilidade dos melhores profissionais. Somente por erro desculpável não responde o médico"[32].

29 Ressalte-se, apenas, que o dever de cuidado será estabelecido de acordo com as normas técnicas e éticas da medicina (o que a doutrina chama de "deveres do médico" são exatamente as normas de conduta extraídas do Código de Ética Médica e da prática clínica, de uma forma geral). Devem ser levadas em conta, ainda, as circunstâncias peculiares da especialidade do profissional (de um anestesista, por exemplo, espera-se a vigilância absoluta desde a cirurgia até a retomada de consciência pelo paciente).

30 Erro médico é, portanto, o ato culposo praticado pelo médico. Daí alguns autores se referirem ao erro médico como pressuposto da responsabilidade do esculápio. O que a boa técnica não permite é que se refira a ambas as coisas, como se fossem distintas, quando na verdade são uma coisa só.

31 Contudo, não se pode confundir, esta limitação com uma suposta exigência de culpa grave para a responsabilização do profissional. O que se veda aos tribunais é que tomem partido nas controvérsias médicas, e não há nisto nada que impeça a condenação do esculápio por culpa leve.

32 Uma última observação em matéria de erro médico: a doutrina trata comumente do erro de diagnóstico, como uma questão especial dentro da responsabilidade médica. Entendemos, contudo, que a ele se aplicam igualmente as regras aqui expostas, vale dizer: o erro de diagnóstico ensejará responsabilidade quando se tratar de erro de conduta do médico (inobservância do cuidado exigível); não ensejará responsabilidade quando se tratar de mero erro de técnica (que seria igualmente cometido por qualquer profissional por mais prudente e cuidadoso que fosse). Entretanto esta distinção entre erro de conduta e erro de técnica não se manifesta de forma tão clara no que concerne ao diagnóstico, pela própria natureza deste procedimento. Daí a postura dos tribunais em afirmar que só o erro de diagnóstico grosseiro e evidente enseja reparação. Ver, entre outros, *RJTJSP* 120/178, *RT* 695/84, 618/59 e 569/93.

3.3. Prova da Culpa Médica: Dificuldades e Soluções

Em se tratando, por outro lado, de erro culpável, necessário se faz provar a culpa — e aqui a tarefa é ingrata. São inúmeras as dificuldades para a demonstração da culpa médica. Em primeiro lugar, porque os atos médicos são praticados em ambientes reservados, como consultórios ou salas cirúrgicas, "em que o paciente, além de combalido pelas forças da moléstia, é mero espectador leigo dos procedimentos a que é submetido"[33]. Além disso, sendo a matéria extremamente técnica, não pode o magistrado basear-se exclusivamente no seu senso julgador, devendo socorrer-se da perícia. E, neste particular, como já atentava Lacerda Panasco, impera a "conspiração do silêncio"[34]; o perito, influenciado pela solidariedade profissional, acaba quase sempre por isentar o colega. Sem atentar para estas dificuldades, os tribunais tem sido rigorosos quanto à exigência de prova da culpa. Note-se, a título ilustrativo, as seguintes ementas:

"TJSP — Rel. José Cardinale — in RT 523/68

Responsabilidade Civil. Internamento em hospital. Amputação de perna. (...) *Não se pode presumir a culpa do profissional, por envolver obrigação de meio e não de resultado. Sem prova dessa culpa improcede ação de indenização".*

"TJRS — Rel. Des. Osvaldo Stefanello — in RJTJRS 179/122

Negligência médica no ministrar medicamento. Aplicação de injeção de penicilina. Improvada a negligência médica no ministrar injeção de penicili-na a pessoa propensa a choque anafilático, que veio a ocorrer, com a conse-qüente morte da paciente, não se pode impor ao médico o dever de indenizar, quer por dano material, quer por dano moral. Condenação que só pode ser imposta ao médico havendo prova sólida e convincente de que haja ele agido com negligência ou imperícia no exercício da atividade médica (...)".

Diante do peso excessivo do ônus da prova em casos de erro médico, é imperativo, no nosso entendimento, que os tribunais se utilizem das soluções que vêm sendo apresentadas pelos autores pátrios ou pela doutrina estrangeira e que passamos, agora, a examinar.

Antes de mais nada, para evitar os males do corporativismo, é recomendável que o juiz não se restrinja às conclusões da perícia[35]. Deve socorrer-se de outros meios de prova: testemunhas, registros sobre o paciente, laudos fornecidos, e o que mais lhe puder ser útil[36]. Meio de prova que tem se revelado eficaz é o

33 Ruy Rosado de Aguiar Jr. Ob. cit, p. 38.

34 Wanderby Lacerda Panasco. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, pp. 83-101 e 311-312.

35 Sendo certo que pode decidir em sentido contrário ao do laudo pericial. CPC, art. 436.

36 O STJ, em consonância com a melhor doutrina, entendeu que a juntada de textos científicos

prontuário. O art. 69 do Código de Ética Médica impõe ao médico o dever de elaborar o prontuário, e o mesmo Código, em seu art. 70, permite ao paciente o acesso ao documento[37]. O Ministro Ruy Rosado de Aguiar afirma que "em juízo, cabe o pedido de exibição, cuja recusa permitirá ao juiz admitir como verdadeiros os fatos que se pretendia provar, se não houver a exibição ou se a recusa for considerada ilegítima"[38].

Além disso, verificando a dificuldade técnica do paciente em produzir provas do erro médico, entendemos que deve o juiz proceder à inversão do ônus da prova, conforme autorizado pelo art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. O referido dispositivo autoriza[39] ao juiz a inversão do *onus probandi*, desde que a alegação do consumidor seja verossímil ou seja o consumidor hipossuficiente. A hipossuficiência de que trata o dispositivo não poder ser limitada ao aspecto econômico[40]. Isto porque a finalidade do dispositivo foi facilitar a instrução probatória por parte do consumidor, não nos parecendo razoável considerar-se hipossuficiente apenas aquele que encontra dificuldades para produção de provas em virtude de sua falta de recursos financeiros, já que em situação análoga se encontra aquele que, em função de insuficiência técnica, nenhuma prova consegue produzir. Este é quase sempre o caso do paciente leigo, que vê os fatos por ele alegados serem soterrados pelos incompreensíveis dados técnicos da perícia.

determinada de ofício pelo juiz não implica nulidade (*in Advocad* 97/76686), e, em decisão recente, declarou que não se confunde com inversão do ônus da prova "a solicitação do juiz feita a qualquer das partes para evidenciar a verdade real" (*in Advocad* 98/85440).

37 Note-se que o dever do médico não se limita à elaboração do prontuário, mas estende-se também à sua manutenção, mesmo após extinta a relação entre o profissional e o paciente. É o que decorre do princípio da boa-fé.

38 Ob. cit., p. 40. Este entendimento é autorizado pelos arts. 355 e 359 do nosso Código de Processo Civil.

39 Discute-se se a inversão do ônus da prova seria faculdade ou dever do juiz. A maior parte da doutrina entende que não se trata de mera faculdade. Diz-se: o juiz tem ampla liberdade na apreciação dos requisitos para inversão do ônus probatório, mas, uma vez verificados os requisitos, tem o dever de proceder à inversão. Acrescentamos, contudo, que, como não há critérios objetivos para a verificação destes requisitos nem sanção para o descumprimento deste "dever", a inversão ficará sempre a livre critério do magistrado, apresentado-se, na prática, como mera faculdade.

40 A hipossuficiência de que se fala no dispositivo não é apenas econômica, mas também técnica. Nelson Nery Jr., "Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor", *in Revista de Direito do Consumidor*, nº 3, p. 5. Também neste sentido, C. R. Barbosa Moreira, "Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor", *in Revista de Direito do Consumidor* 22/135-153. Na jurisprudência, ver decisão do TARS, que reconhece a possibilidade de inversão do ônus da prova a favor do consumidor, "especialmente se a prova dos fatos se encontra à disposição do demandado, mas não do consumidor e a função dessa regra é instrumentalizar o magistrado com um critério para conduzir o seu julgamento nos casos de ausência de prova suficiente" (*in* Advcoad 97/78817).

Outro caminho para a inversão do ônus probatório, encontrado pela doutrina estrangeira, é a aplicação da teoria dinâmica da prova, que consiste em encarregar das provas de determinado fato quem tem melhores condições de trazê-las ao processo[41]. Assim, atribuir-se-ia ao médico o ônus de provar que agiu com a diligência exigível, visto que é o médico quem dispõe, mais do que qualquer um, dos meios para comprovar os fatos ocorridos num consultório médico ou numa sala de cirurgias. Sem embargo da sua utilidade em matéria de erro médico, a teoria dinâmica da prova não se encontra, ainda, consolidada em nossos tribunais[42].

É possível, a este ponto, que alguém se pergunte se seria válido cogitar de uma responsabilização objetiva para o médico, tão dramática é a situação do paciente incumbido de provar a culpa do esculápio. Entendemos que não. Como esclarecemos anteriormente, a responsabilidade pelo risco deve ser reservada àquelas relações em que figurem grupos sociais em oposição a outros grupos ou a indivíduos, e, entre estas, apenas àquelas que revelem flagrante desequilíbrio, não sendo este o caso da relação entre médico e paciente, em nível pessoal. A prova da culpa, embora difícil em casos de erro médico, não chega a configurar obstáculo intransponível, justificativo de uma objetivação da responsabilidade. Além disso, nos parece de um rigor excessivo atribuir ao médico, de forma genérica, os riscos de sua atividade, visto que a medicina, pela qualidade especial do seu objeto, contém elevado grau de imprevisibilidade e se manifesta em situações extremas, condicionadas por fatores alheios à conduta do esculápio. Ainda que se concedesse ao médico a chance de demonstrar a exclusão do nexo causal, estar-se-ia condenando o profissional a tormento semelhante ao do paciente, sem resolver-se a questão. Estamos convencidos, portanto, de que, não obstante as dificuldades expostas, a objetivação da responsabilidade não deve ser cogitada. A panacéia para os males da prova, reside, a nosso ver, na inversão do ônus probatório e na busca pelo juiz de meios de convencimento diversos do laudo pericial, tudo conforme o que já restou explicado acima.

Para encerrar estas considerações sobre a culpa, é preciso notar que nas situações em que a obrigação assumida pelo médico é de resultado, o paciente estará a salvo dos tormentos do *onus probandi*, uma vez que bastará a ele provar

41 Tal teoria fundamenta-se, principalmente, na busca de uma maior igualdade material entre as partes, no âmbito do processo.

42 A teoria dinâmica da prova já criou polêmicas na jurisprudência. Foi objeto de recurso especial acórdão que, embora não tendo invertido o ônus da prova, mencionou a teoria dinâmica da prova em sua fundamentação. O STJ, entretanto, considerou que a simples menção à teoria não havia caracterizado a inversão do ônus probatório, tendo em vista que as provas dos autos foram suficientes para a condenação do médico (*in Advcoad* 97/76686).

que o resultado contratado não foi obtido[43], para que daí decorra o dever de indenizar.

3.4. Dano Moral: Hipóteses de Configuração

Sem dano, não há o que se reparar, não podendo mesmo se cogitar da responsabilidade, ainda que a conduta tenha sido culposa ou dolosa[44]. O dano, em sua definição clássica, é o prejuízo resultante de uma lesão a um direito. Tendo em vista que o objeto da medicina é o corpo humano, a lesão provocada por erro médico é quase sempre uma lesão física, que, como se sabe, pode refletir-se sobre o patrimônio da vítima (dano patrimonial) ou sobre os valores integrantes da sua própria personalidade (dano extrapatrimonial ou moral).

A respeito do dano moral, já se disse, em doutrina, mais do que poderíamos pretender acrescentar[45]. Nossa contribuição ao tema limitar-se-á a um breve exame da jurisprudência, a fim de indicar hipóteses — diversas daquelas comumente apresentadas nos manuais (morte do paciente, perda da mobilidade de membro, etc.) — em que vem sendo reconhecido o dano moral para fins de configuração da responsabilidade médica.

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, por exemplo, reconheceu o dever de reparação por danos morais no caso de exame laboratorial incorreto que identificou o paciente como portador do vírus HIV[46], entendendo, ainda, que o simples fato de vir impresso no documento que o exame não é conclusivo não afasta a responsabilidade do laboratório por sua emissão (*in Advcoad* 97/81349). O mesmo Tribunal reconheceu devida a indenização pelo médico no caso de "esquecimento de compressa cirúrgica no corpo de paciente que lhe acarrete constrangimento social pelo mau cheiro" (*in Advcoad* 98/84138)[47]. Também entendeu configurado o dano moral no "desaparecimento de cadáver do hospital onde ocorreu o evento morte" (*in Revista Jurídica* 172/99). O Tribunal de

43 A distinção entre obrigações de meio e obrigações de resultado, e seus efeitos na responsabilidade civil do médico já foram exaustivamente tratados em outro tópico deste mesmo trabalho.

44 Daí a declaração de Henri Lalou: *"Pas de préjudice, pas de responsabilité civile". Traité Pratique de Responsabilité Civile*, n. 135. *Apud* Caio Mário da Silva Pereira. Ob. cit., p.34.

45 Ver entre outros, Carlos Alberto Bittar. *Reparação Civil por Danos Morais*. Ver também *Critérios de Reparação do Dano Moral,* monografia de Carlos Edison do Rêgo Monteiro Filho, Faculdade de Direito da UERJ, 1996, orientação de Gustavo Tepedino.

46 No caso em questão, a indenização devida foi fixada em 150 salários mínimos. Sobre dano moral em razão de erro gritante de diagnóstico de gravidez, ver Ap. Cív. 2957/93 do TJRJ, Rel. Des. Alvaro Mayrink da Costa.

47 Também por esquecimento de compressa de gaze no abdômen de paciente, o TJRJ condenou cirurgião em verba indenizatória de 300 salários mínimos (*Advcoad* 98/85768).

Justiça de São Paulo, por sua vez, embora tivesse reconhecido o dano moral no caso de "moléstia grave erroneamente diagnosticada, com recomendação de imediata cirurgia, trazendo à autora angústia intensa", rejeitou o pedido do paciente, por não ter se demonstrado nos autos a imperícia, imprudência ou negligência do médico (*in RJTJSP-Lex* 140/182). O mesmo Tribunal entendeu caracterizado o dano moral em cirurgia plástica estética que não atinge o resultado contratado pelo paciente (*in Advcoad* 98/84230). O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu solidariamente responsáveis o médico e o hospital pelos danos materiais e morais causados a paciente em virtude de divulgação do resultado de exame para identificar o vírus da AIDS[48]. O Tribunal de Justiça de Rondônia entendeu que "é devida indenização por danos morais à mãe parturiente cujo filho nasce morto por respirar mecônio no útero em razão do retardamento do parto, por negligência e omissão médica" (*in RT* 729/290).

3.5. Demonstração do Nexo de Causalidade

Evidentemente, ninguém pode ser responsabilizado por um prejuízo ao qual não tenha dado causa, ou que não tenha sido causado por coisa ou pessoa pela qual responda. Daí a necessidade de se demonstrar o nexo causal entre a conduta do médico e o dano sofrido pelo paciente. O conceito de nexo causal — advertem muitos autores — não é jurídico, mas intuitivo: nexo causal é o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado[49].

Discutiu-se qual seria a teoria adotada pelo Direito Civil brasileiro, no que concerne ao nexo de causalidade. A maior parte da doutrina entende que prevalece a teoria da causalidade adequada[50]. Há autores, contudo, que defendem a tese de que a questão deve ser deixada à apreciação do caso concreto, tendo em vista que o tema assume contornos nitidamente casuísticos[51]. Tal orientação convém à responsabilidade médica, onde a identificação do nexo

48 Dispõe a ementa do acórdão: "Quebra de sigilo inadmissível, no local e nas circunstâncias, considerado o óbvio preconceito contra a doença. Também faltou o médico com seu dever de informar ao paciente do resultado do exame e de não exigir confirmação do resultado" (*in RJTJRS* 175/702).

49 Por todos os outros, Sergio Cavalieri Filho. Ob. cit., p.49

50 Por todos os outros, José de Aguiar Dias: "A responsabilidade é de quem interveio com culpa *eficiente* para o dano". Ob. cit.

51 "(...) os juizes devem dirimir as questões ligadas à causalidade guiando-se por critérios que, em cada caso, levem à decisão mais justa, ponderando todas as circunstâncias, em vez de aplicar teorias abstratas." Miguel Kfouri Neto. Ob. cit., p. 100. Esta tem sido a postura dos tribunais espanhóis que, repelindo o exclusivismo doutrinário, têm deixado a solução do problema para os casos concretos. Também é esta a orientação de autores consagrados como Henri de Page, Raynaud, e, entre nós, Caio Mário da Silva Pereira.

causal é matéria tormentosa. A intervenção médica pode promover reações orgânicas e psíquicas diversas em cada paciente, reações mesmo imprevisíveis, o que acarreta enorme dificuldade na ligação entre a lesão e a conduta do esculápio. A simples utilização do bom senso por parte do juiz mostra-se, em geral, inapta a iluminar a questão da causalidade, devido aos aspectos extremamente técnicos da matéria. Aqui também fica o magistrado à mercê da perícia, disto decorrendo todas as vicissitudes que já foram apontadas quando tratamos da prova da culpa[52]. Com efeito, inúmeras ações judiciais têm se perdido na dificuldade de demonstração do nexo causal[53] a exemplo da ementa a seguir:

"TAMG — Rel. Juiz Geraldo Augusto — in Advcoad 97/77032

(...) para que haja responsabilização por dano causado a paciente em conseqüência da atuação do profissional, é necessário que resulte provado de modo concludente que o evento danoso se deu em razão de negligência, imprudência, imperícia ou erro grosseiro de sua parte. (...) não determinado o nexo causal nem a causa eficiente do dano, impossível reconhecer responsabilidade dele decorrente"[54].

De fato, tanto no que se refere à demonstração do nexo de causalidade, quanto no que diz respeito à prova da culpa o paciente esbarrará em consideráveis dificuldades processuais para a configuração da responsabilidade médica, dificuldades estas que os tribunais não têm contornado de maneira eficaz. O caráter rigoroso que adquire o ônus probatório, em matéria de responsabilidade médica, acaba por desestimular ações judiciais[55] e perpetuar a impunidade que

52 Igual a vicissitude, igual a solução. A inversão do ônus da prova prevista no CDC pode beneficiar o consumidor também em relação à prova do nexo causal. Ver, entre outros, C. R. Barbosa Moreira. Ob. cit., p. 148.

53 Referimo-nos aqui aos casos em que o nexo causal não foi demonstrado, nem tampouco excluído. É evidente que não se deve responsabilizar o médico se restou comprovado, nos autos, que a causa do dano foi estranha à conduta do agente (fato de terceiro, fato exclusivo da vítima, caso fortuito ou força maior).

54 Ver, também neste sentido, Ap. Cív. 7416/95 do TJRJ, julgada em 5.12.95 (Reg. 14.02.96 — Fls. 3659/ 3663), em que foi relator o Des. Murillo Fabregas.

55 Evidentemente, há outros fatores que contribuem para o desestímulo das ações judiciais com base em erro médico, entre os quais podemos citar: a dificuldade de identificação do erro médico; a desinformação e o descrédito da maior parte da população na defesa judicial dos seus direitos; e o desconforto emocional provocado pela sucessiva revisão da tragédia, característica destè tipo de ação. Há quem situe tais fatores em esferas alheias à ciência jurídica. Entendemos que tal postura é equivocada, e não se coaduna com a ótica interdisciplinar que vem caracterizando o estudo do direito em tempos mais recentes. Neste sentido, lembramos a lição do Prof. Pietro Perlingieri: "O objeto da ciência jurídica é a realidade concreta. A realidade não pode ser dividida; ao contrário, deve ser estudada unitariamente. Não há realidade econômica distinta da realidade jurídica; igualmente não há realidade social divorciada da realidade jurídica (..). A realidade é una, é unitária. Por isto o estudo do direito não pode se limitar ao estudo das leis.

o direito deveria reprimir. Lembramos, para encerrar, a oportuna advertência de Josserand, que, especialmente no que concerne à configuração da responsabilidade médica, não se pode perder de vista: "um direito só é efetivo quando sua prática está assegurada; não ter direito e tê-lo sem o poder exercer são uma coisa só"[56].

4. A Responsabilidade do Médico por fato de Terceiros

Por Aline de Miranda Valverde

4.1. Danos causados por enfermeiros

Os enfermeiros estão sujeitos, na medida de sua atividade, aos princípios da responsabilidade médica. O erro profissional, também em relação a eles, deve ser apreciado tendo-se em consideração o que se lhes exige como soma correspondente ao bom desempenho de sua profissão. A sua culpa profissional é, igualmente, a ação ou omissão de que resultam conseqüências prejudiciais imprevistas, mas previsíveis, estando entre as suas formas a imprudência, negligência e imperícia.[57]

Os danos causados pelos enfermeiros, sendo eles prepostos do estabelecimento hospitalar, são de total responsabilidade deste. Aquele que se faz substituir no exercício das múltiplas funções da empresa responde pelos atos dos que exercem a substituição, precisamente porque se considera o substituto extensão da pessoa ou do órgão principal, constituindo uma *longa manus* da empresa ou patrão.[58] Nesse sentido, esclarecedora é a ementa que segue: "Responsabilidade civil — casa de saúde — paciente que, durante o tratamento, enquanto sob efeito de tranqüilizantes é estuprada por enfermeiro da ré — culpa *in eligendo* e *in vigilando* — dano moral inequívoco — ressarcimento — recurso provido"[59].

Diferente é a hipótese de um médico, estranho ao estabelecimento, utilizar-se do enfermeiro empregado do hospital para tratamento de seus doentes. Quem responde, assim, pelos atos dos enfermeiros ou do pessoal colocado sob suas ordens: a instituição que emprega esses profissionais ou o médico?

Os instrumentos da ciência jurídica, as noções, as definições, os conceitos não são fins em si mesmos, mas sim instrumentos para o conhecimento desta realidade" (palestra proferida na Faculdade de Direito da UERJ, em 25 de agosto de 1998 — tradução livre).

56 *Apud* José de Aguiar Dias. Ob. cit., p.61.

57 José de Aguiar Dias. Ob. cit., p. 300.

58 Sérgio Cavallieri Filho. Ob. cit., p. 282.

59 *Advcoad*, 95/94.

Há decisões que sustentam ser essa responsabilidade do médico. José de Aguiar Dias, ao contrário, defende que o verdadeiro comitente do enfermeiro é a clínica de saúde, e não o médico à disposição do qual o enfermeiro é colocado. Afirma ainda poder-se sustentar, no máximo, que, dividindo-se entre várias pessoas a direção do enfermeiro, este poderia ser considerado como preposto do médico nos estritos limites das ordens técnicas da sua exclusiva competência.[60]

"Com a nova legislação consumerista, não se pode ter dúvida que a responsabilidade pela prestação dos serviços hospitalares é dirigida ao próprio hospital e não ao profissional liberal que eventualmente ocupe suas dependências. Mais do que isto, em se tratando de dano provocado por terceiros"[61], a responsabilidade será objetiva, não se perquirindo a culpa, ao contrário da responsabilidade pessoal do enfermeiro.

4.2. A substituição entre profissionais e a formação de grupos de médicos

A doutrina afirma a existência da responsabilidade contratual pelo fato de outrem sempre que um devedor contratual subordina um terceiro na execução total ou parcial da obrigação.

Sendo assim, com relação aos cuidados devidos pelo médico a seu paciente, existe a possibilidade de sua substituição por outro médico, como ele, capaz de atos médicos, agindo independentemente e estando vinculado ao cliente de forma direta. Em tais circunstâncias, não terá responsabilidade o médico que se faz substituir, face à inexistência de relação entre os dois profissionais.

Iguais são as conseqüências da formação de um grupo de médicos "quando os associados têm todos igual habilitação para a prestação de iguais serviços ao doente, revezando-se indistintamente no atendimento, ou quando são reservadas áreas de especialização para cada um. Em ambas as situações, diversos profissionais prestam serviços ao mesmo paciente. A doutrina se inclina por admitir, em respeito ao princípio da independência do médico (um direito do doente), que a responsabilidade é individualizada, cada um respondendo pelos seus atos."[62]

Diversa, no entanto, é a situação em que o médico, valendo-se de um colega de profissão, subordine a atuação do substituto à sua direção. Duas correntes se posicionam a respeito da questão. A primeira delas não admite a subordinação entre médicos, dada a autonomia profissional resultante do art. 8º do Código

60 José de Aguiar Dias. Ob. cit., p. 284.

61 Branco, Gerson Luiz Carlos. "Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico", *RT*, 733/72.

62 Ruy Rosado de Aguiar Jr. Ob. cit., p. 43.

de Ética Médica, que assegura a "liberdade profissional" aos que exerçam a Medicina.[63] Colocado nestes termos o problema, e não existindo contrato entre médico substituto e paciente, aquele responderá com fundamento na responsabilidade aquiliana, pelos danos resultantes de sua atuação. A segunda corrente admite o vínculo do médico substituto em relação ao substituído, na condição de preposto deste; em tais circunstâncias, e face ao princípio geral que rege a responsabilidade por fato de terceiro (o encarregado de realizar algo por conta de outrem possui responsabilidade contratual), o responsável por eventuais danos ao paciente é o substituto, na sua condição de preponente.

