

REVISTA DA

ISSN 1415-112X

ESMAPE

Volume 5 – Nº 11 – Janeiro/Junho – 2000



**O DEVER DE COOPERAÇÃO
DOS JUIZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES
– UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA
DO DIREITO COMPARADO
(ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL)**

Lúcio Grassi de Góes

**AS DENOMINADAS
FAMÍLIAS DE DIREITO.
CIVIL LAW E COMMON LAW:
SEMELHANÇAS E
DESSEMELHANÇAS**

Ivo Dantas

**DIMENSÕES
TRANSCULTURAIS
DA JUSTIÇA CIVIL**

Michele Taruffo



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 - Boa Vista - Recife/PE - CEP 50070-070



**ESCOLA SUPERIOR DE MAGISTRATURA
DO ESTADO DE PERNAMBUCO - ESMAPE**

Cursos oficializados pelo Tribunal de Justiça do Estado, conforme Resolução nº 24/87, constante da Ata da 5ª sessão de 23/03/87. Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife/PE – CEP 50070.070

DIRETORIA

Diretor

DES. ETÉRIO RAMOS GALVÃO FILHO

Supervisor

DR. RUY TREZENA PATU JÚNIOR

Coordenador de Divulgação Científica e Cultural

DR. LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Comum

DR. LUIZ MÁRIO DE GÓES MOUTINHO

Coordenador dos Cursos de Deontologia Atualização,
Aperfeiçoamento e Especialização de Magistrado

DR. PAULO HENRIQUE MARTINS DE MACHADO

Coordenador do Curso de Preparação
à Magistratura Trabalhista

DR. FREDERICO CORREA MARANHÃO

Coordenador de Informática

DR. RAFAEL JOSÉ DE MENEZES

Presidente da Associação dos Magistrados
do Estado de Pernambuco

DR. AIRTON MOZART VALADARES VIEIRA PIRES

Secretária Geral

MARIA DA PAZ BRASIL OLIVEIRA

ISSN 1415-112X

**ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO
ESTADO DE PERNAMBUCO**

Volume 5 – Número 11
janeiro/junho – 2000

REVISTA DA ESMAPE

Recife

Semestral

Rev. da Esmape – Recife – V.5 Nº11 – 003.579 – jan/jun 2000 → 3

© Copyright by ESMape

COMISSÃO EDITORIAL

Presidente: Dr. Lúcio Grassi de Gouveia
Membros: Dr. Ruy Trezena Patu Júnior
Dr. Luiz Mário de Góes Moutinho
Dr. Paulo Henrique Martins de Machado
Dr. Frederico Correa Maranhão
Dr. Rafael José de Menezes

Coordenação Técnica e Editorial: Bel. Joseane Ramos Duarte Soares
(Bibliotecária)

Revisão: Profª Euliane Staudinger – Fone: (081) 2512684

Foto da capa: Startes Consultoria Fotográfica

A REVISTA DA ESMape divulga assuntos de interesse jurídico-pedagógico. Os artigos são de responsabilidade dos respectivos autores, sendo resguardada a pluralidade de pensamento. Os conceitos emitidos não expressam, necessariamente, a opinião da Comissão Editorial.

DIREITOS RESERVADOS À ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
E S M A P E

Tiragem: 1.200 exemplares

SOLICITA-SE PERMUTA/EXCHANGE DISUED/ON DEMANDÉ ÉCHANGE

esmape@elogica.com.br

www.esmape.com.br



Produção Gráfica:

EDIÇÕES BAGAÇO LTDA.

Rua dos Arcos, 150 – Poço da Panela

Recife/PE – CEP 52061.180

Tels./Fax: (081) 441.0132/441.0133/441.0134

Revista da ESMape / Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco – Ano 1, n.1 (1996-). – Recife :
ESMAPE, 1996 –
v. Semestral

Descrição baseada em: Ano 5, n.11 (jan/jun 2000)