Ruy Rosado de Aguiar Jr. apresenta uma hipótese semelhante, qual seja, a da formação de um grupo de médicos em que se estabelece, entre eles, uma relação de subordinação (de fato ou regulamentar). Para este autor, "é possível aplicar a regra da responsabilidade transubjetiva do art. 1521, III, do CC, sendo para isso necessário definir o âmbito de decisão de cada um: se o subordinado apenas cumpriu ordens, responde só o superior; se teve condições para concorrer na decisão, ambos respondem solidariamente."[64]

4.3. Equipe médica

Para a perfeita execução de um ato cirúrgico, faz-se necessário que a equipe médica esteja bem treinada. Disso decorre a estrita obediência aos princípios da "cirurgia sincronizada", com o fito de minimizar os esforços e superestimar os resultados obtidos. Dentre estes princípios, pode-se destacar o de poupar o cirurgião de toda a tensão pré-operatória imediata e o de cumprir as tarefas para que nada falte durante a cirurgia.

É de observar-se que o cirurgião possui posição de grande destaque, uma vez que a ele compete planejar e executar a operação, e tomar as decisões táticas necessárias. No entanto, a equipe médica constitui-se ainda de: anestesista, primeiro auxiliar, segundo auxiliar e instrumentador.

Dada a sua predominante função, responde o cirurgião-chefe tanto pelos atos de outros médicos, seus assistentes, como pelos serviços auxiliares de enfermagem (salvo quando estes constituam atos de enfermagem banais e comuns, hipótese em que responde o hospital), que se verifiquem no interregno do ato operatório. Diz-se, assim, que responde o chefe da equipe pela culpa *in eligendo* e *in vigilando.*

63 Art. 8º do CEM: "O médico não pode, em qualquer circunstância ou sob qualquer pretexto, renunciar à sua liberdade profissional, devendo evitar que quaisquer restrições ou imposições possam prejudicar a eficácia e correção de seu trabalho."

64 Ruy Rosado de Aguiar Jr. Ob. cit., p. 43.

Responde por culpa *in eligendo* porque a formação da equipe é incumbência do cirurgião, ou seja, é ele quem escolhe os profissionais que participarão da intervenção. Sendo assim, é o médico-chefe responsável solidário com o agente no dever de indenizar, sendo-lhe concedido, porém, o direito de regresso contra o culpado pelo evento danoso.

Cumpre destacar que a culpa *in eligendo* não pode ser aplicada como muitos o fazem. Há alguns autores que tentam imputar quase que uma responsabilidade objetiva ao cirurgião-chefe, de tal sorte que o simples fato de o profissional escolhido por ele cometer um erro culposo já ensejaria a sua responsabilização. No entanto, essa modalidade de culpa só existe quando o médico escolhe mal; a responsabilidade solidária exige o reconhecimento da culpa de ambos, ou seja, do profissional e de quem o indicou. O eventual erro do escolhido não resulta necessariamente na culpa daquele que procedeu à escolha. Esta pode ter sido feita minuciosa e atentamente, não errando o chefe da equipe na indicação do profissional, tendo o agente, por infelicidade, naquele dia, incidido em erro.

Não responde também o médico-chefe por culpa *in eligendo* caso o profissional tenha sido escolhido pelo paciente; este seria, induvidosamente, o exclusivo responsável. Exclui-se ainda sua responsabilidade na hipótese de os profissionais serem funcionários da entidade hospitalar, respondendo esta por eventuais danos ocorridos, não lhe sendo negado, igualmente, a correspondente ação regressiva. Teresa Ancona Lopez de Magalhães afirma ainda que, nessa última hipótese, o médico poderá ser responsabilizado se houver dado ordem mal formulada ou se tiver sido executada sob a sua direta fiscalização[65], hipótese em que se configura a culpa *in vigilando.*

4.4. Relação entre especialista e generalista

Ruy Rosado de Aguiar Jr. atenta ainda para a relação entre especialista e generalista. Em sua opinião, responde o generalista que deixa de chamar um especialista, quando a situação o recomendava e havia possibilidade para tanto; o generalista que cumpre as especificações do especialista, contratado pelo paciente, não responde pelas conseqüências daí advindas, atribuíveis ao especialista; se optar, porém, por outra indicação terapêutica, responde o generalista pelos danos.

4.5. Danos causados por equipamentos

A responsabilidade por equipamentos, principalmente em uma sociedade cuja medicina está totalmente baseada em instrumentos, é tema de grande relevância.

65 "Responsabilidade Civil dos Médicos", *Responsabilidade Civil — Doutrina e Jurisprudência*, coord. Des Yussef Said Cahali.

A técnica mecânica, aumentando a vida humana, aumentou a segurança. "O médico, para usá-la devidamente, necessita de possuir novos conhecimentos, atualizando-se no interesse de seus pacientes. Na trilha da lei geral do progresso, a técnica médica tende a comandar o seu curso. Se, por um lado, habilita o profissional para desenvolver a sua arte, e melhor aplicá-la, impõe-lhe também deveres inexistentes na medicina tradicional. A utilização de aparelhagem especial abre novos aspectos à responsabilidade civil, aliando à responsabilidade contratual na medicina de clientela uma outra responsabilidade, a do fato das coisas..."[66].

No exercício de sua profissão, e tendo em vista os objetivos a serem atingidos, quais sejam, o prolongamento da vida e a cura do paciente, é dotado o médico de liberdade para decidir, de acordo com seus conhecimentos e consciência, qual o tratamento, qual o instrumento mais adequado ao caso concreto. Sendo assim, será o médico responsável quando utilizar-se mal desta liberdade, acarretando um resultado danoso ao seu paciente.

4.6. A utilização de um aparelho para a prática do ato médico

O ato médico obriga o agente à reparação apenas na hipótese de haver culpa no desempenho de sua atividade.

Assim sendo, a utilização normal de um bisturi, de um aparelho emissor de radiação, enfim, de qualquer tipo de instrumento necessário à prática do ato médico é considerada como um opção adequada à melhor realização do tratamento ou intervenção, uma vez que constitui expressão da liberdade, do profissional, de selecionar técnicas e meios que atinjam seus objetivos. Sendo o ato médico praticado através destes instrumentos, a falta de êxito na cura ou no tratamento não pode gerar a responsabilidade do agente, excetuando-se a hipótese de ter o médico incidido em culpa. A utilização do objeto confunde-se como ato médico.

Pela utilização de instrumentos ou aparelhos perigosos que causem danos aos seus pacientes, responde o médico, tenha sido ele mesmo quem os manipulou ou um não-médico, seu empregado. "Há uma tendência legítima de fazer pesar sobre o profissional uma obrigação de resultado a partir do momento em que a prestação é de ordem material. E a novidade reside precisamente no fato de que a responsabilidade de pleno direito, aqui, se aplica à prestação mesma do médico. A responsabilidade do médico, relativamente às coisas e instrumentos que utiliza, decorre do princípio geral da responsabilidade do detentor da coisa"[67].

66 Caio Mário da Silva Pereira. Ob. cit., p. 158-159.

67 Ruy Rosado Aguiar Jr. Ob. cit., p. 43.

Para maiores esclarecimentos, seguem trechos de um acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná; trata-se de um caso em que problemas na placa de metal que integra o bisturi eletrônico, causados por uma descarga elétrica, ocasionaram a amputação do pé esquerdo e a perda parcial de alguns dedos do pé direito da paciente: "(...) o uso de equipamentos elétrico-eletrônicos, como é sabido, está sujeito a causar acidentes, fato que obriga os profissionais que os manipulam, bem como, as entidades que os mantêm, a se precaver com medidas de proteção, além de dar conhecimento ao paciente dos riscos que está correndo"[68].

4.7. Defeitos ou vícios do aparelho

I. *Defeitos que não sejam de fabricação*

Em ocorrendo um acidente, distinto do ato médico em si mesmo, cuja causa resulte de um vício, responsabiliza-se o médico, independentemente de sua culpa. O fato danoso produzido em razão de defeito do aparelho, afasta a imunidade à responsabilidade de que é detentor o médico quando se trata de decisões sobre tratamentos ou técnicas. Não se discute, aqui, uma questão jurídica, mas sim uma questão mecânica, não cabendo eximir o médico da responsabilidade por fato de coisa defeituosa, pois esta incumbe a todos que manipulam o instrumento defeituoso.

A natureza dessa responsabilidade é contratual, já que o médico, ao se utilizar de determinado aparelho, garante contratualmente ao seu paciente a segurança do mesmo. Há, assim, uma responsabilidade de resultado para com o cliente, qual seja, a de não empregar aparelho defeituoso no seu tratamento.

II. *Defeitos de fabricação*

O Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11.9.90) estabelece, em seu art. 12, que, em sendo o defeito de fabricação, responde o fabricante, independentemente de prova de culpa.

Nesse sentido, acórdão do Tribunal de Justiça do Paraná: "A morte logo após a administração de medicamento, sem qualquer outra explicação, aliada a outros efeitos trágicos atribuídos à mesma medicação, alguns lotes retirados de circulação por duas vezes, antes do falecimento, pela administração pública federal competente à circunstância de o laboratório ter, afinal, cessado sua fabricação; e ainda, conter o remédio componente tóxico, que demanda uma revisão científica (conforme laudo do instituto Adolfo Lutz), leva à conclusão juridicamente segura de relação de causa e efeito; isto é, de que o falecimento

68 *PJ*, 45/68.

da vítima foi conseqüência imediata da administração do medicamento, impondo-se o reconhecimento da responsabilidade do fabricante, fundada no princípio de que este garante a qualidade e utilidade do produto, mormente, como no caso, a bula que acompanhava o remédio não fazia referência a qualquer contra-indicação"[69].

5. Responsabilidade Civil dos Estabelecimentos Hospitalares
por Maritza Franklin

A responsabilidade civil do hospital ou da Casa de Saúde representa um tema polêmico sobre o qual a doutrina e a jurisprudência muito divergem. Cumpre-nos demonstrar a evolução que sofreu a matéria em questão, principalmente após a promulgação do Código de Defesa do Consumidor (CDC), e fazer uma breve comparação entre as diferentes decisões jurisprudenciais do nosso país.

Por serem os hospitais públicos e os privados regulados por leis diferentes, explicaremos as matérias atinentes a cada um destes separadamente.

5.1. Responsabilidade Civil dos Hospitais Públicos

Atualmente, como afirma Gustavo Tepedino[70], em decorrência do artigo 37, § 6º da Constituição Federal, aplica-se a responsabilidade objetiva aos atos praticados pela administração pública. A Constituição Federal, com base nos princípios da isonomia e da justiça distributiva, ressaltou ser do Estado o dever de indenizar danos decorrentes da atividade de seus agentes, para isso necessária somente a demonstração da existência do fato, do dano e do nexo causal entre estes elementos. A administração se exime pela exclusão do nexo causal, demonstrando força maior ou caso fortuito, fato de terceiro ou a culpa exclusiva da vítima, sendo, portanto, predominante no Brasil a *teoria do risco administrativo*[71].

Estas regras se aplicam aos hospitais públicos da União, dos estados e dos municípios, assim como às empresas públicas, autarquias e fundações, que, como defende a maioria da doutrina, estão no âmbito do direito público, especificamente no ramo do direito administrativo. Portanto, a responsabilidade que surge para o Poder Público é de natureza extracontratual, submetida às

69 *Advcoad*, 95/94.

70 Gustavo Tepedino. *Temas de Direito Civil*, p. 173-197.

71 Neste sentido, Apelação Cível 414/97, julgada no TJ/RJ, relator Des. Sergio Cavalieri Filho, responsabilizando objetivamente o município baseada na teoria do risco administrativo.

regras do direito administrativo, pois na relação entre paciente e hospital não se verifica contrato algum, o mesmo acontecendo na relação entre paciente e médico servidor público[72].

Ainda no campo da responsabilização do estado pelo fato do serviço (ato danoso praticado por servidor público que nesta qualidade causa o dano), grande parte da doutrina tradicional sustenta a inexistência de regime único. Destarte, se houver omissão do estado, que não evita resultado que deveria impedir, a responsabilidade será subjetiva devendo ser comprovada a culpa, aplicando-se a *teoria da falta impessoal.*

Por outro lado, a doutrina mais moderna, defendida por Gustavo Tepedino, afirma que este argumento não mais se aplica pois "a Constituição Federal, ao introduzir a responsabilidade objetiva para os atos da administração pública, altera inteiramente a dogmática da responsabilidade neste campo, com base em outros princípios axiológicos e normativos (dos quais se destaca o da isonomia e o da justiça distributiva), perdendo imediatamente base de validade o art. 15 do Código Civil (...)". Não cabe o argumento de que com esta ampliação o Estado seria responsabilizado por todos os danos, alcançando-se um extremo insustentável pois a responsabilidade objetiva admite as excludentes, incidentes estas sobre o nexo causal e não sobre a culpa, que nem é analisada.

O estado não será responsabilizado por todas as mortes e danos ocorridos em seus hospitais. A responsabilidade é objetiva mas são elementos desta, a atividade geradora do dano, o dano e o nexo causal. Como não se aplica a *teoria do risco integral*, pode o estado excluir a sua responsabilidade demonstrando o caso fortuito ou força maior, a culpa exclusiva da vítima ou o fato de terceiro[73].

O hospital público responde objetivamente pelos atos danosos de seus agentes e estes respondem regressivamente perante o ente público desde que demonstrada sua culpa ou dolo. Todavia, o Supremo Tribunal Federal tem diversas decisões possibilitando o ajuizamento de ação diretamente contra o servidor, em litisconsórcio facultativo com o estado, desde que o autor prove ter o agente laborado com culpa. Neste sentido, RTJ 115/1383; 106/1182; 96/237[74]. Mais modernamente, todavia, a denunciação à lide não vem sendo admitida, segundo reiteradas decisões do Superior Tribunal de Justiça, por não

72 Gustavo Tepedino. Obra cit., p.177 e 197. Este autor discorda quanto ao enquadramento da responsabilidade civil do Estado nos manuais de direito administrativo pois tal entendimento reduz a amplitude temática do direito civil. Complementa ainda, definindo que "o CDC admite, como fornecedor, toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira (art. 3º, Lei 8.078/90). A prestação de serviços públicos constitui, portanto, relação de consumo...". Isto leva à conclusão de que haveria um contrato de consumo entre o estado e o consumidor do serviço público.

73 Neste sentido decisão da 4ª Turma do TRF da 2ª Região, relator Des. Clécio Erthal.

74 Ruy Rosado Aguiar. Obra cit., p. 46.

haver identidade de fundamento das demandas e por representar a demonstração da culpa do agente um grande obstáculo à rápida reparação do Estado fundada sobre bases objetivas[75].

Quanto à propositura de ação diretamente contra o funcionário, com base na culpa, há igualmente interpretação restritiva pela doutrina, rejeitando-se esta possibilidade. Mas, a hipótese na jurisprudência não é rara, admitindo o Supremo Tribunal Federal "a ação contra o funcionário público direta e independentemente da ação contra o estado, facultando-se ao autor acionar um ou outro".[76]

Em relação ao INSS, há a possibilidade de prestação de serviços hospitalares através de hospitais particulares conveniados e médicos credenciados. Nestas hipóteses, por ter o INSS a obrigação de fiscalizar a prestação do serviço, é dele a responsabilidade pelos danos causados em seus pacientes segurados, respondendo segundo os termos do art. 37, § 6º da Constituição Federal. Neste sentido decisão do Tribunal de Alçada de Minas Gerais, no AI 135.591-7, de 24.11.92.[77].

Mas, em sentido diverso, acórdão do mesmo Tribunal, Apelação Cível 118.642 de 10.12.91, *in RT* 689/226, que decidiu pela responsabilização de clínica particular por erro de médico, cometido pelo anestesista, que não fez o exame pré-anestésico. Foi considerado irrelevante o fato de ser o anestesista remunerado pela Previdência Social e não pelo hospital. O fundamento utilizado foi a sub-rogação da preposição em decorrência do convênio entre o hospital particular e a Previdência Social. Cumpria ao hospital, por obrigação, cuidar de todos os preparativos de pacientes ali internados.

5.2 Responsabilidade das Clínicas e dos Hospitais Particulares

Como bem observa José Aguiar Dias, o hospital (a pessoa jurídica que o mantém) possui com o paciente um contrato hospitalar, donde advém duplicidade de deveres, sendo estes tanto de assistência médica (medicamentos, instalações, pessoal de enfermaria) quanto deveres de hospedagem (alojamento, alimentação), que correspondem a obrigações de meio.

Como bem explica o Ministro Ruy Rosado de Aguiar, o hospital não responderá pelos atos médicos quando este simplesmente utiliza as instalações do hospital para internação e tratamento dos seus pacientes. Logo, com a lição

75 Em sentido diverso, acórdão da 3ª Turma do TRF da 2ª Região. *RT* 730/361. Houve denunciação à lide e condenação dos médicos, com pagamento efetuado pelo hospital e posterior ressarcimento por parte dos médicos.

76 Gustavo Tepedino. Obra cit., p. 194.

77 Ruy Rosado Aguiar. Obra cit., p. 46.

complementadora de Sergio Cavalieri[78], se o médico é empregado do hospital, integra a sua equipe médica ou atua de qualquer forma subordinado à sua direção, ele não será responsabilizado pessoalmente. A responsabilidade abrange, portanto, também aquelas situações onde não existe uma relação de emprego, bastando que a pessoa jurídica utilize serviços de outra (o médico) através de uma relação que gere estado de subordinação[79].

Até a promulgação do CDC, em 11.09.90, prevalecia a aplicação do art. 1.521, III c/c art. 1.545 do Código Civil como fundamento da responsabilização dos hospitais e clínicas por atos culposos dos seus prepostos. Ainda neste período, com a evolução, fruto da própria interpretação jurisprudencial, passa a ser "presumida a culpa do patrão ou comitente por ato culposo do empregado ou preposto", Súmula 341 do STF. A prova da culpa do médico, no entanto, não era dispensada.

Todavia, a partir do advento da inovadora lei que instituiu o CDC no nosso ordenamento, em decorrência do art. 14, "caput" e § 4º, ficou estabelecido que, demonstrado o vínculo entre o hospital e o médico, haverá responsabilidade objetiva daquele para ressarcir os danos causados por *defeitos* na prestação do serviço ou pela *falta de informação* suficiente sobre os riscos, enquanto a responsabilidade pessoal do médico só será apurada mediante a verificação de culpa. Ao consumidor, neste caso o paciente, cumpre provar o dano e o nexo de causalidade, sendo que pelos termos do art. 6º, VIII, poderá o juiz inverter o ônus da prova, desde que verossímel a alegação ou se for o consumidor hipossuficiente.

O conceito de serviço defeituoso no CDC, art. 14 § 1º é aquele que "não fornece a segurança que o consumidor pode dele esperar, levando em consideração as circunstâncias relevantes, entre a quais, (i) o modo do seu fornecimento, (ii) o resultado e o risco que razoavelmente dele se esperam e (iii) a época em que foi fornecido". Neste sentido, desde que haja desproporção entre o resultado legitimamente esperado pelo paciente, e o alcançado, surgirá a obrigação de reparar o dano, por parte da clínica. Importante ressaltar que, por ainda não ter a doutrina definido claramente o que é defeito, é muito presente a confusão entre este conceito e o da culpa, que, na prática, muito se aproximam. Isto é facilmente demonstrado pela jurisprudência pois na maioria dos casos ainda se adota a culpa na caracterização da responsabilidade dos estabelecimentos.

Em relação à falta de informação, Acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, de 16.02.95, *in Revista do Direito do Consumidor* 18/200, reconhece a responsabilidade objetiva de hospital particular por ser este fornecedor de serviços, assumindo os riscos decorrentes da sua atividade. Demons-

78 Sergio Cavalieri. Obra cit., p. 281.

79 Orlando Gomes. *Obrigações*, p. 362.

trado que houve nexo entre a injeção aplicada por enfermeira do hospital, que atingiu **acidentalmente** (não houve culpa pois este erro é plenamente aceitável) o nervo da paciente e a necrose por infecção do nervo, surge o dever de indenizar com fulcro no art. 14 "caput" do CDC, pois não foram fornecidas à paciente as informações de que era possível este acidente. Cabem também os danos morais previstos no art. 6º, VI.

A norma do art. 1521, III do CC, nos casos de relação de consumo, está afastada pelo CDC, tornado inaplicáveis as lições doutrinárias de renomados juristas, como o próprio José de Aguiar Dias, pai da responsabilidade civil no Brasil. Deste entendimento partilham vários doutrinadores, de visão mais progressista, como Sergio Cavalieri Filho[80], Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin[81], Genival Veloso França[82], Gustavo Tepedino[83].

Todavia, em decorrência do misoneismo, típico dos juristas que tendem a se arraigar aos antigos entendimentos não recepcionando inovações, há ainda na doutrina brasileira considerável número de autores que negam a aplicação do art. 14 do CDC às clínicas e hospitais particulares afirmando a necessidade da prova da culpa do médico para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital.

Decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo confirma esta tese, inadmitindo a responsabilidade objetiva dos hospitais pois o que se põe em conta é o próprio trabalho médico. Cumpre-se provar que o médico agiu com culpa ou dolo para se receber a reparação[84].

Miguel Kfouri Neto considera esta decisão inovadora, pois houve "desconsideração da pessoa jurídica — cuja responsabilidade é objetiva —, alcançando-se a pessoa do médico — com o intuito de se verificar se o profissional agiu ou não com imperícia, imprudência ou negligência". O autor apoia esta decisão "por terem os serviços prestados pelo médico natureza especialíssima, devendo o dano médico ser apreciado sempre a partir do elemento culpa. Logo, a responsabilidade objetiva não se coaduna com a atividade médica, dada a singularidade do serviço prestado"[85].

Mas, cumpre-nos demonstrar ser mais adequada a doutrina, esta sim inovadora, que defende a aplicação da responsabilidade objetiva aos estabelecimentos, e não aos médicos pessoalmente, que só responderão por culpa. Por ser o paciente consumidor para quem se presta o serviço; o médico o fornecedor que desenvolve atividade de prestação de serviços e ligado à clínica pelo vínculo de subordinação; a saúde uma função pública, de caráter social, garantia de direito universal, aplica-se o CDC[86].

O fundamento dos que não aceitam o CDC por defenderem serem muito grandes os riscos destas atividades médicas não é aceitável já que a lei define a responsabilização do hospital somente pelos *defeitos* do serviço ou pela falta informação suficiente. Salientamos mais uma vez que para haver o dever de reparação são necessários nexo causal entre a conduta danosa e o resultado. "Quanto ao defeito o CDC estabelece uma presunção *iuris tantum* de sua existência, apresentando-se como o primeiro pressuposto — não só ontológico mas também axiológico — da responsabilidade objetiva"[87].

Em relação ao nexo causal, de acordo com o art. 14 § 3º, ficam previstas algumas excludentes da responsabilidade, afastando-se a teoria do risco integral. Caberá ao hospital demonstrar que o evento não decorreu de defeito mas de condições próprias do paciente, de culpa de terceiro — pessoa alheia a relação de consumo — ou de fato da natureza. Ainda nesta mesma corrente, por ser a responsabilidade da clínica objetiva e a do médico subjetiva, havendo vínculo entre estes, a ação será proposta contra o estabelecimento que depois, provando a culpa do médico, poderá exercer o direito de regresso. E, como estabelece o art. 6º, VI, cabe a reparação por danos morais.

Bibliografia

AGUIAR DIAS, José de. *Da Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1993, vol.1.

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. "Responsabilidade Civil do Médico", *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 718.

BARBOSA MOREIRA, Carlos Roberto. "Notas sobre a Inversão do Ônus da Prova em Benefício do Consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, 22/135.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, São Paulo: Saraiva, 1991.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil,* Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1944, v. 4.

80 Sergio Cavalieri Filho Obra cit., p. 282.

81 Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin. *Comentários ao Código de Proteção ao Consumidor*, p. 80.