1. Direito-Periódico. I. Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco

Josi/ESMAPE – TJ

CDD 340.05

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb. FA 20000010

Local P-01

Ch. 00000011 E

CORPO DOCENTE

1º PERÍODO

FILOSOFIA DO DIREITO

Gustavo Just da Costa e Silva

Jackson Borges de Araújo

Nelson N. Saldanha

Torquato da Silva Castro Júnior

SOCIOLOGIA DO DIREITO

Antônio Natanael M. Sarmento

Mirian de Sá Pereira

Stefano Toscano

PSICOLOGIA FORENSE

Alba Gomes Guerra

Paulo da Silveira Rosas

**PORTUGUÊS E LINGUAGEM VERNACULAR
JURÍDICA**

Maria Izabel Malheiros

Marlene Muniz Passos

DIREITO CONSTITUCIONAL

André Vicente Pires Rosa

Zélio Furtado da Silva

DIREITO ADMINISTRATIVO

João Armando Costa Menezes

Marcos Antônio Nery Azevedo

DIREITO CIVIL I

Jorge Américo Pereira de Lira

Rafael José de Menezes

DIREITO PENAL I

Adeildo Lemos de Sá Cruz

Cláudio Roberto Cintra Bezerra Brandão

Flávio Augusto Fontes de Lima

Paulo César Maia Porto

DIREITO PROCESSUAL CIVIL I

Alexandre Freire Pimentel

Nalva Cristina Campello

Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO PROCESSUAL PENAL I

Adjar Francisco de Assis Júnior

João Olympio V. de Mendonça

Silvânia Espéria da Silva

Teodomiro Noronha Cardoso

DIREITO DO CONSUMIDOR

Isaias Andrade Lins Neto

Luiz Mário de Góes Moutinho

Raimundo Gomes Barros

Rosana Grimberg

DIREITO TRIBUTÁRIO I

Adonis Costa e Silva

Cristiana Pragana Dantas

Hélio Sílvio Ourem Campos

Raymundo Juliano do Rêgo Feitosa

DIREITO PROCESSUAL PENAL II

Carlos Alberto Berriel Pessanha
Honório Gomes do Rego Filho
Nilzardo Carneiro Leão

DIREITO PROCESSUAL CIVIL II

Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima
José Antônio Macêdo Malta
Valéria Rúbia Silva Duarte

DIREITO COMERCIAL

Luiz de Freitas Lima
Vaudrilo Leal Guerra Curado

DIREITO CIVIL II

Carlos Frederico Gonçalves de Moraes
Ruy Trezena Patu Júnior

DIREITO PENAL II

Laiete Jatobá Neto
Mariana Vargas Cunha
Romualdo Marques Costa

HERMENÊUTICA JURÍDICA

Artur Stamford da Silva
Paula Maria S. de O. Mendonça

ORGANIZAÇÃO E ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

Eudes dos Prazeres França
José Alexandre de Vasconcelos Aquino
Ricardo de Oliveira Paes Barreto

ECONOMIA POLÍTICA

Jorge Pereira Souza
Lúcia Maria Góes Moutinho

CIÊNCIA POLÍTICA

Palhares Moreira Reis

TEORIA GERAL DO PROCESSO

Alexandre Freire Pimentel
Nilzardo Carneiro Leão

3º PERÍODO COMUM

DIREITO DA CRIANÇA E DA ADOLESCÊNCIA

Bartolomeu B. F. Moraes
Humberto Costa Vasconcelos Júnior
Luiz Carlos de Barros Figueiredo

DIREITO ELEITORAL

Paulo Henrique Martins Machado
Ruy Trezena Patu Júnior

DIREITO PENAL III

Antônio Carlos de Vasconcelos Coelho
Barreto Campello
Antônio Pedro Barreto Campello
Mariana Vargas Cunha

DIREITO PROCESSUAL CIVIL III

Lúcio Grassi de Gouveia
Misael A. Montenegro Filho

DIREITO PROCESSUAL PENAL III

Albérico Gomes Guerra
Patrícia Tavares

PRÁTICA JUDICIÁRIA PENAL

Adriana Fontes
Flávio Augusto Fontes Lima

DIREITO TRIBUTÁRIO II

Joaquim Lustosa Filho
José Viana Ulisses Filho

PRÁTICA JUDICIÁRIA CÍVEL

Carlos Humberto Inojosa Galindo
Paula Mendonça

DIREITO CIVIL III

Alberto Flávio Barros Patriota
Leopoldo de Arruda Raposo
Teodomiro Noronha Cardoso

LÓGICA JURÍDICA

João Paulo Allain Teixeira

DIREITO AMBIENTAL

Flávia Carolina de Souza Reis

3º PERÍODO TRABALHISTA

DIREITO DO TRABALHO I

Eneida Melo Correia de Araújo
Virgínia Malta Canavarro

DIREITO DO TRABALHO II

Bartolomeu Alves Bezerra
Paulo Dias Alcântara

DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO I e II

Edmilson Alves da Silva
Milton Gouveia da Silva Filho

DIREITO CONSTITUCIONAL DO TRABALHO

Hermano Queiroz Júnior
Hugo Cavalcanti Melo

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL DO TRABALHO

Marupiraja Ramos Ribas
Stella Maria M. Gomes de Sá Leitão

DIREITO INTERNACIONAL DO TRABALHO

Agenor Martins Pereira
José Soares Filho

DIREITO COLETIVO DO TRABALHO

Marcelo da Veiga Pessoa Bacallá
Roberta Correia de Araújo

PRÁTICA JUDICIÁRIA E DE SENTENÇA TRABALHISTA

Frederico Correia Maranhão
José Luciano Aleixo da Silva

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

Epaminondas da Câmara C. Neto
Mauri Delgado Chacon

RECIFE, POESIA

Ledo Ivo

*Amar mulheres, várias.
Amar cidades, só uma – Recife.
E assim mesmo com as suas pontes,
e os seus rios que cantam,
e seus jardins leves como sonâmbulos
e suas esquinas que desdobram os sonhos de Nassau.*