82 Genival Veloso França. "O Código de Defesa do Consumidor e o Exercício da Medicina", *in Revista do Consumidor 13/56.*

83 Gustavo Tepedino. Obra cit., p 199-216.

84 TJSP — AI 179.184-1, relator Des. Marco Cesar, *in JTJ-LEX* 141/248.

85 Miguel Kfouri Neto. Obra cit., p.168-170.

86 Genival Veloso França "O Código de Defesa do Consumidor e o Exercício da Medicina", *in Revista Direito do Consumidor, 13/56.*

87 Gustavo Tepedino. Obra cit, p 199-216.

BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação Civil por Danos Morais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.
BRANCO, Gerson Luiz Carlos. "Aspectos da Responsabilidade Civil e do Dano Médico", *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, vol. 733.
CAHALI, Yussef Said. *Dano e Indenização. A Responsabilidade Civil do Estado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.
CASTRO FARIAS, José Fernando de. *A Origem do Direito de Solidariedade*, 1ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*, São Paulo: Malheiros, 1998.
FRANÇA, Genival Veloso. "O Código de Defesa do Consumidor e o Exercício da Medicina", *Revista de Direito do Consumidor* 13/56, São Paulo: Revista dos Tribunais,1995.
GOMES, Orlando. *Obrigações*, Rio de Janeiro: Forense, 1978.
KFOURI NETO, Miguel. *Responsabilidade Civil dos Médicos*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. "Responsabilidade Civil dos Médicos", *Responsabilidade Civil — Doutrina e Jurisprudência*, Coord. Des Yussef Said Cahali, São Paulo: Saraiva, 1988.
MAGALHÃES, Tereza Ancona Lopes de. *O dano estético*, 1997.
MIRANDA, Francisco Pontes de. *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro: Borsoi, 1954, Tomo 53.
MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rêgo. *Critérios de Reparação do Dano Moral*, monografia, Faculdade de Direito da UERJ, 1996, orientação de Gustavo Tepedino.
MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil*, São Paulo: Saraiva, 1976, v. 3.
NERY JR., Nelson. "Princípios Gerais do Código de Defesa do Consumidor", *Revista de Direito do Consumidor*, 3/5, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.
PANASCO, Wanderby Lacerda. *A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos*, Rio de Janeiro: Forense, 1979.
PENNEAU, Jean. "La Reforme de la Responsabilité Medicale". *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1990, n. 2, p. 525.
PIERANGELLI, José Henrique. *O Consentimento do Ofendido na Teoria do Delito*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.
REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*, São Paulo: Saraiva, 1995.
SANTOS, J. M. Carvalho. *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1956, v. XXI.
SALEILLE, Raymond. *Les Acidents du Travail et la Responsabilité Civile. Essai d'une Théorie Objetive de la Responsabilité Delictuelle*, Paris: Librarie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, Arthur Rousseau Éditeur, 1897.
SILVA PEREIRA, Caio Mário da. *Responsabilidade Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1998.
TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA REFORMA E CONTROLE DO PODER JUDICIÁRIO

GLAUCENIR SILVA DE OLIVEIRA

O mundo contemporâneo vive intensas, grandes e rápidas transformações, especialmente nas áreas de tecnologia, meios de comunicação e informática, o que, por si só, gera um aumento e evolução dos conflitos sociais.

É exatamente este aumento dos conflitos que, na maioria das vezes, desencadeia diversas e numerosas demandas judiciais, que vêm causando, entre outros fatores, uma hipertrofia nas atividades típicas do Poder Judiciário. Quer isto dizer que os magistrados estão, cada vez mais, sendo chamados pelos jurisdicionados a dar uma solução judicial e justa às suas demandas, a decidir a respeito de seus direitos e interesses.

Nesta seara é mister refletir, com a presteza que o tema requer, sobre o acesso à Justiça, sobre as funções e os poderes do magistrado, sem esquecer suas insuficiências e dificuldades, bem como sobre o papel e a importância do próprio Poder Judiciário, que deve, não obstante, pautar sua conduta nos ditames da Lei, atender legitimamente aos anseios e aspirações do cidadão jurisdicionado.

Vivemos hoje, felizmente, uma transformação social, com uma necessária evolução da consciência da sociedade em relação às suas necessidades e seus poderes paralelos e contrapostos aos poderes institucionais da República. O povo tem, hoje, consciência ou, no mínimo, noções sobre seus direitos, principalmente os consagrados na Constituição Federal, e sabe que, para garantia dos mesmos, pode e deve recorrer ao Judiciário em busca de uma prestação jurisdicional.

Entretanto, essas transformações não foram acompanhadas pela estrutura do Poder Judiciário e, principalmente, pelos instrumentos de que dispõe para desempenhar suas funções constitucionais. Esse fato gera a ineficiência da própria prestação jurisdicional, causando a insatisfação de quantos se socorrem da Justiça.

É preciso ressaltar, no entanto, que embora o Poder Judiciário tenha a sua parcela de culpa neste quadro que se apresenta, não se pode imputar a ele a culpa exclusiva, posto que inúmeros são os motivos deste problema, muitos dos quais externos à própria magistratura, inclusive de ordem política e que atravancam a modernização e a prestação eficaz da jurisdição.

Em primeiro lugar, deve-se esclarecer que tal problema não é exclusivo de nosso país, aflige também a todos os países mais desenvolvidos que têm a elogiosa iniciativa de discutir o assunto. Na França, por exemplo, busca-se uma reforma que dê ao Judiciário maior independência, especialmente no que concerne ao trato com os assuntos ligados às instituições e órgãos públicos.

No Brasil, ao contrário, fala-se em reforma e controle do Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que se busca uma reforma em toda a administração pública.

Quando se fala em reforma do Judiciário, encontra-se o apoio dos próprios magistrados de quaisquer tribunais do país, posto que ninguém melhor do que os próprios para saber que precisamos de reforma, e uma reforma ampla, não apenas na estrutura do Poder, mas na formação e composição de seus membros, além da modernização dos seus instrumentos de trabalho, passando pela análise acurada da legislação, que como é cediço, não é obra deste Poder da República, e sim do Legislativo.

Ocorre que se desencadeia no país, em torno da reforma e, principalmente do controle do Judiciário, discussões apaixonadas, sem a seriedade que o tema requer, descomprometidas com os verdadeiros anseios da sociedade brasileira e altamente comprometidas com alguns setores do governo e da política. Busca-se, entre outras coisas, retirar a independência do Judiciário no desempenho de suas funções, o que é por demais perigoso num país de instabilidade econômica e política, que é governado por políticos descompromissados com os interesses legítimos de nosso povo.

A primeira indagação que se faz é a quem interessa manietar o Judiciário, retirando-lhe a independência que a Carta da República lhe outorgou? A resposta é simples e encontra ressonância nos emaranhados dos poderes políticos e econômicos que dirigem os destinos do Brasil e de seu povo sofrido, que luta pela sobrevivência enquanto satisfaz, com seu trabalho e exploração de que é vítima, os interesses de alguns poucos.

Não é esta a diretriz que deve tomar o tema da reforma do Judiciário que, embora hoje com todas as suas deficiências, é imprescindível para a manutenção do Estado de Direito, para a garantia da ordem pública e, principalmente, para a garantia dos direitos dos cidadãos, nas suas relações para com os demais membros da sociedade e também frente ao próprio Estado enquanto Poder Público.

É mister encarar e solucionar os verdadeiros problemas por que passa o Judiciário brasileiro. De início, convém salientar que a crise não é peculiar do

Poder Judiciário, mas é uma realidade de todas as instituições públicas do país. Na realidade, o que está em crise é o Estado Brasileiro, que engloba os três poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário) e suas demais instituições, sejam da administração direta ou indireta.

Busquemos portanto, soluções sérias e realísticas para os nossos problemas institucionais, sem ataques demagógicos que visam a formar uma cortina de fumaça para encobrir os verdadeiros problemas do país e as falcatruas econômicas e políticas das quais tomamos conhecimento dia a dia pela imprensa e que não encontram a solução legal esperada (*v.g.*, o caso da pasta rosa, o escândalo dos bancos, o caso das ilhas Caimã, o caso das empreiteiras, a troca de favores políticos, o caso dos anões do orçamento etc.).

Como é cediço, ao Judiciário cabe a solução dos conflitos de interesses, aplicando a lei aos casos concretos, garantindo os direitos dos cidadãos, inclusive contra o Governo e sua administração, se a demanda assim exigir e o permitir. Tal mister só poderia ser confiado a um Poder distinto do Legislativo e do Executivo e, para desempenho desta missão, seus membros necessitam de algumas garantias constitucionais, entre as quais se delineia a da INDEPENDÊNCIA.

Esta é uma garantia funcional, que é própria da instituição e que garante ainda a necessária IMPARCIALIDADE do magistrado, como princípio da jurisdição.

Esta garantia é por demais importante num Estado de Direito, posto que evita a influência sobre os juízes de fatores e pressões externas à magistratura, como injunções políticas e econômicas, tanto de setores privados quanto de segmentos do Poder Público, envolvidos com a política. Isto porque, além de garantir os direitos do cidadão frente ao Estado e seus órgãos, o Poder Judiciário decide, não raras vezes, litígios entre os Poderes Legislativo e Executivo.

Assim, imprescindível se torna a garantia da independência dos magistrados na prestação jurisdicional, para que se não vejam pressionados e impelidos, por questões menos dignas, a abandonar a sua imparcialidade e a decidir em desacordo com suas convicções humanas, jurídicas e legais.

Aliás, deve-se registrar que a atual Constituição Federal atribuiu ao Judiciário não apenas o seu histórico papel de solucionador de conflitos de interesses e aplicador da lei, mas ampliou seus horizontes, atribuindo-lhe agora também uma função política, visto que é árbitro de conflitos coletivos e questões de massa, além de ter poderes para analisar a licitude e moralidade dos atos da Administração Pública, que afetam e mesmo ferem os interesses legítimos dos administrados, velando pela observância do disposto no art. 37 da Carta da República.

É preciso melhorar o acesso à Justiça, principalmente no que concerne às camadas mais pobres da população que, via de regra, têm seus direitos desres-

peitados pela força do poder econômico ou político, em razão da dificuldade em buscar uma prestacão jurisdicional.

Neste passo, já se progrediu bastante com a criação e funcionamento dos juizados especiais, criados pela Lei 9.099/95, que desburocratizou a Justiça, propiciando um acesso mais rápido e barato (inclusive com isenção de custas judiciais) a ela pelos menos favorecidos.

A própria Defensoria Pública institucionalizada, que teve como marco a instituição existente no Estado do Rio de Janeiro, é hoje um dos principais pilares e porta de entrada para os hipossuficientes no acesso à Justiça. Infelizmente, esta elogiosa instituição está a merecer maior atenção por parte do Estado, eis que passa por diversas dificuldades, inclusive com evasão de valorosos profissionais que migram para outras carreiras jurídicas, à busca de melhores condições de trabalho.

Outro problema enfrentado pela magistratura é a insuficiência de juízes em nosso país. Atualmente, contamos com um juiz para cerca de 29.000 (vinte e nove mil) habitantes, número bastante inexpressivo.

O referido problema se agrava ainda mais em razão do excessivo e crescente número de demandas judiciais, o que é fruto da conscientização do povo a respeito de seus direitos e interesses, o que faz com que acorram ao Judiciário, em busca de uma resposta a um litígio formado. Parece que a insuficiência do número de magistrados está inserido numa bola de neve crescente e sem solução.

Os próprios juizados especiais que, a princípio, desafogaram os juízos comuns, ante a divisão de competência pela matéria e pelo valor da causa, desburocratizando a justiça e proferindo julgamentos rápidos, já não estão mais conseguindo cumprir satisfatoriamente o seu papel, necessitando de uma reforma estrutural, posto que absurdo é o número crescente de reclamações a serem julgadas.

É de se notar que, em razão da gratuidade de seus serviços, aliado a outros fatores, muitas pessoas levam ao juizado demandas indignas dos serviços judiciários, fadadas ao insucesso, mas que contribuem para o inchaço de processos em suas secretarias, retirando do juiz o pouco tempo que tem para dedicar-se às demandas realmente sérias e merecedoras de atenção.

Importante frisar ainda que o Brasil é palco de uma sucessão de leis e medidas provisórias polêmicas e geradoras de diversos conflitos de interesses e que, via de regra, pelo cunho político que as informam, causam também um expressivo aumento de demandas judiciais, especialmente quando versam sobre planos econômicos, que afetam toda a sociedade, como ocorreu com os planos Bresser, Collor, Real etc.

Outro fator que merece destaque no processo de engessamento do Judiciário, tornando-o moroso, atine com a grande diversidade de procedimentos

existentes em nossas leis processuais, aliada ao excessivo número de recursos previstos nos ordenamentos jurídicos processuais.

De fato, nossas leis processuais primam pela burocracia, pela valorização dos procedimentos, muitas vezes desnecessários, posto que se traduzem em meras formalidades sem qualquer efeito prático e que tendem a procrastinar a decisão judicial definitiva. Os recursos são por demais numerosos, fazendo com que, muitas vezes, os feitos passem por quatro instâncias, até chegar ao STF, quando então encontrará a solução definitiva.

Tal sistema recursal é procrastinatório e desnecessário, devendo-se encontrar uma solução mais rápida e eficaz para o problema, sem se sacrificar o constitucional direito à amplitude de defesa. O próprio STF, que deveria ser apenas o guardião da Constituição Federal, uma verdadeira Corte Constitucional, foi transformado irregularmente em quarta instância recursal.

Não é demais salientar que outros fatores também contribuem para a morosidade da Justiça, como o despreparo de muitos advogados, especialmente os mais novos na carreira, e a atuação de certas procuradorias autárquicas.

Na prática, os juízes podem observar que quando um processo é patrocinado por advogados experientes e conhecedores das leis, materiais e processuais, os mesmos acabam por auxiliar o magistrado no desempenho de seus místeres, posto que postulam corretamente os eventuais direitos e interesses de seus clientes, utilizando-se dos remédios processuais adequados à questão. Foi com esta visão que a advocacia foi alçada à categoria de função essencial à administração da Justiça, nos termos do disposto no art. 133 da Magna Carta.

Ao contrário, a inexperiência e a falta de conhecimento das leis, sejam materiais ou processuais, por parte de expressivo contingente daqueles nobres profissionais, acabam por tumultuar o processo, fazendo com que o juiz, como dirigente do feito, dedique maior tempo à cognição da causa, o que procrastina ainda mais a solução final.

Na mesma linha de raciocínio, deve-se citar que algumas procuradorias autárquicas usam de expedientes procrastinadores, com a utilização de recursos fadados ao insucesso, em matérias, muitas vezes, já pacificadas na doutrina e especialmente na jurisprudência, inclusive nos tribunais superiores. Tal expediente apenas retarda a conclusão de um processo, com a prolação da sentença final. É o que ocorre exemplificativamente com as demandas que envolvem o INSS.

Uma das propostas de solução para este problema diz respeito à adoção das chamadas súmulas vinculantes, que tantas polêmicas e discussões têm gerado no meio jurídico, contando com votos favoráveis e contrários de renomados juristas e magistrados estudiosos do assunto.

O principal argumento favorável à adoção do efeito vinculante das súmulas de jurisprudência consiste em acelerar as decisões judiciais, possibilitando uma

resposta jurisdicional mais rápida, desafogando o Judiciário, em relação às causas cujas matérias e soluções já estejam sumuladas.

Conquanto o argumento seja nobre e com benéficos efeitos na prática judiciária, há outras questões importantes que se ligam ao asssunto e que não podem ser esquecidas pelos cultores do direito.

Refiro-me aos inconvenientes e, até mesmo, à inconstitucionalidade que a adoção das súmulas vinculantes pode causar. Com a finalidade de reduzir a multiplicação dos processos, desafogando o Judiciário, esquecem seus defensores que tal instituto, que se quer criar, importa em engessar ou robotizar o magistrado no desempenho de suas funções, especialmente os que compõem a primeira instância.

A inconstitucionalidade do instituto ganha contornos quando se depara com o princípio constitucional da independência funcional dos juízes (art. 95 da CF/88), posto que a sentença a ser proferida em um processo que verse sobre matéria já sumulada terá que, obrigatoriamente, observar a súmula vinculante, independente da convicção jurídica e pessoal do magistrado que está presidindo o processo.

Não me parece a melhor solução, visto que a atividade de julgar é uma atividade puramente intelectual, onde o juiz, após fazer uma análise dos fatos e das provas produzidas no feito, utiliza seus conhecimentos da lei, doutrina, jurisprudência e outras fontes do direito, para então formar a sua convicção fundamentada.

Tal engessamento da atividade intelectual do juiz implicaria em uma estagnação da jurisprudência pátria, exceto a elitizada nos tribunais superiores, justamente em nosso país onde a jurisprudência é a mais fecunda e criativa do mundo contemporâneo. As súmulas de jurisprudência sempre foram uma fonte subsidiária para auxiliar o juiz no julgamento de uma demanda, mas nunca com efeito obrigatório.

Com a máxima vênia aos cultores do entendimento contrário, a adoção do efeito vinculante suprime a liberdade de pensamento e a inteligência do juiz, esterilizando-a.

Entendo de bom alvitre citar o entendimento moderado do eminente professor Diogo de Figueiredo, segundo o qual, "O polêmico efeito vinculante, embora tenha seus conhecidos inconvenientes técnico-doutrinários, poderia vir a ser adotado restritamente em relação às decisões pacificadas dos dois mais elevados tribunais do país e, naturalmente, com todas as necessárias cautelas para não engessar a jurisprudência, abrindo-se a possibilidade de, demonstrada a existência de novos fatos e de novas considerações, serem admitidos discricionariamente, recursos extraordinários ou especiais àquelas duas Cortes." (Revista da EMERJ, vol. 1, n. 3).

Mais polêmico que a questão da reforma do Poder Judiciário é o tema de seu controle, especialmente o denominado controle externo, que suscita, além da polêmica inerente ao assunto, discussões apaixonadas e comprometidas com a política congressista.

A crise por que passa o Judiciário vem ganhando cada vez mais espaço na mídia, sobretudo televisiva, divulgando a idéia de que sobre ele deve pesar um controle externo, a ser exercido por um órgão formado por membros alheios ao Judiciário, especialmente políticos integrantes do Congresso Nacional, o que dá, evidentemente, um cunho eminentemente político ao referido órgão de controle.

Logo de início, salta aos olhos que tal controle, exercido por um órgão político, seria inteiramente inconstitucional, posto que possibilitaria a ingerência de um poder do Estado em outro, o que é vedado pela Constituição, que consagra, como um de seus princípios, a separação e independência dos poderes.

Ressalte-se o fato de que um controle exercido por pessoas estranhas ao Judiciário, além de ser inconstitucional, não traria qualquer melhoria na qualidade da prestação jurisdicional, visto que não conhecem os meandros e as dificuldades enfrentadas pelos magistrados como um todo e individualmente, o que só pode ser feito com chances de sucesso por integrantes da instituição.

De outra forma, não se pode admitir um diligenciamento político da Justiça, posto que política e assuntos jurídicos não podem e não devem se misturar, o que traria um estado de insegurança jurídica em desfavor do cidadão, manietando a magistratura nacional, retirando-lhe a independência e imparcialidade inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Na realidade, com a proposta do famigerado controle externo, tenta-se dissimular a tentativa de gerar uma submissão do Poder Judiciário ao desacreditado poder político que, inúmeras vezes, tem seus interesses decotados por encontrarem a barreira judicial na garantia dos interesses maiores do país e do cidadão.

Toda vez que os interesses políticos poderosos, sobretudo de segmentos facilmente identificáveis do Congresso Nacional, são algemados por uma decisão acertada da Justiça, cresce o movimento pelo controle externo, totalmente descompromissado com a seriedade e os interesses da sociedade.

Esta é a verdadeira razão que impulsiona a tentativa de retirar do juiz a sua independência funcional, o que sói inconstitucional, por atentar contra a cláusula pétrea da separação dos poderes (art. 60, § 4º, inc. III da CF/88) e causa graves e imprevisíveis riscos para os direitos e garantias fundamentais do cidadão, facilitando o rompimento do Estado de Direito.

Por outro lado, o controle do Judiciário já existe, de ordem interna e externa.

Na ordem interna, o controle das atividades dos magistrados é realizada desde a posse dos novos juízes e investidura no cargo até o seu desligamento das atividades judicantes.

Após a aprovação em um rigoroso concurso público de provas e títulos, o magistrado passa por um período de aprovação com vistas à sua vitaliciedade, com duração de dois anos. Durante este período, ele é fiscalizado de perto por um conselho formado por desembargadores, que analisam a vida funcional do juiz, suas decisões, sentenças, relacionamento com os demais profissionais do direito e com os jurisdicionados.

Os juízes passam ainda por cursos de aperfeiçoamento que, no Estado do Rio de Janeiro são realizados pela EMERJ, de cunho obrigatório, visando à intensificação do conhecimento teórico e prático do magistrado, aperfeiçoando-o para o desempenho de suas funções.

Deve-se ainda ressaltar a atividade de fiscalização administrativa exercida pela Corregedoria de Justiça e pelo Conselho da Magistratura sobre as atividades e conduta dos juízes. Isto sem falar na fiscalização da atividade funcional e moral dos magistrados, valendo lembrar que no campo penal, em curto espaço de tempo, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro julgou e condenou 05 (cinco) juízes por prática de ilícito penal, afastando-os de seus cargos.

No que concerne ao controle externo, este já é levado a efeito por disposições constitucionais em casos expressamente previstos. É o caso da previsão do julgamento dos ministros do STF pelo Senado Federal nos crimes de responsabilidade, na participação da OAB nos concursos públicos para ingresso na carreira, na composição dos membros dos tribunais, inclusive superiores, por membros da advocacia e do Ministério Público (quinto constitucional), na decisão do Senado Federal sobre a composição do tribunais superiores etc.

Em todos estes casos, há a participação de pessoas ou órgãos alheios à judicatura na composição da magistratura nacional, o que se transmuda em uma espécie de controle externo.

A escolha de ministros das duas mais altas cortes de Justiça do país pelo Presidente da República com a chancela e aprovação posterior do Senado, além de consistir em um verdadeiro controle externo, significa uma exceção ao princípio constitucional da separação de poderes, bem como uma forma de intromissão daqueles poderes políticos nos assuntos do Judiciário.

Este sistema de escolha de magistrados para os tribunais superiores, corre o risco de não selecionar o candidato que, eventualmente, ostente maiores méritos e causa uma verdadeira politização da magistratura. Não é o sistema ideal, posto que aqueles órgãos de cúpula do Poder Judiciário, não raras vezes são chamados a decidir questões que envolvem o governo e o Congresso Nacional, envolvendo questões políticas, sobretudo o STF, imbuído de sua competência constitucional.

Data vênia, as escolhas político partidárias de magistrados comprometem a independência e imparcialidade inerentes à judicatura e prejudicam a confiabilidade pública na magistratura, sobretudo em um país de poucas tradições, de

cultura ainda incipiente, marcado por conflitos sociais e políticos de momento e cujas práticas políticas não são nada edificantes e positivas para o povo e para o aprimoramento das instituições. Deve-se evitar, assim, o perigo da politização dos tribunais do país.

Como divulgou acertadamente a revista Veja, em matéria intitulada **sem lei nem ordem**, publicada em 11 de dezembro de 1996, os brasileiros nunca procuraram tanto os tribunais para garantia dos seus eventuais direitos, mas esclarecia ainda que os juízes não conseguem dar vazão às demandas cada vez mais crescentes. Apontou algumas das razões enfocadas no início deste modesto trabalho, como a causa da ineficiência do Judiciário.

Segundo a interessante matéria, desde o ano de 1.998, o número de processos em tramitação em todas as instâncias da Justiça aumentou cerca de nove vezes, havendo mais de 06 (seis) milhões de processos em andamento. Em razão inversa, o número de juízes diminuiu consideravelmente havendo, só no Estado do Rio de Janeiro, aproximadamente 150 (cento e cinquenta) vagas a serem preenchidas, apesar da realização constante de concursos públicos para este fim, mas que não logram aprovação de candidatos suficientes ao desempenho da função.

Há espaço para se levantar diversas outras questões acerca dos problemas e deficiência do Poder Judiciário, que contribuem para a sua chamada crise. No entanto, qualquer rotulação e tentativa de diminuir suas atribuições e seus poderes, de intimidar os magistrados retirando-lhes a independência no desempenho de suas funções são, no mínimo, irresponsáveis e levianas.

O Judiciário lutou durante séculos para adquirir a sua real independência, desvinculando-se dos interesses e pressões exercidas desde a idade média pelos grupos políticos e econômicos que, hodiernamente vêem seus interesses menos legítimos coartados pela judicatura que, em suas decisões, atende aos mandamentos legais e constitucionais, sempre em busca do bem comum e da paz social, nos termos do que dispõe a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 5º.

Em hipótese alguma se pode admitir a eliminação ou mesmo diminuição dos poderes e da independência do magistrado ao julgar de acordo com seu livre convencimento, o que significa uma verdadeira garantia de imparcialidade e segurança para o jurisdicionado, especialmente a parte mais fraca em uma demanda.

A sociedade brasileira não tem conhecimento das dificuldades e angústias por que passa um magistrado na labuta de seu dia a dia, do volume de trabalho imposto pelo grande número de processos afetos à sua cognição, bem como da natural solidão enfrentada pelo juiz em razão de suas funções, inclusive o abandono de sua família e seus amigos, ante a necessidade de dedicação às suas funções.

Existe no próprio seio do Judiciário a consciência de que se faz mister uma reforma urgente deste Poder da República, de índole estrutural, administrativa e funcional, mas que deve ser acompanhada de uma modificação dos mecanismos e diplomas processuais, de transformação dos procedimentos para que sejam mais expeditos e menos formais, valorizando o princípio da instrumentalidade das formas.

Inúmeras propostas positivas vêm sendo apresentadas para a melhoria e maior eficácea da função jurisdicional, mas são inaceitáveis quaisquer delas que visem a tolher a independência e a imparcialidade do Judiciário como Poder predisposto a garantir os direitos constitucionalmente consagrados, por atentar contra o Estado Democrático de Direito.

Muitas das propostas positivas são viáveis e de simples implantação, mas nota-se uma inconteste ausência de vontade política dos demais Poderes (legislativo e executivo) em eliminar as deficiências do Judiciário, visto que tal importaria em fortalecimento deste último, o que é indesejável do ponto de vista político, até porque é o Judiciário o único Poder acessível à população que a ele recorre em face da conduta dos poderes públicos de desrespeitar os direitos dos cidadãos, seja nos atos típicos da administração, seja nas relações jurídicas mantidas com os mesmos.

Enfim, façamos uma ampla reforma no Judiciário e lutemos por ela, mas com seriedade e compromissados com os anseios legítimos do povo brasileiro, sem discursos políticos irresponsáveis e comprometidos com a manutenção do sistema de exploração e privilégios econômicos, sociais e politiqueiros no parlamento nacional.

CLÁSSICOS

DISCURSO DE POSSE

SAN TIAGO DANTAS

Discurso proferido a 30 de agosto de 1940 ao tomar posse da cadeira de Direito Civil da Faculdade Nacional de Direito da Universidade do Brasil.

Eu faltaria com a verdade para comigo mesmo e para convosco, se vos dissesse que esta grande hora é, para mim. uma hora de contentamento. Os caminhos do coração são difíceis. Os sentimentos formam, não raro, dentro de nós, combinações que não deciframos.

A alegria é que me invade, certamente, quando me ponho a considerar a desmedida recompensa que esta cátedra representa para os estudos a que dediquei a juventude. Com alegria, revejo neste instante os anos ainda próximos da minha vida acadêmica, quando se me impôs, como uma sugestão irresistível, o ideal do magistério jurídico. Revejo muitas cenas desses tempos de estudante, romemoro o formar-se das esperanças e das ambições, sinto de novo ao meu lado o apoio dos que me encorajaram, e vendo chegar tão cedo a recompensa extrema a que aspirara, não posso dominar o júbilo que me enche o peito, e meu pensamento parte ao encontro de meu pai, que a esta hora, no seu veleiro, está singrando o oceano.

Se, porém, me concentro sobre o sentido desta cerimônia, uma idéia grave não tarda a vir mudar o rumo destas emoções. Sinto que ao ocupar tão cedo esta cátedra, não estou apenas vencendo uma etapa da minha carreira, mas estou escolhendo e assumindo o meu destino. Ora, o encontro do homem com o destino não se dá sem amargura. Pouco importa saber que combatemos para o alcançar. O que pesa em nós é um sentimento indefinido e irresistível; talvez nesta nossa condição humana, plasmada na hesitação e na dúvida, é o sentimento que nos deixa a renúncia à disponibilidade em que um momento antes nos achávamos.

O que experimento agora, meus senhores — e vós escusareis que antes de vos dizer os meus propósitos, eu vos comunique as minhas emoções — é precisamente esse sentimento de que terminou a disponibilidade dos primeiros anos, e de que o destino se enunciou diante de mim como uma lei, definindo a posição e o rumo dos meus trabalhos futuros. Professor é o que serei; a existência do professor será a minha existência; meus ideais, meus trabalhos, minha vida pública, quero que se contenham no professorado, e, se possível, que dele irradiem.

E é aí que um terceiro sentimento vem combinar-se ao júbilo e à secreta amargura que esta solenidade encerra para mim. O entusiasmo, não o que transparece numa exaltação externa, mas o que faz ferver nas veias as nossas energias; mais profundas, enche-me o peito de estímulo para trabalhar ao vosso lado e partilhar a tarefa que vos impusestes, de estudar e ensinar o Direito.

Essa tarefa assume nos dias de hoje um sentido e um alcance que em raras oportunidades históricas tem tido: vivemos em quase todos os países sob o sentimento da inutilidade do Direito. As lutas sociais, as grandes revoluções que inclinaram aos seus ideais políticos os sistemas de Direito Positivo, as guerras que fizeram tábua rasa dos princípios e formas do Direito Internacional, reacendem no espirito público a opinião de que a norma jurídica é de uma fragilidade que a torna inútil e de uma versatilidade que, a bem dizer, a identifica com o arbítrio do soberano. Fala-se mesmo numa decadência do Direito, que parece pairar sobre as instituições em ruína, e solapada pela inundação das leis especiais que se avolumam cada vez mais, em todos os países, oscila a estrutura da ciência do Direito construída pelos explicadores do Direito Romano.

Eu, porém, não duvidaria em afirmar que a hora que passa, considerada apenas do ponto de vista da ciência jurídica, é uma hora salutar. Nada falseia mais o espírito jurídico, nada o afasta mais perigosamente do seu verdadeiro sentido, do que a convicção, favorecida pelos longos períodos de estabilidade, de que a vida social deve ajustar-se aos conhecimentos jurídicos, em vez de se adequarem estes àquela. Digo muito de propósito "conhecimentos jurídicos", pois é nisso que reside a anormalidade da convicção. A ciência do Direito calca-se sobre as normas jurídicas, como o conhecimento se calca sobre o objeto. Não tarda, porém, que ela aspire a se tornar uma norma jurídica ela própria, e desse abuso nasce outro maior, — a opinião de que o Direito está em decadência todas as vezes que surgem da lei ou dos tratados normas que extravasam dos quadros científicos pré-elaborados.

Acresce que em todo desequilíbrio social extenso e profundo, causador de uma ação política ou de uma ação privada que as normas jurídicas não regulam, nós devemos ver um sinal de que o sistema de normas está exigindo revisão mais ou menos ampla, pois o Direito é a disciplina do equilíbrio social, e a sua

excelência se mede pela exatidão com que modera e contrasta as forças em trabalho pela desagregação da sociedade.

A hora em que vivemos, é, assim, duplamente salutar para a orientação do pensamento jurídico. Os fatos sociais que se consumam sem o conduto das leis, tornando-as inúteis ou desviando-as de seus fins, não fazem tanto o elogio da força como fazem a critica do próprio Direito, e apontam ao legislador o caminho das inovações e das reformas.

E por outro lado a legislação especial, rápida, abundante, embora instável e nem sempre coerente, vem trazer um abalo saudável à antiga sistemática, e lembrar aos professores que os textos legislativos são as fontes diretas dos seus estudos e o ponto legítimo de partida para as suas generalizações.

Nenhuma disciplina parece estar tão comprometida pelo momento de transição que vivemos, como o Direito Civil, e nenhum trabalho, como o do civilista, pode ser produtivo se for exato e prudente. Nas outras províncias do Direito as transformações se fazem com rapidez e com rapidez também se desfazem. No Direito Público, no Direito Constitucional, especialmente, as mudanças se operam de alto a baixo, com a presteza dos acontecimentos políticos que de um golpe reestruturam a sociedade. Disciplinas que lidam com grandezas macroscópicas, extremamente acessíveis às idéias filosóficas, dóceis ao pensamento especulativo, aparentam-se mais com a ordem dos conhecimentos abstratos e as transformações por que passam não são irremediáveis.

O Direito Penal sempre foi a disciplina especulativa por excelência, o campo em que as idéias sobre a vida moral mais ardentemente se contendem.

O Direito Civil é, porém, o campo das aquisições lentas, das transformações aluvionais. Lidando com grandezas microscópicas, penetrando nos alvéolos sociais, analisando e perquirindo os tecidos; decompondo as células, o trabalho do civilista não atinge a forma geral, mas atinge a substancia, fixa os detalhas da sociedade. Quantas vezes uma grande transformação política deixa inalterada a vida civil, deixa de pé o sistema de valores sobre que a existência dos indivíduos repousava! E quantas vezes sob uma estrutura política que os séculos conservam, transformam-se o espírito, a forma e estilo da vida privada, e acusam-se na ordem jurídica as mais completas mutações moleculares!

Caberá à ciência do Direito Civil registrar as alterações profundas que os tempos de hoje parecem estar trazendo não só à vida do Estado, mas à vida do povo. No seu trabalho de síntese e sistematização das instituições novas, reconhecendo a abdicação de certos princípios e entronização de outros, concedendo uma alteração de sistema, abolindo um aforismo, identificando ou separando dois institutos, vai o civilista executando a paciente alquimia de que sai transformada a substância da sociedade.

Nele se hão de reunir e combinar dois elementos sem os quais será falseado o seu trabalho; o espírito conservador do sistema e a docilidade às normas

jurídicas. O espírito conservador é talvez a essência do espírito civilístico, e se exprime naquela tendência que os jurisconsultos romanos levaram à perfeição, de ligar o novo ao antigo, de conquistar para o moderno os brasões do passado, só reconhecendo no sistema uma alteração, quando os seus quadros são inflexíveis à recepção do fato novo. O segundo elemento — a docilidade às normas — é o que dá vida e autenticidade ao trabalho do jurista, e impede que o seu ensinamento recaia sobre um sistema hipotético, diferente na verdade do que rege as relações humanas na vida real.

Integrado nesses seus elementos de vida, quem duvidará da excepcional missão que o mundo moderno reserva ao civilista? É em outros domínios do Direito que as idéias novas travam seus combates, mas o Direito Civil é o campo de escolha e de fixação das vitórias definitivas. Ele ainda tem para a mocidade um alto sentido educativo, qual seja o de acostumá-la aos estudos pacientes, que não atraem pelo brilho, nem oferecem prontamente o gosto dos pontos de vista, nem alimentam o orgulho das originalidades de opinião. O Direito Civil é estudo ascético, em que as colheitas são tardias; paciência, constância, método e tempo são, mais do que quaisquer outras, as condições do êxito. Não pode, assim, haver melhor escola para a formação mental da mocidade, num país como o nosso, em que se prestigia demais o dom da improvisação e o brilho da inteligência, e em que os moços — e mesmo os velhos — se satisfazem com as facilidades de um como que barroquismo intelectual.

Foi o entusiasmo crescente pelos estudos civilísticos que me levou, senhores professores, à ousadia de procurar o vosso convívio, partilhando as responsabilidades do ensino de uma disciplina que aqui foi e continua a ser professada por alguns dos homens de leis mais preclaros que tem produzido o Brasil.

Relembro neste instante, homenageando na sua veneranda figura todos os passados titulares, o jurisconsulto genial, que eu mesmo ainda encontrei nesta Faculdade, lecionando o seu último curso sobre o Direito das Obrigações: LACERDA DE ALMEIDA. E igualmente rendo as minhas homenagens aos titulares de hoje, ao Doutor FILADELFO DE AZEVEDO, pertencente à linhagem dos maiores jurisconsultos brasileiros, ao Doutor HAHNNEMANN GUIMARÃES que introduziu, entre nós, a cultura universitária nos moldes dos grandes centros de estudo, e a eles associo já o Doutor ARNOLDO DE MEDEIROS, de quem nunca me considerei nem fui concorrente, tantos e tão indiscutíveis eram os seus títulos à sucessão de SÁ PEREIRA.

Não quero encerrar estas palavras, sem dizer aos meus eminentes colegas da Escola Nacional de Belas-Artes o quanto me confrange deixar a sua companhia, no dia de hoje. Ali passei os anos melhores da mocidade, cultivei e obtive a amizade de homens ilustres e íntegros, de cujo exemplo e palavras fiz grande cópia de ensinamentos. Se os deixei, foi porque a outros campos me impelia o natural desenvolvimento dos meus estudos jurídicos, mas, por longo

tempo, ainda sentirei em torno de mim o calor do seu convívio e o daqueles estudantes que me deram a inesquecível prova de afeto de, por três anos sucessivos, me fazerem seu paraninfo.

E agora terminarei, tomando um compromisso com os meus novos alunos, nos quais prefiguro as gerações que passarão sob o meu magistério. Prometo-lhes que esta cadeira que hoje assumo, eu a exercerei com amor e com indeclinável entusiasmo. Hei de amá-la, como sempre se ama o que se custou a conquistar. Ela me custou não só o esforço e o trabalho aturado durante anos, como a luta contra os obstáculos que à posse de uma cadeira sempre se nos antolham; antipatias fundadas em antigas atitudes assumidas na minha modesta, porém clara e inequívoca vida pública, intrigas que se fazem mais perigosas quando disfarçadas na amabilidade e na blandícia, tudo isso serve para estreitar ainda mais os laços que nos prendem ao objeto desejado, e para criar entre ele e nós um vinculo Indissolúvel, pois os tecidos são mais fortes no lugar das cicatrizações.

Desse amor pela cátedra, desse sentimento vivo de ser ela uma conquista e um lar, é que desejo nutrir o meu magistério, suprindo pela dedicação e pelo esforço um pouco do muito que me falta para me igualar aos meus pares. Possa eu ser, entre vós, um professor digno: é o que fervorosamente desejo e espero de mim.

DISCURSOS

A EMANCIPAÇÃO DO SER HUMANO COMO SUJEITO DO DIREITO INTERNACIONAL E OS LIMITES DA RAZÃO DE ESTADO[1]

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE[2]

1. Que sejam minhas primeiras palavras de sinceros agradecimentos à Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), na pessoa de seu Magnífico Reitor, Professor Dr. Antônio Celso Alves Pereira, pela decisão de conferir-me a medalha da "Ordem do Mérito José Bonifácio" no grau de Gran-Oficial. Como este gesto generoso de tão importante Instituição acadêmica brasileira, representada por seus ilustres Reitor e Professores presentes nesta solenidade, se prende, como presumo, ao que tenho buscado realizar no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, permito-me desenvolver algumas reflexões a respeito, voltadas à emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional e ao reconhecimento dos limites da razão de Estado.

2. Os grandes pensadores contemporâneos que se dispuseram a extrair as lições que levaremos deste século coincidem em um ponto capital, tão bem ressaltado, por exemplo, nos derradeiros escritos de Bertrand Russell, de Karl Popper, de Isaiah Berlin, dentre outros: nunca, como no século XX, se verificou tanto progresso na ciência e tecnologia acompanhado tragicamente de tanta destruição e crueldade; nunca, como em nossos tempos, se verificou tanto aumento da prosperidade acompanhado de modo igualmente trágico de tanto

1 Discurso do Professor Antônio Augusto Cançado Trindade, Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, na solenidade de outorga da medalha da "Ordem do Mérito José Bonifacio" no Grau de Gran-Oficial, realizada no salão nobre da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), no Rio de Janeiro, em 9 de julho de 1999.

2 Ph.D. (Cambridge), Juiz Vice-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Professor Titular da Universidade de Brasília e do Instituto Rio-Branco, Membro Associado do *Institut de Droit International*.

aumento — estatisticamente comprovado — das disparidades econômico-sociais e da pobreza extrema! O crepúsculo deste século desvenda um panorama de progresso científico e tecnológico sem precedentes acompanhado de padecimentos humanos indescritíveis.

3. Ao longo deste século de trágicas contradições, do divórcio entre a sabedoria e o conhecimento especializado, da antinomia entre o domínio das ciências e o descontrole dos impulsos humanos, das oscilações entre avanços e retrocessos, gradualmente se transformou a função do direito internacional, como instrumental jurídico já não só de regulação como sobretudo de *libertação*. O direito internacional tradicional, vigente no início do século, marcava-se pelo voluntarismo estatal ilimitado, que se refletia na permissividade do recurso à guerra, da celebração de tratados desiguais, da diplomacia secreta, da manutenção de colônias e protetorados e de zonas de influência. Contra esta ordem oligárquica e injusta se insurgiram princípios como os da proibição do uso e ameaça da força e da guerra de agressão (e do não-reconhecimento de situações por estas geradas), da igualdade jurídica dos Estados, da solução pacífica das controvérsias internacionais. Deu-se, ademais, início ao combate às desigualdades (com a abolição das capitulações, o estabelecimento do sistema de proteção de minorias sob a Liga das Nações, e as primeiras convenções internacionais do trabalho da OIT).

4. Em meados do século reconheceu-se a necessidade da reconstrução do direito internacional com atenção aos direitos do ser humano, do que deu eloqüente testemunho a adoção da Declaração Universal de 1948, seguida, ao longo de cinco décadas, por mais de 70 tratados de proteção hoje vigentes nos planos global e regional. Na era das Nações Unidas consolidou-se, paralelamente, o sistema de segurança coletiva, que, no entanto, deixou de operar a contento em razão dos impasses gerados pela guerra fria. O direito internacional passou a experimentar, no segundo meado deste século, uma extraordinária expansão, fomentada em grande parte pela atuação das Nações Unidas e agências especializadas, ademais das organizações regionais, estendida também ao domínio econômico e social, a par do comércio internacional.

5. A emergência dos novos Estados, em meio ao processo histórico de descolonização, veio marcar profundamente sua evolução nas décadas de cinqüenta e sessenta, em meio ao grande impacto no seio das Nações Unidas do direito emergente de autodeterminação dos povos. Desencadeou-se o processo de *democratização* do direito internacional. Ao transcender os antigos parâmetros do direito clássico da paz e da guerra, equipou-se o direito internacional para responder às novas demandas e desafios da vida internacional, com maior ênfase na cooperação internacional. Nas décadas de sessenta a oitenta, os foros multilaterais se engajaram em um intenso processo de elaboração e adoção de

sucessivos tratados e resoluções de regulamentação dos espaços, em áreas distintas como as do espaço exterior e do direito do mar.

6. As notáveis transformações no cenário mundial contemporâneo desencadeadas, a partir de 1989, pelo fim da guerra fria e a irrupção de numerosos conflitos internos, têm caracterizado os anos noventa como um momento na história marcado por uma profunda reflexão, em escala universal, sobre as próprias bases da sociedade internacional e a formação gradual da agenda internacional do século XXI. O ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas deste final de século tem procedido a uma reavaliação global de muitos conceitos à luz da consideração de temas que afetam a humanidade como um todo. Seu denominador comum tem sido a atenção especial às *condições de vida* da população (particularmente dos grupos vulneráveis, em necessidade especial de proteção), daí resultando o reconhecimento universal da necessidade de situar os seres humanos de modo definitivo no centro de todo processo de desenvolvimento.

7. Com efeito, os grandes desafios de nossos tempos — a proteção do ser humano e do meio ambiente, o desarmamento, a erradicação da pobreza crônica e o desenvolvimento humano, e a superação das disparidades alarmantes entre os países e dentro deles — têm incitado à revitalização dos próprios fundamentos e princípios do direito internacional contemporâneo, tendendo a fazer abstração de soluções jurisdicionais e espaciais (territoriais) clássicas e deslocando a ênfase para a noção de solidariedade. Compreende-se hoje, enfim, que a *razão de Estado tem limites*, no atendimento das necessidades e aspirações da população, e no tratamento equânime das questões que afetam toda a humanidade.

8. O ordenamento internacional tradicional, marcado pelo predomínio das soberanias estatais e exclusão dos indivíduos, não foi capaz de evitar a intensificação da produção e uso de armamentos de destruição em massa, e tampouco as violações maciças dos direitos humanos perpetradas em todas as regiões do mundo, e as sucessivas atrocidades de nosso século, inclusive as contemporâneas — como o holocausto, o *gulag*, seguidos de novos atos de genocídio, *e.g.*, no sudeste asiático, na Europa Central (ex-Iugoslávia) e na África (Ruanda). Tais atrocidades têm despertado a consciência jurídica universal para a necessidade de reconceitualizar as próprias bases do ordenamento internacional.

9. Afirmam-se, assim, com maior vigor, os direitos humanos universais. Já não se sustentam o monopólio estatal da titularidade de direitos nem os excessos de um positivismo jurídico degenerado, que excluíram do ordenamento jurídico internacional o destinatário final das normas jurídicas: o ser humano. Reconhece-se hoje a necessidade de restituir a este último a posição central — como *sujeito do direito tanto interno como internacional* — de onde foi indevidamente alijado, com as conseqüências desastrosas já assinaladas. Em nossos dias,

o modelo westphaliano do ordenamento internacional afigura-se esgotado e superado.

10. A própria dinâmica da vida internacional cuidou de desautorizar o entendimento tradicional de que as relações internacionais se regiam por regras derivadas inteiramente da livre vontade dos próprios Estados. O positivismo voluntarista mostrou-se incapaz de explicar o processo de formação das normas do direito internacional geral, e se tornou evidente que só se poderia encontrar uma resposta ao problema dos fundamentos e da validade deste último na consciência jurídica universal, a partir da asserção da idéia de uma justiça objetiva. Nesta linha de evolução também se insere a tendência atual de "criminalização" de violações graves dos direitos da pessoa humana, paralelamente à consagração do princípio da jurisdição universal. Neste final de século, temos o privilégio de testemunhar o processo de *humanização* do direito internacional, que passa a se ocupar mais diretamente da realização de metas comuns superiores. O reconhecimento da centralidade dos direitos humanos corresponde a um novo *ethos* de nossos tempos.

11. A titularidade jurídica internacional do ser humano, tal como a anteviam os chamados fundadores do direito internacional (o direito *das gentes*), é hoje uma realidade. Para alcançar este grau de evolução foi necessário superar inúmeros obstáculos, nos planos tanto nacional como internacional. Permito-me, nesta solenidade aqui na UERJ, recordar alguns episódios de minha própria experiência pessoal. Desde que apresentei meu Parecer, de 16.08.1085, com os fundamentos jurídicos para a adesão do Brasil aos tratados gerais de direitos humanos, como então Consultor Jurídico do Itamaraty, foi necessário aguardar por mais de seis anos sua aprovação congressual, para que o Brasil enfim se tornasse Parte nos dois Pactos de Direitos Humanos (de Direitos Civis e Políticos, e de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) das Nações Unidas (em 24.01.1992), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (em 25.09.1992).

12. Durante esta longa espera, tive o ensejo de criar na Universidade de Brasília a disciplina "Proteção Internacional dos Direitos Humanos", e de organizar em várias cidades, com o respaldo de entidades humanitárias, uma série de seminários de mobilização da opinião pública nacional neste propósito, que contaram com a valiosa participação de diversos colegas de nossos círculos acadêmicos, dentre os quais dois ilustres cultores do Direito Internacional Público na UERJ, o Reitor Antonio Celso Alves Pereira e o Professor Celso D. de Albuquerque Mello, aqui presentes, fiéis companheiros de tantas jornadas, por cujo apoio constante a nossa causa comum ao longo dos anos hoje lhes estendo as expressões renovadas de minha gratidão.

13. Desde que apresentei outro Parecer, de 18.10.1989, ainda como Consultor Jurídico do Itamaraty, com os fundamentos jurídicos para a aceitação

pelo Brasil da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria contenciosa, foi necessário esperar quase uma década, até que, em 10.12.1998, se efetuasse o depósito do respectivo instrumento de aceitação pelo Brasil. Felizmente estas decisões foram tomadas, reconciliando a posição de nosso país com seu pensamento jurídico mais lúcido, e congregando as instituições do poder público e as organizações não-governamentais e demais entidades de nossa sociedade civil em torno da causa comum da proteção do ser humano.

14. No tocante à aplicação da normativa internacional de proteção no direito interno, o quadro não tem sido distinto. Desde que apresentei, em audiência pública na Assembléia Nacional Constituinte, em 29.04.1987, a proposta que se transformou no artigo 5, § 2º, de nossa Constituição Federal de 1988, em virtude do qual os direitos constitucionalmente consagrados abarcam igualmente os constantes dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é Parte, até hoje continuamos esperando pelo dia em que se venha a dar a devida aplicação a esta disposição constitucional. A Constituição de um país não é um menu, de onde se possam extrair as disposições a aplicar, ignorando as demais. Estou convencido de que, em mais de uma década da vigência de nossa Constituição Federal, muito mais poderíamos ter avançado na proteção dos direitos humanos em nosso país se todos os setores do Poder Judiciário estivessem dando aplicação cabal àquela disposição.

15. Outras ilustrações poderiam ser mencionadas: por exemplo, desde que o Brasil ratificou as duas Convenções contra a Tortura que hoje o vinculam — a das Nações Unidas, em 28.09.1989, e a Interamericana, de 20.07.1989, — foi necessário esperar quase oito anos até que a Lei n. 9455, de 07.04.1997 viesse a tipificar o crime de tortura em nosso direito interno, e ainda assim com algumas falhas, guardando um paralelismo apenas imperfeito com as duas Convenções supracitadas. Assim é trabalhar no campo da proteção dos direitos humanos: é como nadar *contra a correnteza*, para fazer uso de expressão consagrada em um dos escritos de Isaiah Berlin.

16. Se passamos do plano nacional ao internacional, o mesmo quadro de dificuldades se nos apresenta. Sempre me recordarei dos momentos finais da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em junho de 1993, quando, a duras penas, — e aparentemente mais pela exaustão do que pela convicção da maioria dos Delegados, — logramos enfim incluir, no artigo 1 da Declaração e Programa de Ação de Viena, a simples reasserção da universalidade dos direitos humanos, que as Delegações partidárias do chamado relativismo cultural buscavam evitar. Os que hoje lêem aquele documento, não se dão conta da luta que travamos para evitar o grave retrocesso conceitual de uma relativização — que teria sido desastrosa — dos direitos humanos universais. Naqueles momentos dramáticos da Conferência Mundial de Viena, o teor da Declaração

Universal dos Direitos Humanos de 1948 me parecia demasiado avançado para o mundo de 1993.

17. A insensatez humana parece não ter limites, e a memória do sofrimento de gerações passadas parece não resistir à erosão do tempo. Assim é trabalhar no campo da proteção dos direitos humanos, onde o progresso parece dar-se em forma não linear, mas pendular. No plano regional, por exemplo, há poucas semanas, em 26 de maio passado, entrou em vigor uma denúncia, sem precedentes, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, efetuada por Trinidad e Tobago. Jamais me esquecerei das últimas horas do dia 25 de maio em que, em sessão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, cinco horas antes da entrada em vigor da referida denúncia, logramos ordenar a tempo, sempre sob a pressão impiedosa do relógio, medidas provisórias de proteção, no sentido de suspender a execução de condenados à pena de morte naquele país. Poderia aqui evocar, como fiel ilustração das dificuldades que permeiam a luta em prol dos direitos humanos, o mito do Sísifo, nas imorredouras reflexões de um dos maiores escritores deste século, Albert Camus: é um trabalho de perseverança que simplesmente não tem fim.

18. Por outro lado, e talvez em razão da dimensão humana do desafio sempre a defrontar-nos, dificilmente poderia haver labor mais gratificante do que o empreendido no presente domínio, — sobretudo quando, uma vez resolvido um litígio, recebemos a visita de uma vítima para dizer-nos — como já nos ocorreu — que em seu caso enfim se fêz justiça graças à operação dos mecanismos internacionais de proteção. Considero um privilégio poder estar atuando, em benefício de tantos seres humanos, no contencioso internacional que já faz parte da história contemporânea da proteção internacional dos direitos humanos na América Latina.

19. A par dos casos decididos pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que me eximo de comentar (referindo-me a meus votos nas respectivas sentenças da Corte), guardo a melhor das lembranças, por exemplo, do desfecho de dois importantes casos para cuja solução fui convocado: um relativo à Nicarágua, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), e outro relativo à Rússia, no âmbito do Conselho da Europa. O relatório sobre o primeiro caso, entregue ao Secretário-Geral da OEA em 04.02.1994, contribuiu decisivamente a por fim a uma gravíssima crise institucional que ocasionara a suspensão por alguns meses dos trabalhos do Parlamento nicaraguense.

20. No continente europeu, transcorrido pouco mais de um ano, ante a fragmentação da União Soviética e a emergência e consolidação da Comunidade dos Estados Independentes (CEI), o Conselho da Europa solicitou-me um parecer sobre as implicações jurídicas da coexistência entre a Convenção Européia de Direitos Humanos e a Convenção de Minsk sobre Direitos Humanos de 1995. Recordo-me que, na época, havia muitos em Estrasburgo que temiam

que uma aproximação com a Rússia poderia baixar os padrões de proteção dos direitos humanos em um Conselho da Europa ampliado. Ponderei que a preocupação não deveria ser esta, mas sim auxiliar a Rússia a que elevasse seus próprios padrões de proteção, trazendo-a para dentro do Conselho da Europa, e não excluindo-a, como ocorrera no passado com Cuba no sistema interamericano. O Parecer que apresentei ao Conselho da Europa em 06.10.1995, acatado por sua Assembléia Parlamentar, contribuiu, para minha satisfação, ao ingresso da Federação Russa no Conselho da Europa e a que se tornasse ela Parte na Convenção Européia de Direitos Humanos.

21. Espero que o mesmo desfecho positivo tenha o mais recente caso submetido a minha consideração: há poucos dias, em 25.06.1999, no âmbito do atual processo negociador tripartite Nações Unidas/Portugal/Indonésia sobre o futuro do Timor Leste, fiz entrega do Parecer que me foi solicitado sobre a matéria, em que desenvolvo os fundamentos jurídicos em defesa do direito de autodeterminação do povo do Timor Leste, e os argumentos em favor da opção pela independência (ao invés de simples autonomia mitigada) no referendo popular a realizar-se na Ilha, programado em princípio para agosto próximo, sob a supervisão das Nações Unidas. A ação, no presente domínio de proteção, não visa reger as relações entre iguais, mas proteger os ostensivamente mais fracos e vulneráveis, e quando sentimos que contribuímos para assegurar a proteção do Direito àqueles que mais dela necessitam, a satisfação é redobrada, e — ousaria acrescentar — possivelmente maior do que em qualquer outra área da ciência jurídica contemporânea.

22. Em meio a muitos percalços, alguns avanços inequívocos se têm efetivamente registrado no presente domínio de proteção. Por exemplo, em nosso continente, desde sua instalação em 1979 até hoje, a Corte Interamericana de Direitos Humanos já realizou 44 períodos ordinários e 23 extraordinários de sessões, ao longo dos quais emitiu, até o presente, 53 sentenças (sobre exceções preliminares, mérito, reparações e interpretação) e 15 pareceres, além de 55 medidas provisórias de proteção. Graças a esta jurisprudência protetora, ainda virtualmente desconhecida no Brasil, temos logrado salvar vidas, por fim a violações dos direitos humanos, modificar práticas administrativas e medidas legislativas, e prover reparações às vítimas ou seus familiares.

23. Em sua jurisprudência recente, a Corte Interamericana tem enfatizado o papel central, no sistema de proteção, das garantias judiciais e do direito a um recurso rápido e eficaz perante as instâncias judiciais nacionais competentes. A consagração de tal direito, originalmente no artigo 8 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, constituiu a contribuição talvez mais importante dos países latino-americanos à elaboração daquele histórico documento de 1948, que desencadou o processo de generalização da proteção internacional dos direitos humanos. Este direito encontra-se hoje consagrado no artigo 25 da

Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e a Corte Interamericana, em sentenças recentes, tem assinalado que o direito a um recurso efetivo ante os juízes ou tribunais nacionais competentes constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, como do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção, uma vez que se encontra diretamente ligado ao direito de acesso à justiça.

24. É este um tema que me parece de importância capital: impõe-se o direito de acesso à justiça nos planos tanto nacional como internacional. A proteção judicial constitui a forma mais aperfeiçoada de salvaguarda dos direitos humanos. Em meu entender, devemos assegurar a maior participação possível dos indivíduos, das supostas vítimas, no procedimento perante a Corte Interamericana, sem a intermediação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

É esta uma bandeira que venho empunhando já há algum tempo nos foros internacionais e que, apesar das costumeiras resistências, vem ganhando ultimamente crescentes e importantes adesões. É esta a causa que continuarei defendendo, no plano internacional, até suas últimas conseqüências. Os europeus tiveram que esperar por mais de quatro décadas, até a entrada em vigor, em 01.11.1998, do Protocolo XI à Convenção Européia de Direitos Humanos, que veio enfim assegurar o *jus standi* dos indivíduos diretamente ante a Corte Européia de Direitos Humanos, em todos os casos.

25. Entendo que, ao reconhecimento de direitos, deve corresponder a capacidade processual de vindicá-los ou exercê-los, igualmente no plano internacional. É este um imperativo de equidade que contribui à instrução e transparência do processo. Ao direito de acesso à justiça no plano internacional deve corresponder a garantia da igualdade processual das partes — os indivíduos demandantes e os Estados demandados — que é da própria essência da proteção internacional dos direitos humanos. A jurisdicionalização do mecanismo de proteção convencional interessa a todos, inclusive aos indivíduos demandantes e Estados demandados. Impõe-se a consolidação da plena capacidade processual dos indivíduos, como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

26. A despeito dos avanços logrados no presente domínio de proteção, resta, no entanto, um longo caminho a percorrer. Ainda falta muito para que a linguagem dos direitos humanos alcance as bases das sociedades nacionais; nestas, há que superar freqüentemente a inércia e a indiferença do próprio meio social, que por vezes parece não se aperceber de que o destino de cada um de seus membros está inelutavelmente ligado à sorte de todos. Daí a importância da educação em direitos humanos. Durante o biênio em que dirigi o Instituto Interamericano de Direitos Humanos (1994-1996), elegi como países-piloto, para suprir suas carências e atender suas necessidades nesta área, três Estados da região: na América do Sul, o Brasil (com a realização de numerosos projetos); na América Central, a Guatemala (com o lançamento do Plano Integral em

Direitos Humanos para aquele país); e no Caribe, Cuba (com a realização do primeiro grande Seminário de Direitos Humanos naquele país, em parceria com a União Nacional de Juristas Cubanos). Somente com a educação formal e não-formal em direitos humanos em todos os níveis alcançarão tais direitos as bases das sociedades nacionais.

27. Ainda não existe uma clara compreensão do amplo alcance das obrigações convencionais de proteção, que vinculam todos os poderes e agentes do Estado. Há que adotar e aplicar as medidas nacionais de implementação, assegurando a aplicabilidade direta das normas internacionais de proteção dos direitos humanos no plano do direito interno. Há que garantir o acesso direto dos indivíduos à justiça nos planos tanto nacional como internacional. Há que assegurar o fiel cumprimento das sentenças dos tribunais internacionais de direitos humanos no âmbito do direito interno dos Estados Partes nos respectivos tratados de proteção. Há que estender a proteção convencional aos direitos econômicos, sociais e culturais, de modo a lograr a indivisibilidade dos direitos humanos não só na teoria como também na prática. Há que assegurar melhor coordenação entre os múltiplos mecanismos e procedimentos internacionais de direitos humanos, nos planos global e regional, como assinalei em curso ministrado na Academia de Direito Internacional da Haia em 1987.

28. Há que conceber novas formas de proteção do ser humano ante a diversificação das fontes de violação de seus direitos. Para contribuir a assegurar a observância dos direitos da pessoa humana em quaisquer circunstâncias, inclusive em emergências públicas e estados de sítio, e evitar a *vacatio legis*, há que fomentar as convergências — nos planos normativo, hermenêutico e operacional — entre o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional Humanitário, inclusive propiciando, quando for o caso, a aplicação simultânea ou concomitante de suas normas. Foi o que sustentei na avaliação a que procedi, em 1994, por solicitação do Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), do processo desenvolvido no período de 1989-1994 pela Conferência Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA); foi igualmente a conclusão a que chegaram os Seminários, convocados pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos, de atualização da aplicação, no continente americano, da normativa do Direito Internacional dos Refugiados (San José da Costa Rica, dezembro de 1994) e do Direito Internacional Humanitário (Santa Cruz de la Sierra, junho de 1995).

29. Para concluir, permito-me retornar brevemente a meu ponto de partida: o das contradições de nosso século, e da premente necessidade de superá-las. Em luminoso livro, publicado há mais de cinqüenta anos, ao questionar as próprias bases do que entendemos por civilização (conquistas modestíssimas nos planos moral e social), o historiador Arnold Toynbee lamentava que o

domínio, alcançado pelos homens, da natureza não-humana, infelizmente não se estendeu ao plano espiritual. Outro historiador, contemporâneo, Eric Hobsbawn, vem de diagnosticar o século XX como um período da história marcado sobretudo pelos crimes e loucuras da humanidade. Com um toque de esperança, eu me permitiria acrescentar que, em meio a tanta violência e destruição, nos é dado resgatar, talvez como o mais precioso legado para o próximo século, a evolução, impulsionada em raros momentos ou lampejos de lucidez, da proteção internacional dos direitos humanos ao longo das cinco últimas décadas.

30. Na construção do ordenamento jurídico internacional do novo século, testemunhamos, com a gradual erosão da reciprocidade, a emergência *pari passu* de considerações superiores de *ordre public*, refletidas nas concepções das normas imperativas do direito internacional geral (o *jus cogens*), dos direitos fundamentais inderrogáveis, das obrigações *erga omnes* de proteção (devidas à comunidade internacional como um todo). A consagração destas obrigações representa a superação de um padrão de conduta erigido sobre a pretensa autonomia da vontade do Estado, do qual o próprio direito internacional buscou gradualmente se libertar ao consagrar o conceito de *jus cogens*. Há que dar seguimento à evolução auspiciosa da consagração das normas de *jus cogens* e das correspondentes obrigações *erga omnes*, buscando assegurar sua plena aplicação prática, em benefício de todos os seres humanos. Estas novas concepções se impõem em nossos dias, e de sua fiel observância dependerá em grande parte a evolução futura do direito internacional. É este, em meu entender, o caminho a seguir, para que não mais tenhamos que continuar a conviver com as contradições trágicas que marcaram este século próximo ao final. Muito obrigado pela atenção com que me distinguiram.

HOMENAGEM PÓSTUMA AO PROFESSOR PEDRO FIGUEIREDO

ARTHUR MACHADO PAUPÉRIO NETO*

Discurso proferido na cerimônia de colação de grau dos bacharelandos de 1998, segundo semestre

Estimados professores, caros colegas, senhoras e senhores.

É com grande pesar que nossa turma sente a ausência do professor Pedro de Oliveira Figueiredo em nossa colação de grau.

Nenhuma palavra ou homenagem pode resgatar a alegria de sua convivência conosco, restando à nossa memória tão-somente refazer os sorrisos do passado.

Sua vida tornou-se um capítulo especial das nossas, preenchendo páginas de uma época que insistimos reler, talvez por teimarmos guardar todas as riquezas de nossa existência.

Sua pessoa nos traz gratas lembranças, tanto pelo amor com que nos transmitia seu saber, como pela grande amizade que nutria por cada um de nós.

Como mestre, ensinou-nos, principalmente, que a lei penal não é apenas um punhado de palavras, mas sim fruto de todos os anseios de uma sociedade que luta pelo bem comum, pela felicidade e a salvação do próprio homem.

Guiando-nos pelos caminhos do Direito Penal, provocou nossa capacidade, fazendo-nos questionar sobre tudo: as idéias, as leis, a justiça humana. Privilegiava sempre a compreensão, desviando-nos da mediocridade do aprendizado estéril e árido das fórmulas impostas.

Sempre nos ouvia, e sorria com prazer quando questionávamos suas posições, quando atacávamos sua doutrina com novos rumos. Era exatamente o que queria: nos libertar das correntes de uma educação passiva, inerte, enclausurada em dogmas intocáveis.

* Monitor de Direito Penal I e II. Bacharelando.

Como amigo, foi verdadeiro companheiro em nossa jornada, prestigiando-nos perante os demais mestres e alunos. A ele devemos toda a gratidão, por ter nos incentivado a alçar vôos mais altos.

Contudo, à alegria contrapõe-se a dor, a perda, e o destino quis que apreendêssemos a navegar pelo Direito sem uma estrela a nos guiar.

A verdade é que algumas estrelas se extinguem mais cedo porque brilharam mais intensamente que as demais.

Ao fim, resta o sentimento de que valho da pena de Rui Barbosa, quando despediu-se de seu amigo e mestre Machado de Assis:

"Mestre e companheiro, disse eu que nos íamos despedir. Mas disse mal. A morte não extingue: transforma; não aniquila: renova; não divorcia: aproxima. Um dia supuseste "morta e separada" a consorte dos teus sonhos e das tuas agonias, que te soubera "pôr um mundo no recanto" do teu ninho; e, todavia, nunca ele esteve mais presente, no íntimo, de ti mesmo e na expressão do teu canto, no fundo do teu ser e na face das tuas ações."

Este foi nosso professor e amigo Pedro Figueiredo, de quem nunca nos esqueceremos e traremos sempre saudosas lembranças.

ELIE WIESEL — UERJ 12 DE MAIO DE 1999

JACOB DOLINGER

Magnífico Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Professor Doutor Antonio Celso Alves Pereira.

Ilustres membros do Conselho Universitário.

Professores. Estudantes. Minhas Senhoras e meus Senhores.

Para apresentar Elie Wiesel é imperativo voltar para o mais tenebroso acontecimento do século XX que está por findar: o Holocausto do povo judeu, sacrificado no altar da bestialidade alemã. Lembremo-nos que não se tratou de uma guerra entre dois povos, uma superiormente armada do que a outra.

O Holocausto dos judeus europeus, em que seis milhões de serem humanos foram exterminados, homens, mulheres, crianças, resultou do ódio de um povo armado com um poderoso exército contra uma população civil inteiramente desarmada.

Este extermínio foi idealizado, planejado e executado com requintes de organização e o êxito da gigantesca operação de transportar milhões de serem humanos para os campos de extermínio se transformou na prioridade absoluta dos exércitos de Hitler, acima de qualquer medida bélica na guerra contra os aliados. O suprimento de armas, munições, víveres, tudo enfim era sacrificado em pról do rápido, eficiente transporte das populações judaicas de seus lares até os nefandos campos de concentração e centro s de morte.

As gerações jovens pouco sabem deste dantesco capítulo da história contemporânea. Por isto não teriam condições para alcançar, em profundidade, o significado dos acontecimentos que se desenrolam no mundo nas últimas décadas e nos dias de hoje.

Wiesel dedicou-se a depor sobre o genocídio de seu povo. Este depoimento não se restringe ao povo alemão e à sua barbárie. O clamor vai muito além ao acusar o mundo por seu silêncio, por sua total inércia naqueles fatídicos anos da década de 40.

Os americanos e os ingleses sabiam de Auschwitz e dos demais campos de concentração, sabiam o que neles ocorria, sabiam em abril de 1944 que dez mil judeus húngaros eram gazificados diariamente em Auschwitz, foram solicitados a bombardear as câmaras de gaz, a estrada de ferro que levava as vítimas para Auschwitz. Nada fizeram. Mantiveram-se inertes com a desculpa de que o esforço de guerra era mais importante. Vide a triste ironia: para os alemães a sistemática matança dos judeus era mais importante do que o esforço de guerra, para os americanos e os ingleses o esforço de guerra era mais importante do que uma simples operação aérea.

Wiesel proclamou que "Esquecer Auschwitz é justificar Hiroshima — a próxima Hiroshima. É um paradoxo: somente Auschwitz pode salvar o planeta de uma nova Hiroshima. Lembramos a violência definitiva a fim de prevenir sua repetição. Nossa missão é para com a vida e a verdade". (Memory/Hope 24).

Mas Wiesel não se limitou a clamar pela recordação para evitar a repetição. Em todas as trágicas ocorrências que se seguiram à segunda guerra, que abalaram o mundo nas últimas décadas, discriminações, perseguições, genocídios, limpezas étnicas, lá estava a voz de Wiesel, forte e vigorosa na defesa dos sofridos e humilhados. Não se contentou em publicar seu protesto, escrito, irradiado e televisionado, deslocando-se aos quatro cantos da terra para dar seu apoio, hipotecar sua solidariedade às vítimas.

Depois do massacre de My Lai perpetrado por soldados americanos, vai ao Vietnam para levar ajuda àquela comunidade.

Lembram de Uganda? Ouçam o que Wiesel escreveu na época:

"Gastam-se milhões em armas nucleares e outros em produtos de beleza; cai-se de joelhos diante do altar do petróleo, soçobra-se na indiferença ou na hipocrisia, enquanto nos países pobres a miséria se espalha como o medo. Em Uganda, crianças magras se extinguem nos braços de suas mães moribundas. Um povo, mais um, entra em sua noite diante de nossos olhos. Nunca eu teria imaginado que um dia falaria do presente com tanta cólera. E vergonha".

Em 1974 lançou sua pena em pról dos índios do Paraguai. E assim escreveu sobre eles:

"Caçados, humilhados, massacrados; meninas estupradas e vendidas; crianças violadas, mortas diante dos olhos dos seus pais. Este mundo frio e violento, esta crua brutalidade — parte de minha memória".

Em 1975 Wiesel visita a África do Sul. Vê o *apartheid*. Fica horrorizado. E publica veemente protesto contra a discriminação racial. Mais tarde, em entrevista, exclama: "senti vergonha de ser branco".

Vai a Rússia e escreve um livro sobre a discriminação praticada por Stalin e seus sucessores contra a comunidade judaica. Visita o Vietnam, Bangladesh

e a Nicarágua, onde se aproxima dos índios Miskito e testemunha sua tortura pelos sandinistas.

Em fevereiro de 1980, Wiesel, juntamente com um grupo de intelectuais americanos e franceses foi a fronteira da Cambódia, com vinte caminhões de comida e suprimentos médicos para os famintos cambojanos. O acesso lhes é vedado, a delegação se comunica com os refugiados prisioneiros por meio de alto-falantes. Wiesel assim lhes fala: "Pior do que a fome, o medo, a tortura, mesmo a humilhação, é o sentimento de ter sido abandonado, o sentimento de que ninguém se incomoda, o sentimento de que você não conta. Aqui vim porque ninguém veio quando eu estava lá".

Wiesel vai à Argentina e senta na praça de Mayo com as mães dos desaparecidos; vai a Hiroshima onde homenageia a memória das vítimas. Levanta sua voz pelos prisioneiros torturados pelo regime de Pinochet.

E mais recentemente eis Wiesel na Bosnia, visita Saravejo sitiada e bombardeada. Jornalistas seguem-no por toda parte nesta viagem; sua foto, triste, protegido por capacete, aparece em jornais do mundo todo. Visitou campos de concentração, falou com os prisioneiros. Falou com líderes de ambos os lados, implorou para que se desse um fim à "limpeza étnica". As autoridades lhe fizeram promessas de cessar fogo, promessas para deixar passar provisões, promessas para cessar os combates definitivamente. Esta viagem deixou Wiesel muito deprimido, pois sabia que ambos os lados não haviam sido honestos com ele.

Numa recente entrevista resumiu sua posição humanística:

"Enquanto houver um dissidente preso, nossa liberdade não é uma liberdade verdadeira. Enquanto uma criança apenas passar fome, nossas vidas estarão repletas de temor e vergonha".

"O que estas vítimas precisam, acima de tudo, é a certeza de que não estão sozinhas, que não as esqueceremos, que nós lhes emprestaremos nossas vozes quando as deles estiverem sufocadas, da mesma forma como a liberdade deles depende de nossa, a qualidade de nossa própria liberdade depende da liberdade deles".

Wiesel formou-se pela Sorbonne, onde estudou filosofia, psicologia e literatura. Viveu em Paris naqueles anos de memoráveis movimentos artísticos e literários do pós-guerra. Sartre pontificava. Simone de Beauvoir era admirada. François Mauriac, respeitado, André Malraux entusiasmava, Albert Camus era idolatrado. A crítica vislumbra influência de Camus sobre Wiesel, algo de Malraux e também de Georges Bernanos.

A filosofia literária de Wiesel: "Não acredito na arte *pour soi meme*. Para mim a literatura tem que ter uma dimensão ética, um caminho para corrigir as injustiças. O objetivo da literatura que eu denomino depoimento é o de incomodar. Eu incomodo o crente porque eu ouso colocar perguntas a Deus, a fonte

de toda fé. Eu incomodo o que não crê porque, apesar de minhas dúvidas e questões, recuso-me a abandonar o universo religioso e místico em que me formei. Acima de tudo incomodo os que estão confortavelmente acomodados dentro de um sistema — seja político, psicológico ou teológico. Se há algo que aprendi na minha vida é desconfiar do conforto intelectual". (Memoirs 336).

Esta a mais importante lição intelectual que temos de formar na Universidade. A dúvida, a incerteza, a inquietação, a insegurança intelectual, o saber do não saber, a modéstia socrática.

Wiesel é homem da Universidade e por ela tem enorme respeito. Em seu romance político "O Testamento" seu personagem, Paltiel Kossover narra um episódio ocorrido na Universidade de Salamanca, numa cerimônia muito concorrida à qual estava presente o General falangista Miguel d'Astray, cujo moto "Viva a Morte" era repetido aos gritos por um grande público de falangistas presentes no anfiteatro superlotado. A Espanha vivia sua tormentosa revolução. Levanta-se o Magnífico Reitor, Miguel de Unamuno, o grande pensador espanhol e profere uma esplêndida aula. E diz: "Esta Universidade é um templo dedicado a inteligência e eu sou seu Sumo Sacerdote... Tu General d' Astray prevalecerás por força de teu poderio militar mas jamais convencerás...".

A mensagem de Wiesel para os intelectuais é de magna importância — em toda sua obra a lembrança grata de seus queridos mestres, a dedicação a seus alunos na Universidade de Boston e pelos discípulos que conquistou mundo afora, o respeito pelo saber, a dedicação fanática pelo estudo constante.

Eminente mestre Elie Wiesel gostaria igualmente de apresentar-lhe minha Universidade, onde bacharelei-me e doutorei-me em direito e onde leciono há um quarto de século. Este não é apenas um Templo à Inteligência e à Sabedoria, mas igualmente uma Fortaleza de Tolerância. Como seu correligionário testemunho a mais absoluta igualdade com que trabalhamos nesta Universidade, onde não sentimos, todos que aqui estudam e ensinam, o mais mínimo resquício de qualquer sentimento menos nobre para com nossa origem e nossa tradição. E nosso Sumo Sacerdote, o Magnífico Reitor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, o eminente Professor Doutor Antonio Celso Alves Pereira, meu colega de congregação, representa, corporifica, este ambiente de liberdade e tolerância, de compreensão, de solidariedade e de amor fraterno.

É justamente inspirado neste sentimento que o Reitor e a Conselho Universitário concederam-lhe o título que hoje lhe foi entregue e insistiram para sua vinda ao Rio de Janeiro, em visita meteórica, apenas 48 horas, para estar entre nós, e fazer ouvir sua voz respeitada e admirada em todo o mundo, de mensageiro da fé, da esperança e da paz.

PRIVATIZAÇÃO DO PROCESSO?

JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA*

1. "Privatização" é palavra que costuma hoje em dia provocar em quem a ouve ou a lê enérgicas reações emocionais. Responde-se a ela muito mais com o coração do que com o cérebro. Provavelmente por isso, quase nunca se colhe opinião refletida e argumentada, neste ou naquele sentido: temos de contentar-nos, as mais das vezes, com um entusiástico "sim" ou com um violento "não", nenhum dos dois acompanhado de justificação racional. Menos ainda se deve esperar tentativa séria de discernir casos, circunstancias e condições: quase ninguém dá a impressão de suspeitar que o valor (ou desvalor) de providências do gênero pode variar de uma para outra matéria, de uma para outra ocasião, de uma para outra maneira de operar.

Cumpre reconhecer que palavras de ordem, tão ao gosto da maioria, precisam ser breves e categóricas para impressionar as multidões. Não é fácil conquistar adesões calorosas com lemas amortecidos por distinções e reservas. Se as faixas com que sairmos à rua contiverem algum "talvez", ou "depende", jamais conseguiremos despertar nos que as lerem o fervor apaixonado de que se fazem as grandes manifestações populares.

Admita-se que em certos terrenos da política partidária não haja alternativa para opções radicais. Em ciência, a história é diferente — na ciência jurídica e noutra qualquer. Ciência faz-se com tranqüilidade de ânimo e com tanta objetividade quanta nos for possível neste mundo. Desengane-se, pois, quem me suspeite de fechar o título da palestra com ponto de interrogação no ardiloso intuito de apresentar resposta... com ponto de exclamação. O que pretendo é algo menos espetacular: tentar verificar pura e simplesmente, com os instrumentos da razão, e levando em conta os naturais limites de tempo, se é legítimo

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Desembargador (aposentado) do TJRJ.

falar de privatização acerca do processo, ou da Justiça. Sujeitam-se a decepção amarga os que estiverem alimentando a expectativa de emoções muito fortes.

2. A palavra "privatização", com referência ao processo (ou à Justiça), aparece em trabalhos recentes, subscritos por nomes de induvidosa autoridade; é isso, aliás, que justifica o interesse pelo assunto. Ela tem sido usada em mais de um contexto, e concebe-se que ainda noutros o venha a ser; aqui me ocuparei de três.

Os dois primeiros relacionam-se com a extensão do papel confiado a particulares na atividade realizada *em juízo* para a composição de lides. Pode e deve cogitar-se aí, na verdade, de dois fenômenos distintos: um consistente na ampliação do rol dos legitimados a agir no tocante a matérias cuja relevância ultrapassa as fronteiras dos litígios privados[1]; outro, no aumento da participação de pessoas estranhas aos quadros permanentes do Judiciário no julgamento de causas.

Também se alude a "privatização" a propósito do florescimento, bem maior em países estrangeiros que no Brasil, dos chamados "meios alternativos" de solução extrajudicial de conflitos de interesses — *Alternative Dispute Resolution*, ou abreviadamente *ADR,* na conhecida locução inglesa[2]. Semelhantes métodos utilizam, como se sabe, os serviços de indivíduos ou de instituições de caráter privado, extra-oficial, desde árbitros propriamente ditos, designados nos termos da legislação relativa à arbitragem, até "juízes de aluguel", contratados e remunerados pelas partes para solucionar conflitos de interesses[3].

3. Procurarei neste ensejo aferir a propriedade do termo "privatização", nos três casos, sem preocupar-me com o mérito ou o demérito de cada um dos movimentos que neles se refletem. O que tenciono agora não é aprovar ou desaprovar a atribuição de mais forte ingerência a particulares no funcionamento dos mecanismos destinados à solução de litígios. Quem quer que me tenha dado a honra de ler ou ouvir trabalho meu a tal respeito me haverá com certeza visto

1 Nesse sentido, por exemplo, CAPPELLETTI, *Os métodos alternativos de solução de conflitos no quadro do movimento universal de acesso à Justiça* (relatório de abertura do Simpósio Jurídico W. S. Hart sobre a Justiça civil e suas alternativas, realizado em Londres, em 1992), trad. de Barbosa Moreira, *in Revista Forense,* vol. 326, pág. 129.

2 *V.g.*, JOHNSON, JR, relatório norte-americano (sob o título *Preserving Justice in an Era of Global Economic Competition)*, acerca do tema *Comparative Analysis of the Reform of Civil Procedure.* para *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization* de 1992, no volume assim intitulado, Tóquio, 1992, págs. 216 e segs. Parcialmente crítica, note-se, é a posição do autor diante do fenômeno (vide págs. 218/9).

3 Sobre o tipo de *ADR* denominado *rent-a judge,* consultem-se, por exemplo, GOLDBERG — SANDER — ROGERS, *Dispute Resolution — Negatiation, Mediation, and Other Processes,* 2. ed., Boston — Toronto — Londres, 1992, págs. 290 e segs.; NOLAN-HALEY, *Alternative Dispute Resolution,* St. Paul, 1992, págs. 199/200.

ou ouvido, de longa data, externar opinião abertamente favorável, por exemplo, à outorga de legitimação a indivíduos e a entidades privadas para vindicar em juízo direitos e interesses supraindividuais[4]. Mas não é disso que vou tratar aqui, e sim de saber se realmente se justifica, nesse e nos outros tópicos acima enunciados, o emprego da palavra "privatização".

Desde logo, adianto que, nos dois primeiros casos, minha resposta é rotundamente negativa. Particulares são com freqüência autorizados ou chamados a colaborar na atividade judicial tendente à decisão de lides, quer provocando-a, pela iniciativa de instaurar processos — como se dá com os cidadãos na ação popular, e eventualmente com associações privadas na ação civil pública —, quer participando diretamente dela, pela emissão de pronunciamento sobre o desfecho que se há de dar ao pleito — e é o que acontece no tribunal do júri e na Justiça do Trabalho. Pois bem: a meu ver, longe de ser o processo que assim se privatiza, ao contrário, os particulares é que vêem sua atividade revestida de caráter público. Dá-se, a bem dizer, *publicização,* e não *privatização.*

No tocante aos particulares que funcionam em julgamentos, o direito positivo confirma de modo eloqüente o que acabo de asseverar. Tenham-se em mente disposições como a do art. 327, § 1º, do Código Penal e as dos arts. 437 e 438 do Código de Processo Penal. Estatui o primeiro: "Considera-se funcionário público, para efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública"[5]. Reza o segundo, por sua vez, na parte inicial, que "o exercício efetivo da função de jurado constituirá serviço público relevante"; e o terceiro declara criminalmente responsáveis os jurados, "nos mesmos termos em que o são os juízes de ofício, por concussão, corrupção ou prevaricação". Esses textos só se explicam à luz de uma concepção eminentemente publicística da função do jurado; e é oportuno lembrar que o art. 665 da Consolidação das Leis do Trabalho confere aos vogais das Juntas de Conciliação e Julgamento e aos seus suplentes, enquanto durar a investidura, as mesmas prerrogativas de que gozam os jurados.

Por outro lado, a associação civil que propõe uma ação civil pública para proteção de direito ou interesse supraindividual também está, embora sob outra forma, exercendo atividade pública. Na perspectiva em que aqui me coloco, ela

4 Vide nossos trabalhos (anteriores à Lei nº 7.347, de 24.7.1985), *A proteção jurídica dos interesses coletivos, A legitimação para a defesa dos "interesses difusos" no direito brasileiro* e *Tutela jurisdicional dos interesses coletivos ou difusos,* todos publicados *in Temas de Direito Processual,* Terceira Série, S. Paulo, 1984, respectivamente págs. 173 e segs., 183 e segs., 193 e segs.

5 Ao exemplificar, a doutrina inclui os jurados: HELENO FRAGOSO, *Lições de Direito Penal, Parte Especial,* vol. IL Rio de Janeiro, 1984, pág. 385; CELSO DELMANTO, *Código Penal comentado,* 3ª ed., Rio de Janeiro, 1991, pág. 493. Parece fora de dúvida que também se podem incluir os juízes classistas da Justiça do Trabalho.

se equipara às outras entidades mencionadas no art. 5º, *caput,* da Lei nº 7.437, alinhando-se, pois, ao lado do Ministério Público e de várias pessoas jurídicas de direito público. Não é à toa que se fala, nos Estados Unidos, de *Private Attorney General* para designar o particular que toma a iniciativa de propor ação destinada a proteger direito ou interesse supraindividual[6]. A expressão, que pode ser traduzida como "Ministério Público privado", aponta obviamente no sentido de uma equiparação do papel desempenhado aí pelo particular ao do conferido pelo ordenamento àquele órgão estatal.

4. A questão assume aspectos mais delicados no que tange aos meios alternativos de solução de litígios. Em última análise, a consagração desses meios importa negar ao Estado a exclusividade do exercício, por seus órgãos judiciais, da função de compor conflitos de interesses. Tal exercício pode ser confiado — nalgumas hipóteses e sob certas condições, provavelmente com vantagem — a pessoas ou instituições estranhas aos quadros do Judiciário. Seria totalmente impróprio, no entanto, cogitar ao propósito de privatização da Justiça estatal, que continua a ser o que é.

Dirá alguém que *o processo* se privatiza; mas o asserto tira proveito do fato de ser um tanto equívoca a palavra "processo", que não se emprega sempre para denominar precisamente a mesma e única realidade. Sem dúvida é lícito usá-la em sentido lato, a abranger outras manifestações da vida jurídica: a Constituição da República fala de "processo legislativo" (Título IV, Capítulo I, Seção VIII); e, de acordo com doutrina de peso, pode aludir-se a "processo" até com relação a figuras inscritas no círculo da atividade negocial[7]. Permito-me duvidar de que assim se concorra para tornar as coisas mais claras; o contrário parece-me bem mais provável. Em boa técnica, sempre que alguém opta pelo emprego largo do vocábulo, tem o dever de explicar-se: não é ao *processo* propriamente dito que se está fazendo menção, mas a outro fenômeno, que com ele terá semelhanças mais ou menos acentuadas, sem todavia com ele identificar-se.

6 Atribui-se a FRANK a cunhagem da fórmula em decisão judicial (vide CAPPELLETTI, *The Role of the Ministère Public, the Prokuratura. and the Attorney General in Civil Litigation,* in CAPPELLETTI — JOLOWICZ, *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Cnil Litigation,* Milão — Dobbs Ferry, 1975, pág. 72, e *The Judicial Process in Comparative Perspective,* Oxford, 1989, pág. 283). Mas o respectivo uso tomou-se corrente na doutrina e na jurisprudência norte-americanas (HOMBURGER, *Private Suits in the Public Interest in the United States of America,* in HOMBURGER — KÖTZ, *Klagen Privater im öffentlichen Interesse,* Frankfurt am Main, 1975, págs. 52/3).

7 FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale,* 8ª ed., Pádua, 1996, pág. 12, dá como exemplo o itinerário "*che mette capo alla delibera di un'assemblea di società*" (cf., para outras referências págs. 10 e 13). Vide em CÂNDIDO DINAMARCO, *A instrumentalidade do processo.* 5ª ed., S. Paulo, 1996, pág. 66, breve porém certeira crítica a excessos no alargamento, além de tudo metodologicamente infrutífero, do conceito de "processo".

Merece referência especial a arbitragem, que de todos os meios alternativos é o que mais se aproxima, por vários ângulos, do processo judicial. Não é esta a melhor oportunidade para retomar a conhecida discussão doutrinária sobre a natureza jurisdicional ou não da arbitragem. Certamente, a partir da Lei nº 9.307, de 23.9.1996, a argumentação favorável à tese da jurisdicionalidade ganha reforço na atribuição imediata, ao pronunciamento do(s) árbitro(s), de eficácia idêntica à da sentença do juiz estatal, abolida a necessidade de homologação por este (art. 31). Seja como for, sempre se tratará, justamente, de uma *alternativa* ao processo, e não do processo mesmo[8], sem embargo da nítida afinidade entre os dois institutos. De outra parte, à semelhança dos jurados, ficam os árbitros equiparados aos funcionários públicos para fins penais (Lei nº 9.307, art. 17) — o que volta a sugerir que o caso é antes de *publicização* da função exercida pelo particular que de qualquer tipo de *privatização.*

5. Do que ficou dito até este momento tira-se com facilidade uma ilação: no concernente ao processo, os fenômenos a cujo respeito se vem falando de "privatização", independentemente do juízo que se faça sobre cada um deles, não parecem ministrar justificação cabal para o uso da palavra. O que se pode e deve reconhecer é a propensão do nosso tempo — com intensidade variável, segundo o lugar e a matéria — para envolver particulares na atividade de solução de litígios, quer na esfera judicial, quer fora dela. Rotular esse movimento de "privatização do processo", ou "da Justiça", no entanto, claramente se afigura pouco apropriado.

O emprego inadequado da locução, por si, já mereceria reparo: em direito, como em toda ciência, a precisão terminológica é fundamental. Há mais, contudo, e pior: o perigo de que espíritos desprevenidos ou mal intencionados tomem o mote ao pé da letra e, ao embalo de ondas ideológicas hoje em alta, se ponham a contrabandear para o território da Justiça propostas econômicas da chamada "modernidade". Nem se objete que o temor é descabido ou exagerado: em qualquer campo se concebe que ocorra, e tem de fato ocorrido ao longo da história, a exumação de idéias supostamente defuntas. Não é apenas na economia, ou na política, que de vez em quando se tenta (e se consegue) materializar fantasmas do passado: o direito está igualmente exposto ao risco, e com ele o processo, que não goza de imunidade especial.

8 Escreve FAZZALARI, ob. cit., pág. 484: "*GIi arbitrati sono processi, perché vi partecipano i destinatari degli effetti del lodo (la pronuncia cui ciascuna di tali sequenze mette capo). sul piede di simmetrica parità: alla quale corrisponde la impa_alità dei_giudice*" (destaque do original). O asserto é coerente com a premissa do autor, para quem a essência do "processo" reside no desenvolvimento contraditório do iter de formação do ato final (vide pág. 12). Boas razões induzem, todavia, a preferir delimitação conceptual mais restritiva: afinal de contas, até numa deliberação familiar é possível, não raro, encontrar aquela característica (o pai ouve ambos os filhos em disputa, antes de decidir), mas não há vantagem alguma, teórica ou prática, em carrear fenômenos do gênero para o âmbito processual.

Vale a pena recordar que, em época não muito distante — e à qual vai a nossa dando a impressão de querer assemelhar-se por mais de um prisma —, o processo civil costumava ser visto como "coisa das partes"[9]. Tal concepção, que prevaleceu na Europa até a primeira metade do presente século, ligava-se naturalmente à filosofia liberal individualista de que se impregnavam os sistemas políticos então dominantes, e encontrava alento numa peculiaridade do processo civil, como o concebiam e disciplinavam os países europeus: a de ter por exclusivo objeto litígios atinentes a relações jurídicas de direito privado — ao contrário, assinale-se, do que sucede entre nós. Daí a difundida convicção de que ele devia sujeitar-se à "soberania das partes" — reflexo do princípio da autonomia da vontade, entendido em termos praticamente absolutos. À luz de certos aspectos da recente evolução histórica, não será de estranhar que a alguns sorria a idéia de ressuscitar essa moda. Eis por que julgo bem oportuna a reintrodução do assunto em nossas cogitações atuais.

6. Na verdade, não é preciso ir muito longe para perceber a inconsistência do pensamento que desvaloriza o elemento publicístico do processo civil. Nada importa que ele verse sobre matéria de direito privado, consoante pode acontecer, embora não aconteça necessariamente, em nosso ordenamento jurídico. O *litígio* será talvez privado, mas daí não se segue que seja igualmente privado o *processo* a ele relativo. Tenho consciência de estar proclamando obviedades, dignas do Conselheiro Acácio: o óbvio, entretanto, é às vezes a coisa mais difícil de enxergar com nitidez.

Bastaria, desde logo, atentar em que, seja qual for a natureza da lide, ao instaurar-se processo, vai ocupar-se dela um órgão estatal, com a conseqüente necessidade, que se impõe ao Estado, de manter para esse fim um aparelho dispendioso, valendo-se de recursos oriundos da contribuição de toda a sociedade. Imagine-se a quantidade de dinheiro que o Estado pouparia se, enlouquecido, se animasse a abolir juízos e tribunais! Alguém objetará que também diminuiria a receita, com o desaparecimento de tributos do tipo da taxa judiciária. Sabemos todos, porém, que a arrecadação correspondente a tais tributos, cobrados exclusivamente dos usuários — aliás, com notórias exceções — de modo nenhum é suficiente para o custeio do serviço da Justiça.

7. Esse, todavia, é só o início de uma longa história, que tentarei abreviar. Há quem se incline a raciocinar como se um litígio entre particulares fosse algo que unicamente a eles interessasse. Grave engano: o simples fato de ver-se o

9 Vide a respeito, entre outros muitos passos do autor, CAPPELLE ITI, "*La testimonianza della parte nel sistema dell'oralità*, Milão, 1962, vol. 1, pág. 307, nota 8, e *Le grandi tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato, in Processo e ideologie*, Bolonha, 1969, pág. 194.

conflito submetido à decisão do juiz converte o assunto em matéria de interesse geral[10]. Não é difícil compreender por quê.

Em primeiro lugar, o próprio desenrolar do feito pode envolver, e com certa freqüência envolve — além de funcionários e assimilados — pessoas e entidades, privadas e públicas, que se vêem convocadas, nas mais diversas situações, a colaborar com a Justiça, apesar de tão estranhas aos quadros oficiais quanto à lide. Vejamos rapidamente alguns exemplos, que com facilidade se multiplicariam: suspeito de ocultação o citando, qualquer pessoa da família, ou um vizinho, recebe intimação para avisá-lo da hora em que, no dia seguinte, voltará o oficial de justiça, a fim de consumar a citação (Código de Processo Civil, art. 227); terceiro em cujas mãos esteja documento ou outra coisa útil à instrução do processo pode ver-se compelido a exibir aquele ou esta em juízo (arts. 341, nº II, e 362); intima-se o devedor do executado para que não pague a seu credor (art. 671); o empregador do devedor de alimentos tem de proceder ao desconto, em folha de pagamento, da importância da prestação devida ao alimentando (art. 734); o construtor e os operários são intimados a respeitar o embargo inicial, na nunciação de obra nova (art. 938) — e assim por diante. No que tange a entidades e órgãos, bastará mencionar a imprensa, oficial ou não (arts. 232, nº III, 687, 688, 799), os correios (arts. 222/223, 237, nº II, 525, § 2º), a polícia (arts. 445, nº III, 461, § 5º, *fine,* 662/663), os bancos (arts. 666, nº I, 1.219). Acrescente-se a Administração Pública, não raro obrigada a prestar colaboração em processos entre particulares (arts. 399, nº I, 434, parágrafo único, 1ª parte, 734).

Posição especial, naturalmente, ocupam as testemunhas, que, intimadas, não podem furtar-se ao dever de depor, sob pena de condução à força e responsabilidade pelas despesas do adiamento da audiência (art. 412, *caput).* Aliás, qualquer terceiro deve informar o juiz dos fatos e circunstancias que conheça e sejam relevantes para a solução de algum pleito (art. 341, nº I).

8. O ordenamento nacional admite sem rebuço a existência de interesse *público* no desenvolvimento e no desfecho de processos entre particulares. Não é outra a razão de tornar-se obrigatória, seja ou não parte uma pessoa jurídica pública, a intervenção do Ministério Público, em função de *custos legis,* nas hipóteses do art. 82, nºs I, II e III, do Código e noutras previstas em disposições

10 Conservam atualidade as palavras de BERNHARDT, *Die Aufklärung des Sachverhalts im Zivilprozess, in Beiträge zum Zivilprozessrecht* (*Festgabe zum siebzigsten Geburtstag von Leo Rosenberg*), Munique — Berlim, 1949, pág. 30: "*eine Streitsache, die des staatlichen Gertchtsbarket* unterbreitet *ist, keine Privatsache mehr ist* (uma lide submetida à Justiça estatal deixa de ser matéria puramente privada)"; e ainda: "*Durch die Anntfung des Gerichts ist die Streitsache aus dem privaten Bereich gezogen und zu einer Öffentlichen Angelegenheit* geworden (por força do recurso ao juiz, a lide afastou-se do terreno privado e converteu-se em assunto público)".

especiais, inclusive de leis extravagantes: v.g., Dec.-lei nº 7.661 (falência), de 21.6.1945, art. 210; Lei nº 7.347, de 24.7.1985 (ação civil pública), art. 5º, § 1º; Lei nº 9.507, de 12.11.1997 *(habeas data),* art. 12.

Outras vezes, é a própria lei que *cria* para estranhos ao feito, e até para a inteira coletividade, o interesse na decisão de litígios do gênero. O fenômeno alcança o apogeu nos casos — de crescente ocorrência em nosso direito, registre-se — em que se atribui à sentença, sob determinadas condições, a autoridade de coisa julgada material *erga omnes:* assim, por exemplo, no art. 103, nºs I e III, da Lei nº 8.078, de 11.9.1990 (Código de Defesa do Consumidor). De resto, mesmo fora dessas hipóteses, é manifesta a possibilidade de ver-se tocado pela sentença o interesse de terceiro(s); de outro modo não se justificaria o instituto da assistência (Código de Processo Civil, arts. 50 e segs.), nem se entenderia a inclusão do "terceiro juridicamente interessado" entre os legitimados à ação rescisória (art. 487, nº II).

9. Quanto acima resumidamente se expôs basta de sobra para evidenciar a enorme distancia a que fica da realidade a idéia de que apenas aos próprios litigantes interessa o processo em que contendem particulares. Mas há outros dados que, dizendo respeito a relações menos diretas entre ele e terceiros, nem por isso carecem de importância.

Exemplo significativo ministra aqui o desenvolvimento jurisprudência do direito. Ninguém ignora quanto devem os ordenamentos jurídicos à contribuição da jurisprudência. Institutos de superlativa importância para a sociedade nasceram e floresceram à sombra das decisões judiciais, antes que (ou sem que) deles se ocupasse o legislador. O fato é conhecidíssimo; aqui, porém, o que urge ressaltar é a circunstância de que, amiúde, foi de sentenças proferidas em causas de duas simples pessoas físicas que nasceu o filete, depois convertido em caudal, do processo inovador. Deu-se isso, em nosso país, com o concubinato: utilizando o instrumento técnico da "sociedade de fato", os tribunais reconheceram como digno de tutela o interesse da concubina em época na qual faltavam por completo, ou quase, textos legais expressos; e a introdução de disposições específicas deveu-se, em grande parte, ao influxo do movimento jurisprudência. Mas com razão se diz que a mais longa viagem pode começar por um pequeno passo: assim a transformação do panorama teve início com a decisão, aparentemente despretensiosa, por força da qual um Caio qualquer viu dividido com uma obscura Tícia o produto patrimonial dos esforços comuns da convivência não formalizada.

10. Conforme bem se compreende, o fenômeno atinge dimensões especialmente vistosas nos ordenamentos que conferem força vinculativa aos precedentes judiciais: é o caso do norte-americano, onde por isso mesmo o embaraço da escolha dificulta a exemplificação, tão abundante se apresenta a massa de episódios sugestivos. Em numerosos assuntos, ninguém o ignora, a jurisprudência da Suprema Corte, para o bem ou para o mal, por tempo maior ou menor, determinou (e não raro alterou radicalmente) a direção da vida social dos Estados Unidos; ora, estão longe de ser poucos, dentre os de mais intensa repercussão, os pronunciamentos que vieram à luz em pleitos travados entre particulares.

A sorte do regime salarial do trabalho das mulheres sofreu forte e demorada influência do acórdão em *Adkins v. Children's Hospital,* de 1923[11]; a história da conciliação entre a liberdade de expressão e o direito à preservação da intimidade passa necessariamente pelo julgamento de *New York Times Co. v. Sullivan,* em 1964[12]; a das relações entre uma empresa e a sindicalização dos empregados, pelo de *Textile Workers Union v. Darlingron Manufacturing Co.,* no ano seguinte[13]. Plenamente se justifica a afirmação, feita há muito sob variadas formas, e reiterada em nossos dias[14], de que as decisões dos tribunais superiores desempenham dupla função: a de resolver lides e a de regular o futuro — o futuro de milhares, talvez milhões de pessoas, profundamente afetado por aquilo que, à primeira vista, se teria por decidido para duas únicas.

11. Os Estados Unidos, contudo, não podem gabar-se de singularidade nesta matéria. Sabe-se que, mesmo sem prestar vassalagem ao *stare decisis, os* ordenamentos de quase todos os países se têm deixado modelar ou remodelar, em zonas sensíveis, pela jurisprudência. Para tanto concorre a generalizada inclinação de juízes e tribunais de segundo grau para seguir, nas questões de direito, as diretrizes traçadas pelas cortes de mais alta hierarquia: tenha-se em vista, entre nós, o prestígio de que gozam — até em pontos em que talvez não o mereçam... — as *Súmulas* do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Não é de surpreender, por conseguinte, que construções pretorianas, aviadas à margem da lei, e às vezes contra a respectiva letra, hajam terminado por impelir a rumos novos, porventura inesperados, a comunidade social. E repita-se: tudo pode (e costuma) brotar de processos referentes a litígios privados.

11 Vide ao propósito SCHWARZ, *A History of the Supreme Court,* Nova Iorque — Oxford, s/d, págs. 218/9. O autor classifica de "devastating" o impacto produzido por essa decisão no campo da legislação social.

12 Referência colhida em EDILSOM PEREIRA DE FARIAS, *Colisão de direitos,* Porto Alegre, 1996, pág. 142 (cf., aí, a nota 404).

13 Cf. WELLINGTON *Interpreting the Constitution,* New Haven — Londres, 1991, págs. 32/3.

14 Por exemplo, em WELLINGTON, ob. cit., pág. 3: "*All appellate courts, including the Suprome Court, perforrn a dual function: they resolve disputes and they regulate the future. A court's decision purports to justify the result in the controversy before it and to guide the behavior of others — whether private individuais, corporate officers, or public officiais — who someday may wish to avoid similar controversy*".

Rememoremos, nessa perspectiva, uma vicissitude do direito alemão. E fato bastante conhecido a hiperinflação que assolou a Alemanha nos anos subseqüentes à Primeira Guerra Mundial; tão violenta foi a depreciação monetária, que um dólar chegou a valer 4 milhões de marcos! Liberava-se uma hipoteca entregando ao credor quantidade de papel-moeda insuficiente para a compra de um pedaço de pão. Pois bem: foi justamente por aí que despontou a reação judicial. Rompendo com o princípio nominalista, sobre o qual repousava a tradição nacional, o Tribunal do Império *(Reichsgericht)* decidiu reajustar — corrigir, dir-se-ia em tempos mais recentes — uma dívida hipotecária, depois outra, e mais outra, revolucionando, por assim dizer, a história jurídico-monetária do país[15]. Fossem quais fossem as objeções técnicas cabíveis, deu-se solução a gravíssimo problema social e ético, que afligia toda a nação, a partir de simples contenda entre um devedor e um credor — hoje, para nós, anônimos.

E voltemos à nossa própria história jurídica. Em matéria de responsabilidade civil, a partir de certo instante, tornou-se evidente que, nas hipóteses de dano causado por preposto, a via única para tutelar de maneira adequada o interesse da vítima consistia em fazer responder pela reparação o empregador, em regra patrimonialmente capaz, ao contrário do empregado, de cumprir uma condenação ou de suportar uma execução. Havia, entretanto, o obstáculo, intransponível na aparência, do art. 1.523 do Código Civil, cujo teor literal exigia do lesado que provasse a culpa do empregador — ônus de dificílimo cumprimento, a bloquear na prática toda e qualquer expectativa de reparação concreta. Mais uma vez foram os tribunais que abriram o caminho, e ao tratar de incidentes que — pelo menos de começo — pareciam interessar exclusivamente aos particulares em conflito. Enquanto grande parte da doutrina se debatia em hamletianas perplexidades, a jurisprudência, limando a grade do art. 1.523, apontou a saída: presumir-se a culpa do patrão ou comitente, tal qual hoje se lê na proposição nº 341 da *Súmula* do Supremo Tribunal Federal. Semelhante construção, de alicerces fincados sem dúvida no solo de embates privados, repercutiu com intensidade notória na vida da coletividade.

12. Seria fácil reforçar com outras as observações registradas até agora. Essas, no entanto, parecem suficientes para fundamentar uma conclusão: falar em "privatização do processo" é usar expressão, nalguns casos, inadequada; noutros, falsa; em todos, perigosa. Sinto vontade de incluí-la numa lista de modernas invenções do demônio, ao lado das assembléias de condomínio, dos formulários de declaração de renda (melhor: dos formulários em geral) e da maioria dos programas da televisão. Advirto-me a tempo, no entanto, de que

15 Vide a respeito NÖRR, *Le juge allemand face au défi des réalités: guerre mondiale, inflation, révaluation*, trad. franc., no vol. coletivo *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996, págs. 263/4.

Satanás é demasiado inteligente e tem muito que fazer para ocupar-se com coisas tão reles. Serão elas, antes, invenções da própria parvoíce humana, de fertilidade sabidamente inesgotável.

E aqui também me dou conta de que estou a pique de renegar a profissão de fé com que comecei esta palestra. Algum dos presentes já estará a imaginar-me de cara rubra, aos gritos, cidade afora, carregando faixa com os dizeres "Privatização do processo, não", seguidos daquele mesmo ponto de exclamação que me comprometera a evitar — na esperança, quem sabe, de arrastar atrás de mim não digo multidões, mas pelo menos um ou outro aficionado de passeatas, momentaneamente disponível... Salva-me da tentação a lembrança de certa página de Machado de Assis, em que o mestre do estilo — e não só do estilo —, surpreendendo-se na iminência de, contra seus hábitos, carregar demais nas tintas, dirige um alerta a si próprio, mais ou menos assim: "Ui! Já me ia escapando a ênfase". Enfio a carapuça e abandono a pauta enfática.

Para dar às minhas palavras fecho mais ameno, mais condizente com o clima e a hora — espanto-me de ver que tanta gente preferiu este salão à praia, recordarei pilhéria dita por eminente processualista, presidente da Associação Internacional de Direito Processual, quando lhe coube enunciar as conclusões de uma sessão do Simpósio Internacional sobre a Justiça Civil na Era da Globalização, realizado há seis anos em Tóqulo. Depois de advertir em tom sério que, ao reformar a Justiça civil, não devemos esquecer que ela ainda é um serviço público, confessava o ilustre professor, ironicamente, o receio de ver algum dia escrito acima da porta de entrada de um tribunal: "Os julgamentos de hoje serão realizados num oferecimento de Coca-Cola"...[16]

16 Eis o trecho completo de STORME, no original: "*Finally, I wish to stress that in reforming civil justice, we shouid not forget that Justice is still a public service. We must sound a warning of the dangers inherent in a general 'privatization of justice'. Let me say with the utmost frankness that I fear the dav when, on entering a court, we read above the entrance door: 'Todav judgments will be rendered bv this Court by courtesy of Coca Cola'*" (no vol. cit. em a nota 2, *supra*, pág. 277).

SOLENIDADE DE ENTREGA DO TÍTULO DE DOUTOR HONORIS CAUSA AO PROFESSOR PIETRO PERLINGIERI*

GUSTAVO TEPEDINO

Reitor Magnífico, Senhor Cônsul-Geral da Itália, ilustres Membros da Assembléia dos Conselhos Superiores aqui reunidos, autoridades presentes, alunos e alunos da Graduação e da Pós-Graduação, minhas senhoras, meus senhores,

Este é para a Universidade do Estado do Rio de Janeiro e particularmente para a Faculdade de Direito um momento histórico, que se reveste para mim de júbilo e profunda emoção. Ao lado da inevitável reminiscência pessoal, testemunha que sou da generosa acolhida de estudantes e pesquisadores de diversos continentes que puderam conhecer, na Itália, a obra doutrinária, didática e institucional do Professor Perlingieri, sua presença aqui tem especial significado simbólico, na construção, que neste momento procuramos realizar, no seio do Departamento de Direito Civil e do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UERJ, de um centro de produção científica e de pensamento doutrinário. Ajuda-nos, por outro lado, a perceber que nossas Instituições Universitárias só podem ser fortalecidas e consolidadas através do sacrifício pessoal e do incessante trabalho em busca da excelência acadêmica, que as torne respeitadas e imprescindíveis aos olhos da sociedade.

Assim é que, mais do que homenagear um jurista extraordinário e homem público exemplar, a outorga pela Assembléia dos Conselhos Superiores da Universidade do título de doutor *honoris causa* a Pietro Perlingieri expressa o reconhecimento a uma personalidade que, em toda a sua vida, se preocupou com o fortalecimento da Universidade Pública e das Instituições acadêmicas e

* Saudação ao homenageado, da Assembléia dos Conselhos Superiores, proferida pelo Diretor da Faculdade de Direito da UERJ, GUSTAVO TEPEDINO, em 24 de agosto de 1998.

científicas, no âmbito das quais cultivou e desenvolveu sua profícua Escola de Pensamento.

Nascido na pequenina Solopaca, em 7 de fevereiro de 1937, tendo se graduado na Faculdade de Direito de Nápolis em 1959, alcançaria a Cátedra em Direito Civil ainda muito jovem, no conturbado ano de1968, quando a Universidade européia enfrentava verdadeira crise de identidade, motivada pelo choque de idéias e costumes de uma sociedade decidida a rever todos os seus padrões de comportamento. À geração de jovens professores, altamente preparados, que substituiria os respeitadíssimos e conceituados docentes de formação conservadora na Itália dos anos 70, caberia a difícil tarefa de construir uma ponte (ou seria uma ruptura?) entre o passado e o futuro, entre o saber científico forjado na esteira de vetusta e importante tradição cultural e um novo modelo de conhecimento que se adequasse à múltiplas demandas de um mundo em ebulição.

Muito se escreveu na Itália neste rico período, inúmeras foram as tentativas de se reverem paradigmas e, especificamente no campo jurídico, floresceram correntes doutrinárias de vários matizes teóricos, procurando oferecer métodos interpretativos ajustados aos novos direitos, disciplinados por um sem números de leis setoriais, fruto de um pluralismo ideológico que caracterizaria, cada vez com maior intensidade, a sociedade contemporânea.

Foi precisamente neste contexto que o Professor Perlingieri assumiu a cátedra de Direito Civil em Camerino, berço de Emilio Betti, cuja Universidade, fundada em 1336, insere-se na pacata região de Marche, cenário humanista que viu nascer *Giacomo Leopardi*, dentre outros gênios que só a Itália sabe gerar. Ali o Professor Perlingieri, renunciando ao tranqüilo e confortante gáudio individual que a sua produção científica e o conceito acadêmico lhe reservaria, valeu-se justamente de sua reputação, capacidade de trabalho e liderança para construir, ao lado da Faculdade de Direito (*Facoltà di Giurisprudenza*) a *Scuola di perfezionamento in diritto civile*, hoje *Scuola di Specializzazione in diritto civile*, onde, desde então, ininterruptamente, passou a promover uma intensa atividade didática e de pesquisa, expressa em numerosas coleções de livros, comentários, coletâneas, teses, revistas, seminários, cursos, além do mais importante programa de pós graduação em direito civil de toda a Itália.

Em Camerino, na Escola criada por seu idealismo e labor, o Professor Perlingieri construiu uma biblioteca que ostenta cerca de 150.000 volumes de direito privado, constituindo-se em uma das mais completas e provavelmente a mais bem organizada biblioteca de direito civil da Itália. Este tesouro foi franqueado gratuitamente aos estudantes de todas as regiões da Itália e aos estrangeiros, sem qualquer discriminação, os quais, vindos de diversos países europeus, da África e de todos os países da América Latina viam-se, como eu

próprio, rigorosamente encantados, pela possibilidade de estudar, ler e se apaixonar por todo aquele admirável acervo bibliográfico e literário.

Após ter sido Reitor da Universidade de Camerino, o Professor Pietro Perlingieri, sem jamais se afastar da Escola por ele criada, ampliou a sua esfera de atuação, assumindo sucessivamente as conceituadas cátedras das Universidades de Turim, Salerno, Nápolis e, de 1987 e 1990, a Cátedra de Instituições de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Roma (La Sapienza). Sua inquietação, contudo, impediria que se satisfizesse com as vitórias já alcançadas. Desloca-se novamente para Salerno, criando ainda a Faculdade de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade de Salerno, sede de Benevento, e a Faculdade de Ciências Econômicas e Sociais da Universidade do Molise, da qual foi também Reitor.

Eleito Senador da República em 1994, assumiu funções de excepcional relevância política, como a Presidência da Comissão de Assuntos Constitucionais (*Comissione degli Affari Costituzionali*), aprovou inúmeros projetos de lei e prestou inestimável contribuição ao ensino, à cultura, à Universidade, às ciências sociais e humanas. Atualmente, realiza o seu antigo sonho: constrói a Universidade de Sannio, localizada em Benevento, Itália, da qual acaba de assumir a Reitoria, iniciando assim mais um enorme desafio administrativo e acadêmico, destinado à difusão e ao desenvolvimento de uma atividade universitária visceralmente comprometida com a realidade contemporânea; uma Universidade que, como me disse ainda ontem o Professor Perlingieri, esteja ao mesmo tempo inteiramente voltada para a realidade local e francamente descortinada às idéias, às contribuições e à influência vindas de todas as partes do mundo.

A sua atuação em todos esses Centros Universitários por que passou, criando, fortalecendo e consolidando Instituições Públicas, deixou marcas indeléveis provindas do dinamismo, do permanente incentivo a jovens docentes e pesquisadores, bem como o profundo respeito ao pluralismo ideológico, aspectos que sempre o caracterizaram e que estão presentes, de maneira viva, nos volumes da *Rassegna di diritto civile*, uma das mais respeitadas revistas jurídicas hoje em circulação, fundada e dirigida pelo Professor Perlingieri, publicada pela ESI, *Edizioni Scientifiche Italiane*, Editora por ele presidida.

Todas essas importantíssimas atividades, contudo, só se fizeram possíveis, graças ao enorme prestígio intelectual e acadêmico adquirido, primordialmente, em razão de sua formidável obra doutrinária. Fundador da escola de pensamento que, no direito civil, propõe uma releitura dos institutos do direito privado à luz da legalidade constitucional, com mais de 50 discípulos em plena atividade, ocupando cátedras de direito civil, o Professor Perlingieri, em sua longa trajetória intelectual, cuja produção abrange mais de 300 publicações de grande repercussão científica, procura delinear, nos diversos campos de aplicação do

direito civil, um método interpretativo de uma coerência impressionante. Talvez aí resida a chave para se compreender o êxito alcançado por sua corrente doutrinária. Ao contrário de tantas outras, sazonais e fugazes, o crescimento, difusão e consolidação de sua Escola de Pensamento — a Escola de Camerino, ou a *Scuola Camerte* — deve-se, muito provavelmente, à rigorosa concatenação dogmática, lógica e metodológica com que percorre todos os temas, novos e antigo, que afligem, a cada dia, o jurista contemporâneo, tarefa da qual se desincumbe com obstinada preocupação didática.

Não seria possível aqui percorrer toda a sua obra, que leio, releio, estudo e venho difundindo entre meus alunos há mais de 10 anos. Não poderia deixar, no entanto, de registrar alguns de seus importantíssimos livros, hoje já clássicos, no âmbito do direito civil, tais como:

I negozi su beni futuri — La compravendita di 'cosa futura'(1962);
Rapporti preliminare e servitù su 'edificio da costruire' (1966);
Remissione del debito e rinunzia al credito (1969)
Introduzione alla problematica della 'proprietà' (1971);
Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni (1972);
Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento (art.1230 a 1259), volume inserido na mais importante Coleção de Comentaristas do Código Civil italiano, coordenado por Scialoja e Branca (1975);
Profili istituzionali del diritto civile (1975) — Perfis do Direito Civil, traduzido no Brasil pela Renovar, e que estará sendo autografado pelo autor ainda nesta manhã.
Tendenze e metodi della civilistica italiana (1979);
Il trasferimento del credito. Nozione e orientamenti giurisprudenziali (1981);
Della cezione dei crediti, art. 1260-1267, volume inserido na mesma coleção de Comentários ao Código Civil de Scialoja e Branca (1982);
Il diritto civile nella legalità costituzionale (1984)
La legislazione civile annotata con la dottrina e la giurisprudenza (1985), obra de 12 volumes (coordenada pelo Professor Perlingieri, em 1985)
Forma dei negozi e formalismo degli interpreti (1987)
Scuole tendenze e metodi — Problemi del diritto civile (1989)
Diritto comunitario e legalità costituzionale — per un sistema italo-comunitario delle fonti (1992)

Este importante volume (oferecido, sendo consentido um breve parêntese), poeticamente, a seu filho, aqui presente, Giovanni, com a dedicatória: *a Giovanni, che nello sguardo ormai virile conserva la dolcezza di un tempo* — a Giovanni, que no olhar hoje viril conserva a doçura de um tempo) assinala uma nova e intensa preocupação do professor Perlingieri para com os problemas do

direito comunitário, que hoje já tanto nos angustiam, na perspectiva do nosso ainda incipiente Mercosul. Revela uma crítica aguda aos autores que sustentam, diante do direito supranacional, uma recepção servil aos interesses de hegemonias econômicas externas, distantes dos interesses locais.

Ali o Professor Perlingieri demonstra como o novo sistema de fontes normativas, inaugurado com a produção legislativa comunitária, ao invés de fazer desmoronar a ordem pública interna e a legalidade constitucional, deva, ao contrário, significar um processo contínuo de integração das normas comunitárias, de modo tal que, embora incidindo profundamente sobre o conteúdo das relações intersubjetivas, possa se aplicar em harmonia e respeito aos valores culturais que caracterizam a identidade de cada país e que são expressos nos textos constitucionais.

No ano passado, concluiu o seu *Manual de Direito Civil*, que já agora merecerá uma segunda edição.

Sobre essa monumental obra, seria difícil e inoportuna uma análise superficial, em momento de festa, como o que hoje vivemos.

Costuma-se dividir os juristas entre os germinativos e os sistematizantes. Os primeiros oferecem idéias novas (*spunti*), destinados a servir de germe para o trabalho das gerações futuras. Os segundos, ao contrário, sistematizam, organizam os institutos jurídicos, oferecem uma contribuição dogmática mais densa. Os primeiros se caracterizam pela criatividade; os segundos, ao contrário, pela profundidade da obra. O Professor Pietro Perlingieri possui o raro talento de ser, a um só tempo, germinativo e sistematizante, criativo e profundo, inovador e consolidador.

Que suas idéias e seu exemplo de vida institucional possam frutificar em solo brasileiro, tendo como morada a nossa Universidade do Estado do Rio de Janeiro, cujo corpo docente, a partir de agora, se orgulha de poder tê-lo como um dos seus pares.

Parabéns ao Conselho Universitário, presidido pelo nosso querido Reitor Antônio Celso Alves Pereira, pela feliz outorga;

La ringrazio di cuore, mio carissimo maestro, Professor Pietro Perlingieri.

Salão Nobre da Faculdade de Direito, 24 de agosto de 1998

AGRADECIMENTO DO PROFESSOR PIETRO PERLINGIERI POR OCASIÃO DO RECEBIMENTO DO TÍTULO DE DOUTOR *HONORIS CAUSA* DA UNIVERSIDADE DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, EM 24 DE AGOSTO DE 1998

Magnifico Rettore, illustre Preside della Facoltà di Giurisprudenza, chiarissimi colleghi, consentitemi di exprimere una grande sodisfazione per questo cosí prestigioso riconoscimento ed altresí una grande emozione per questa cerimonia che ricorderó come una giornata di festa voluta da generosi colleghi brasiliani ai quali va la mia riconoscenza ed il mio vivo apprezzamento.

La globalizzazione dell'economia da sola puó essere pericolosa se non accompagnata dalla diffusione della cultura e della ricerca scientifica; il primato della tecnologia senza adequato umanismo può comportare uno sviluppo velleitario ed apparente.

La tradizione latina, formata sul valore della dignità della persona e sul solidarismo, è il substrato sul quale costruire il primato dell'*essere* sull'*avere*, l'eguaglianza nella giustizia sociale.

L'Università deve contribuire a promuovere e a diffondere conoscenza; nella società moderna la diseguaglianza piú odiosa e piú penosa è non tra chi ha e chi non ha, ma soprattutto tra chi sa e chi non sa.

L'impegno di qualsiasi docente è di non dimenticare mai che insegnare non è potere ma responsabilità: voi colleghi di Rio avete voluto attribuirmi, con la laurea *honoris causa*, una maggiore responsabilità che deriva dal Vostro prestigio. Vi assicuro che non lo dimenticherò e che continuerò, anche nel Vostro nome a impegnarmi nel magistero dell'insegnamento e della ricerca. Ricordatemi come un'collega esterno, alla Vostra Università, un collega che avverte di essere Vostro debitore e che saprà rimanere Vostro sincero amico ed estimatore. Sulla base di questa stima e di questa amicizia sarà nostro compito ampliare la cooperazione didattica e scientifica tra l'Università brasiliana e quella italiana a vantaggio dei nostri giovani studenti e studiosi, ai quali in questo momento va il mio ricordo, il mio augurio unitamente all'incitamento a percorrere con serietà e passione la difficile ma splendida, meravigliosa strada degli studi che ha come tendenziale risultato la formazione di uno *homo sapiens* che abbia la supremazia sull'*homo economicus*. Grazie.

TEIXEIRA DE FREITAS, O OPERÁRIO, O LIDADOR INCANSÁVEL, O SERVO DA VERDADE JURÍDICA[1]

RICARDO PEREIRA LIRA

Poucas vezes terá estado um agraciado tão distante da outorga recebida, quanto estou da Medalha Teixeira de Freitas. Láurea imensa, que me confunde deveras, quando recordo, em angustiada relembrança, juristas eminentes que, no passado remoto e no passado recente, tiveram a glória de ostentá-la.

Essa distância é toda preenchida pela generosidade excessiva dos que tiveram a lembrança de meu nome, pela generosidade excessiva do Egrégio Conselho Superior e do Presidente Benedito Calheiros Bomfim.

Registro e recolho a bondade de todos, na modéstia que me confrange, na consciência inescondível das minhas limitações.

Igualmente generosas, justificadas pela amizade que nos une, as palavras desse notável JÚLIO CESAR DO PRADO LEITE, nosso orador oficial no biênio vindouro, a quem peço receber a expressão intensa de meus agradecimentos e a segurança da gratidão de sempre.

Convencido de que o galardão sobra em mim, não tenho como ajustá-lo, senão cinzelando, para os não iniciados, o vulto extraordinário dessa soberba estrutura de jurista que foi TEIXEIRA DE FREITAS, senão reavivando, para os iniciados, os traços, nem sempre suficientemente recordados, desse estudioso maior, em memória de quem aqui nos reunimos.

A Vila de Nossa Senhora do Rosário de Porto da Cachoeira, "não muito distante de Salvador,... em um vale cercado de morros nas abas da serra Timborá, à margem do Paraguaçu, cortada por águas claras e abundantes de alguns riachos..." (Apontamentos para o Dicionário Geográfico do Brasil", ed.

1 Discurso proferido pelo Professor Ricardo Pereira Lira ao receber do Instituto dos Advogados Brasileiros, em 6.12.1995, a Medalha Teixeira de Freitas, outorgada ao jurista pelo conjunto dos trabalhos publicados produzidos pelo agraciado.

1984), tem o privilégio de ter servido de berço a CASTRO ALVES, o patrono dos poetas brasileiros, e, como se não bastasse, desfruta a honra de nela haver nascido AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS.

Tanto na Colônia, como no Império, foi uma das mais prósperas vilas da província, ponto de fluxo e refluxo das comunicações marítimas e fluviais, porta de entrada para os transportes terrestres destinados ao imenso sertão baiano.

Cidade histórica, tendo à sua frente, acariciado pelo Rio Paraguaçu, o casario encantador de uma cidade menor, São Félix, ambas ligadas pela monumental ponte mandada importar pelo Imperador.

Ali estive, em companhia de minha mulher, há alguns anos atrás, especialmente para ver, na Cidade de Cachoeira, o sobrado de três pavimentos, na Rua Das Ganhadeiras, atual Sete de Setembro nº 34, hoje abrigando o fôro local. "Velho prédio colonial, de estilo singelo, com quatro portas no andar térreo e quatro janelas em cada um dos pavimentos superiores, sobressai entre duas casas do mesmo estilo, de apenas dois pavimentos. Não ostenta nenhum enfeite na fachada lisa e alta, com o beiral de telhas despejando as águas pluviais para a rua. Pelo porte, para a época em que foi edificado, deve ter sido uma das melhores construções da cidade" (SILVIO MEIRA, *in* "TEIXEIRA DE FREITAS, O Jurisconsulto do Império, Vida e Obra, ed. 1983, pág. 11).

Nele nasceu, no dia 19 de agosto de 1816, AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS, filho de ANTÔNIO TEIXEIRA DE FREITAS BARBOSA e FELICIDADE DE SANTA ROSA DE LIMA TEIXEIRA, Barão e Baronesa de Itaparica.

Pouco se conhece de seus estudos primários, mas, com 16 anos, já concluíra o primeiro ano do Curso de Direito, em Olinda, transferindo-se para São Paulo. Registra Spencer Vampré incidente ocorrido com TEIXEIRA DE FREITAS na Academia de São Paulo, quando em circunstancias não bem esclarecidas, ele arguiu a suspeição da banca examinadora integrada pelos PROFESSORES CLEMENTE FALCÃO DE SOUZA e FRANCISCO JOSÉ FERREIRA BATISTA.

O Diretor da Academia CARLOS CARNEIRO DE CAMPOS enviou ofício ao Ministro do Império informando que TEIXEIRA DE FREITAS era estudante exemplar, bastante aplicado e um dos melhores estudantes do quarto ano, mas deixava a decisão da matéria à sabedoria do Governo, por isso que maus estudantes poderiam valer-se de semelhante estratagema para liberarem-se de lentes rigorosos (inteiro teor do ofício *in* SILVIO MEIRA, op. cit., págs. 30/31).

Insatisfeito, volta TEIXEIRA DE FREITAS ao Curso de Olinda, anotando a crônica que teria ele deixado o Curso em São Paulo com o protesto de que "havia de encher as arcadas da gloriosa Faculdade com o eco do seu nome..." (*in* HAROLDO VALADÃO, "Teixeira de Freitas, Jurista Excelso do Brasil, da América, do Mundo", Arquivos do Ministério da Justiça, vol.76/1, 1960, pág. 8.

Bacharela-se em Olinda, em outubro de 1837, observando-se que teria interrompido o curso ao longo do ano de 1836, em virtude da morte de seu pai e do seu casamento, em 9 de maio de 1836, com sua prima MATILDE TEIXEIRA DE LIMA.

Desse casamento, feliz e tranquilo, nasceram-lhe dez filhos. A morte prematura de três deles causa a TEIXEIRA DE FREITAS profundo abalo.

Diplomado pela Faculdade de Olinda, regressa a Salvador, sendo nomeado Juiz de Direito da 1ª Vara Cível da Comarca da Capital, pelo Decreto nº 9, de 20 de janeiro de 1838.

Aceno fugaz

TEIXEIRA DE FREITAS não chegou sequer a exercer o cargo.

A nomeação havia sido feita por um governo rebelde, resultante do movimento revolucionário dirigido pelo médico e professor SABINO ALVARES DA ROCHA VIEIRA — *a sabinada* — que pretendia desvincular a província do governo regencial, através de uma "república provisória", que se reintegraria no Império, assim que Pedro II alcançasse a maioridade.

Os fatos não permitem certeza quanto à participação de TEIXEIRA DE FREITAS na rebelião. Sobreveio a absolvição, por sentença de 19 de dezembro de 1838, da lavra do Dr. ANTÔNIO GOMES VILAÇA, sob o fundamento de que ele só havia aceito o cargo para obter a liberdade do sogro, que se encontrava preso, pondo-o assim ao abrigo de qualquer violência.

Livre do processo, TEIXEIRA DE FREITAS se transfere para o Rio de Janeiro, aqui chegando em 1843.

Estabeleceu seu escritório de advocacia, inicialmente, na Rua da Quitanda, e, posteriormente, no Beco das Cancelas nº 4.

Teve êxito na atividade profissional, participando em 1843 da fundação deste INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS, ao lado da nata dos juristas e advogados de então.

Foi membro do primeiro Conselho Diretor desta Casa, vindo a ser escolhido Presidente deste INSTITUTO em 1857, o quarto dos presidentes desta egrégia entidade.

Não concluiu o mandato, renunciando à Presidência, por força de razões não bem definidas.

O fato seguramente se prende a uma questão submetida a debate nesta Casa em que se discutiu "se seriam livres ou escravos os filhos de uma escrava que, em testamento, fora libertada, mas com a cláusula de servir a um herdeiro ou legatário enquanto este vivesse".

Defendeu TEIXEIRA DE FREITAS a tese afinal vencida de que os filhos persistiam escravos, prevalecendo a conclusão contrária, sustentada pelo consulente CAETANO ALBERTO SOARES.

Em passagens da sua carta de renúncia, que atribuía fatos havidos durante o debate, assevera o eminente jurista:

"Em questões abstratas de jurisprudência, não posso compreender que se desenvolvam paixões, não sei também que frutos se possam colher dos assaltos de uma primeira idéia, e arrebatamentos do entusiasmo, em matéria de pura observação e raciocínio" (*apud* SÁ VIANNA, "AUGUSTO TEIXEIRA DE FREITAS — Traços Biográficos", ed. Typ. Hildebrandt, R.J., 1905, pág. 45).

Ao final aduz:

"Não me tenhais também por orgulhoso, imodesto e intolerante. As opiniões alheias devem ser respeitadas, mas a certeza não é o mesmo que a dúvida. Se me negardes o brilho do sol, eu não direi que tendes uma opinião, direi que sois cegos. Bem conheço que o meu modo de enunciar, natural consequência da retidão do meu espírito, é o menos próprio para carrear a benevolência de todos; porém estou resignado, não quero posições artificiais nem essas reputações falsas, cobertas de elogios, que tanto abundam em nosso país. (SÁ VIANNA, op. cit. págs. 78/79).

Impende gisar que o parecer de TEIXEIRA DE FREITAS sobre a *quaestio* proposta à consideração desta Casa se devia tão-somente à sua convicção haurida nas fontes romanas, não significando qualquer simpatia pela escravidão.

Basta considerar que na introdução à Consolidação das Leis Civis, para cuja feitura viria posteriormente a ser contratado pelo Governo assinalava:

> **"Cumpre advertir que não há um só lugar do nosso texto onde se trate de escravos. Temos é verdade a escravidão entre nós; mas se esse mal é uma exceção que lamentamos, e que já está condenado a extinguir-se em uma época mais ou menos remota, façamos também uma exceção, um capítulo avulso. Na reforma das nossas leis civis, não as maculemos com disposições vergonhosas, que não possam servir para a posteridade: fique o estado de liberdade, sem o seu correlativo odioso. As leis concernentes à escravidão (que não são muitas) serão pois classificadas à parte, e formarão o nosso *Código Negro*"**

Foi indicado TEIXEIRA DE FREITAS para Advogado do Conselho de Estado em 1845, mantendo-se nessa condição até 1880. Solidificou-se sua fama crescente de erudito e exímio jurista, atendendo inúmeras consultas, com poderosos e fundamentados pareceres.

Com a mestria de sempre, sublinha o eminente consócio, Professor e Jurista CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que o Direito Civil, na primeira metade do século passado, se perdera a si mesmo: "As Ordenações, especialmente o

Livro IV das Obrigações, eram apenas o suporte remoto da legislação vigente. O que imperava em Portugal até 1867, e ainda continuou vigendo no Brasil por força da lei de 23 de outubro de 1823 era um emaranhado de disposições descosidas, misto do que viera importado da metrópole lusitana no período colonial e do que se lhe adicionara aqui, com força legislativa. A par do que seria direito legislado, se é que assim se pode rotular, corriam mundo e tinham acolheita no foro um Direito Romano acobertado e selecionado pela Lei da Boa Razão, mas sobretudo os comentários em torno das Ordenações. Obra de cunho prático, que circulava sem menção de autoria, com o título de Repertório das Ordenações e Leis do Reino de Portugal, editado em Coimbra no ano de 1795, facilitava a consulta pela distribuição da matéria em verbetes colocados em ordem alfabética. Porém sem atualização, superada pelo tempo" ("A Influência de Teixeira de Freitas na Elaboração do Código Civil Brasileiro", *in* Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, Ano XVII, nº 61, 2º semestre de 1983, pag. 142).

O Artigo 179, inciso XVIII, da Constituição Imperial de 1824, determinava se organizassem, quanto antes, um Código Civil e um Código Penal, fundados "nas sólidas bases da Justiça e da Equidade".

O Código Criminal veio à luz em 1830. Os caminhos que levaram ao Código Civil de 1916 foram hesitantes e tortuosos, passando marcantemente pela figura dominante de TEIXEIRA DE FREITAS.

A investidura de JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, no Ministério da Justiça, é decisiva na indicação de TEIXEIRA DE FREITAS para a missão hercúlea de classificar e ordenar a legislação, como trabalho preparatório da codificação.

Na exposição datada de 10 de junho de 1854, endereçada a NABUCO DE ARAÚJO, TEIXEIRA DE FREITAS deduz proficientemente seu plano de trabalho, sendo afinal contratado pelo Governo, em 15 de fevereiro de 1855, para coligir e classificar toda a legislação pátria e consolidar a civil.

Importa lembrar que trabalhos dessa envergadura, historicamente, são entregues a comissões e não a um especialista isoladamente.

No concernente à Lei das Doze Tábuas, por exemplo, em 452 a.C., o Senado Romano elegeu uma comissão de dez membros. Uma comissão tríplice foi enviada à Grécia, para estudo das leis helênicas, posteriormente explicadas em Roma pelo exilado grego HERMODORO (vide verbete "Codificação" na Enciclopaedia Mirador Internacional, de minha autoria).

Em 450 a.C., novos decênviros, já agora com a participação de plebeus, redigiram mais duas tábuas.

O primeiro Código das compilações justinianéias foi elaborado por uma comissão de dez membros, entre os quais TRIBONIANO e TEÓFILO, professor da escola jurídica de Constantinopla.

O Digesto ou Pandectas teve origem em uma constituição de 15 de dezembro de 530 ("De conceptione digestorum" — "Sobre a criação dos digestos"; ou "Deo Auctore"), pela qual JUSTINIANO determinou que TRIBONIANO compusesse e dirigisse uma comissão para compilar a matéria extraída das obras dos jurisconsultos antigos. Essa comissão foi integrada por 16 jurisconsultos, sendo 11 advogados, 2 professores da Escola de Berito (DOROTEU e ANATÓLIO), 2 professores da Escola de Constantinopla (TEÓFILO e CRATINO), e um antigo professor dessa última escola, CONSTANTINO, que já havia colaborado na elaboração do primeiro Código.

Para as Institutas, JUSTINIANO designou uma comissão tríplice (TRIBONIANO, DOROTEU e TEÓFILO), com a recomendação de tomarem por modelo as Institutas de GAIO.

O segundo Código ("Codex Repetitae Praelectionis") foi feito por uma comissão de cinco membros: TRIBONIANO, DOROTEU e três advogados.

Quanto às codificações modernas, o Código Napoleão teve seu nascedouro no ato do então Primeiro Cônsul, datado de 13 de agosto de 1800, criando uma comissão de 4 (quatro) membros: TRONCHET, BIGOT DE PRÉAMENEU, PORTALIS e MALEVILLE.

Na Itália, a reforma geral e sistemática do Código Civil de 1865 começou concretamente com a constituição de uma comissão real para mudança dos códigos, baseada na Lei Delegada nº 2.814, de 30 de dezembro de 1923.

Quanto ao Código Civil alemão de 1896, obra de elaborada meditação científica, resultou de dois projetos, em cuja concepção tomaram parte os mais eminentes juristas, inclusive LEVIN GOLDSMITH e o pandectista BERNARD WINDSCHEID.

No Brasil, o projeto de CLÓVIS BEVILAQUA já partia de um imenso e rico manancial, consubstanciado no trabalho coletivo de inúmeras frustradas tentativas de codificação.

Os textos resultantes dos movimentos de reforma do nosso Código Civil, inclusive o pendente que se encontra no Senado Federal, foram todos concebidos por colegiados numerosos designados pelo Governo.

O que se quer enfatizar com essa remissão histórica e essa referência aos trabalhos de consolidação e codificação de textos legislativos é que, como regra, eles são entregues a um conjunto de estudiosos que, pela aglutinação e troca de informações, partilham o esforço, a angústia e a responsabilidade da tarefa conspícua.

Tal não aconteceu com TEIXEIRA DE FREITAS.

SÓ, IMENSAMENTE SÓ, ELE FOI POSTO EM FACE DE UMA LEGISLAÇÃO MULTIFÁRIA E DESORDENADA, COM A MISSÃO DE CLASSIFICÁ-LA E ORDENÁ-LA.

Sua capacidade de trabalho, seu esforço, seu poder de concentração integral, seu desprendimento, seu amor ao País, permitiram o cumprimento cabal da missão, através da edição da CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS, após o exíguo prazo de três anos.

A primeira edição foi publicada em 1857, sem o prévio exame oficial do texto.

A revisão foi determinada pelo Aviso de 9 de fevereiro de 1858, quando a primeira edição já estava circulando.

A Comissão composta pelo VISCONDE DE URUGUAI, por JOSÉ TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO e CAETANO ALBERTO SOARES, assim se pronunciou sobre a Consolidação

> **"Por meio do exame a que procedeu a Comissão, chegou ela à justa apreciação dessa elaboração que, a par do estudo profundo, erudição vasta e método didático, dá testemunho do zelo, dedicação e constância do seu distinto autor; e recomenda e atesta sua habilitação para o Projeto de Código Civil, do qual a Consolidação é preparatório importante".**

Prossegue o relatório governamental:

> **"A Comissão considera a Consolidação digna de aprovação, senão de louvor do Governo Imperial, pela fidelidade e clareza do texto, pela ilustração das notas respectivas, as quais o fundamentam e, ao mesmo tempo, o regeneram dos erros e abusos da praxe; sendo que dest'arte a Consolidação, além do fim especial a que se destina, presta um serviço importante ao foro, desvairado pela incerteza e diversidade de opiniões, as quais, no vazio do direito pátrio, acham largas para o arbítrio, adotando muitas vezes como subsidiárias, por suposta omissão da nossa lei, disposições que lhes são contrárias"**

Sem minimizar a relevância do ESBOÇO de Código Civil, tarefa a que subseqüentemente iria dedicar-se o jurisconsulto, autores há que reconhecem na CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS CIVIS a cumeada maior atingida pela genialidade de TEIXEIRA DE FREITAS, pelo fato de

(a) revelar o poder de fixar ordenadamente um direito que se perdera a si mesmo;

(b) evidenciar a clareza que lhe era possível, com preceitos de inteligência simples, suscetível de fácil entendimento aptos a serem aplicados; e

(c) consubstanciar contribuição doutrinária com que enriquece e ilustra os preceitos, em "notas" de seguro conhecedor do direito (*apud* CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, op., cit. pág. 142)

A Consolidação mereceu ainda duas edições, sendo a "terceira edição mais aumentada" de 1876.

JOSE TOMÁS NABUCO DE ARAÚJO, em 22 de dezembro de 1858, Ministro e Secretário de Estado dos Negócios da Justiça, foi autorizado a contratar jurisconsulto de sua escolha para elaborar um projeto de Código Civil.

O indicado foi TEIXEIRA DE FREITAS, celebrado o contrato em 11 de janeiro de 1859.

Estava praticamente pronto o ESBOÇO, já com grandes proporções (4908 artigos), quando o mestre se convenceu da necessidade de modificar profundamente o plano inicial, sugerindo ao Governo um Código Geral, dividido em dois livros, o primeiro sobre as causas jurídicas, o segundo sobre os efeitos jurídicos, e um Código Civil, absorvendo a matéria contida no Código Comercial.

A sugestão do jurisconsulto foi aprovada pela Seção de Justiça do Conselho de Estado, mas a proposta ao final não foi aceita pelo Governo, sendo sensível a resistência de então Ministro da Justiça, JOSÉ DE ALENCAR, à pretendida mudança de orientação.

Aliás os trabalhos da Comissão de revisão do ESBOÇO se haviam processado de forma deveras extenuante para TEIXEIRA DE FREITAS, tantas as objeções frontais e maciças de alguns integrantes. Tratava-se, como diz SILVIO MEIRA, de uma "avalancha de críticas, discordâncias, censuras, entremeadas de elogios" (op. cit. pág. 225).

Em 20 de outubro de 1867, escrevia TEIXEIRA DE FREITAS ao Ministro:

> **"Há desarmonia profunda, Exmo. Senhor, entre o meu pensamento atual sobre tais assuntos e as vistas do Governo Imperial. Está satisfeito o Governo com os trabalhos de que já tem conhecimento, e o autor mal contente.**
>
> .....
>
> **O Governo espera por um projeto de Código Civil no sistema desse Esboço, sistema traçado no meu contrato de 10 de janeiro de 1859, e para mim já não há possibilidade de observar tal sistema, convencido, como estou, de que a empresa quer diverso modo de execução" (SILVIO MEIRA, op. cit., pág. 258).**

Como observa SILVIO MEIRA, o que o Governo queria era um código de rotina, prático, de aplicação imediata, não era uma obra científica de altíssimo estilo, capaz de revolucionar os métodos de classificação até então conhecidos.

Ao sustentar a necessidade de um Código Geral, dizia TEIXEIRA DE FREITAS:

"No Código Geral as leis que ensinam, nos outros códigos as leis que mandam. O Código Geral para os homens de ciência, os outros códigos para o povo".

O impasse era insuperável e, em 1872, o CONSELHEIRO DUARTE DE AZEVEDO explicitou a rescisão do contrato, que JOSÉ DE ALENCAR já considerava de pleno direito extinto em 1864, com o advento do termo final da prorrogação do prazo.

O fato traumatizou TEIXEIRA DE FREITAS, que se fixou algum tempo em Curitiba, onde parece ter retomado suas forças, realizando trabalhos que permitem inferir sua recuperação.

SILVIO MEIRA busca demonstrar não haver o extraordinário jurista **chegado à amentalidade.**

Morreu ele no Barreto, em Niterói, Rio de Janeiro, em 12 de dezembro de 1883, aos 67 anos de idade, sendo enterrado no Cemitério de Maruí.

Extinguiu-se o notável jurisconsulto pobre e abandonado pelos amigos.

Seus restos mortais foram trasladados para a Bahia, jazendo em urna depositada na Faculdade de Direito.

Hoje, sua memória está resgatada, materializada na estátua de corpo inteiro que domina o frontispício desta CASA DO ADVOGADO, depois de ter estado em frente ao velho SILOGEU. Resgatada, sobretudo, no reconhecimento continental de sua influência nas codificações do Atlântico Sul, principalmente Argentina, Uruguai e Paraguai.

Assinale-se o trabalho do saudoso HAROLDO VALADÃO, Presidente desta Casa nos anos de 1944 a 1946: "TEIXEIRA DE FREITAS, JURISTA EXCELSO DO BRASIL, DA AMÉRICA, DO MUNDO".

A obra de TEIXEIRA DE FREITAS é imensa, extraordinária, porém menor que as virtudes empregadas para construí-la (HAHNEMANN GUIMARÃES, *in* Revista Forense, fev. 1944, pág. 255).

Para o CONSELHEIRO SÁ VIANNA, invocando o testemunho dos contemporâneos, "TEIXEIRA DE FREITAS era impecável na família, e na vida pública, não teve um só desvio por menor que fosse"... Sua moral era forte, era a moral Cristã, que ele praticava como crente sincero e católico fervoroso. Em seu coração esteve sempre vivo e ardente o fogo da fé e, iluminado por esse suave e salutar clarão; é facílimo imaginar que ele podia proferir estas palavras que o imortal GOETHE pôs na boca de WERTHER: "Há em toda minha alma uma serenidade, uma paz surpreendente, semelhante à dessas lindas noites de primavera, cujos encantos nos embriagam o coração"... Contemporâneos do Dr. TEIXEIRA DE FREITAS são unanimes em afirmar que sua alma jamais foi crestada pelo sopro da avareza, nem amesquinhada pelo mercantilismo

profissional, mas que seu coração transbordava dos sentimentos de maior piedade e misericórdia" (*in* "Augusto Teixeira de Freitas — Traços Biográficos", ed. Typ. Hildebrandt, R.J., 1905, pág. 26 e 28, M.A. de S. SÁ VIANNA).

TEIXEIRA DE FREITAS viveu como que a se consumir na própria chama..., dando o máximo de si mesmo. As suas idéias foram a sua própria vida, como que o revestiam por inteiro, o envolviam e o encerravam numa túnica inconsútil. Suas idéias eram também as suas emoções e as suas paixões. Nele se confundiam, harmonicamente, o *logos*, o *ethos* e o *pathos*, na busca da perfeição e da satisfação plena de seu projeto (EVARISTO DE MORAES FILHO, *in* "Teixeira de Freitas, A Busca da Perfeição e a Dogmática Jurídica", Revista Forense vol. 291/1).

Era um "LIDADOR INCANSÁVEL ", como a si próprio se considerava. Nunca satisfeito com o resultado alcançado, procurou sempre ir além, fiel a si próprio. (HERMES LIMA, Revista Forense fev. 1944, pág. 257).

O que TEIXEIRA DE FREITAS perseguiu foi a verdade jurídica e a precisão conceptual.

ESPÍRITO AUTÊNTICO, INDEPENDENTE, REBELDE, CRIADOR, SENHOR DE SI MESMO, LIBERTO DE PEIAS, VALEU-SE SEMPRE DA INDEPENDÊNCIA PARA ATINGIR A VERDADE JURÍDICA (SILVIO MEIRA, *in* Revista do IAB, vol. 13, pág. 14).

Incompreendido no seu tempo, assinala o argentino MARTINEZ PAZ, "depois de sua morte uma memória cheia de veneração conserva seu nome, e sua fama vai crescendo, a tal ponto que sem hesitação pode afirmar-se que ocupa hoje o ponto mais saliente na história do pensamento jurídico americano" (SILVIO MEIRA, op. cit.)

Asseverou a propósito de TEIXEIRA DE FREITAS o insigne jurista JOSE LUIZ DE LOS MOZOS, Catedrático de Direito Civil da Universidade de Valladoli:

no trabalho intelectual só o que permanece é a obra bem feita, ainda que não reconhecida pelos contemporâneos.

É o preço que pagam os que antecedem o FUTURO, como aconteceu com TEIXEIRA DE FREITAS, o operário, o lidador incansável, servo da verdade jurídica!!!

Que a memória de TEIXEIRA DE FREITAS nos inspire nesta quadra difícil de apreensões e angústias, às vésperas de um novo milênio. A nossa fé no Direito, como a tinha TEIXEIRA DE FREITAS, NOS PERMITE ENTREVER DIAS MELHORES. Os dias de uma sociedade transformada pelo direito, mais justa e solidária, em que todos tenham o mínimo necessário a uma vida digna.

MUITO OBRIGADO.

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

Atende pelo reembolso postal
http://www.editoras.com/renovar
e-mail renovar@ibm.net