*Amar senhoras, muitas. Cidade,
só uma, e assim mesmo com o vento amplo do Atlântico
e o sol do nordeste entre as mãos.*

*Felizes os jovens poetas que recebem em seus corações
antes do amor e depois da infância
a palavra, a cidade Recife.
Felizes os poetas que podem lembrar-se eternamente
das pontes que separavam: ia-se a noite
no Capibaribe, e as águas do Beberibe
te davam, ó Madalena,
o meu primeiro verso.*

*Corola diante do mar,
bares da arte poética,
bondes, navios, aviões,
cidade, meus pés transportam as tuas pontes
para margens versáteis.*

RECEITA FINANCEIRA

1994/1995

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO 21

TEORIA

ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL
DOS CONDENADOS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE 25

Abílio Augusto de Sá

✦ O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA
DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO 71

Brazílio Aráoz Guerra

PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO
DA CULPABILIDADE CRIMINAL 95

Cícero Brandão

✦ A CULTURA E O DIREITO:
A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO 115

Djason B. Della Cunha

✦ O JUIZ É UM SER POLÍTICO 139

Édrio Galvão

VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO –
UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90 143

Isabel Andrade Lima Neto

AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW. SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS	151
--	-----

Ivo Dutra

DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS	229
---	-----

Kylee Anne de Araújo Pereira

O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO (ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL)	247
---	-----

Lúcio Grazi de Góes

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA	275
---	-----

Luz Carlos de Freitas Medeiros

A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS	283
--	-----

Mirapinaja Ramos Ribes

DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL	291
---	-----

Michelle Taruffo

(Tradução de Flávia Savi)

PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO	345
--	-----

Nelson Saldanha

NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	357
---	-----

Paulares Moreira Reis

RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO	367
---	-----

Roberta Fragoso de Medeiros Menezes

DA REPRESENTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL (LEI Nº 9.099/95)	399
--	-----

Teodósio Novonha Carvalço

PENHOR MERCANTIL: POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA	409
--	-----

Thiago Arraes de Alencar Nunes

PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	423
--	-----

Vladimir de Rocha França

PRÁTICA

PARECER – MANDATO ADMINISTRADOR, PODERES GERAIS E ESPECIAIS, INTERPRETAÇÃO, EXCESSO DE MANDATO, RATIFICAÇÃO	455
---	-----

Humberto Theodoro Júnior

PARECER, TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍ- PIO DO RECIFE, INCONSTITUCIONALIDADE, INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA	487
--	-----

Joaquim Luciano Filho

S E N T E N Ç A C Í V E L, NOME COMERCIAL, MARCA, REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI, COLIDÊNCIA, EMPRESAS DE MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO	505
---	-----

Jorge Antônio Pereira de Lima

SENTENÇA PENAL, DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS, TEN- TATIVA DE ESTUPRO, CONCURSO MATERIAL DE CRIMES, LA- TROCÍNIO CONSUMADO	517
---	-----

Nivaldo Maluzinho Filho

SENTENÇA CÍVEL, AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PROCEDÊNCIA – REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL, ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE- AMERICANO PARA O INPC	533
---	-----

Ricardo de Oliveira Pires Borralho

SENTENÇA CÍVEL, RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL	543
---	-----

Valéria Ribes Silva Duarte

ÍNDICE ONOMÁSTICO	559
-------------------------	-----

APRESENTAÇÃO

Recebemos, no comando da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco, este precioso instrumento de divulgação da produção técnico-científica de magistrados, professores, acadêmicos e operadores do direito – a **Revista da Esmape**.

Neste décimo-primeiro número, contamos com a colaboração de prestigiados autores nacionais e de respeitado jurista internacional, o Professor de Direito Processual Civil da histórica Università di Pavia, Michele Taruffo, que nos brindou com artigo de sua lavra que foi submetido à tradução para facilitação da leitura.

Esperamos continuar contando com todos aqueles que fazem essa Revista cada vez mais lida e respeitada no cenário jurídico nacional.

Recife, junho de 2000

*Des. Etério Ramos Galvão
Diretor da Esmape*

ESMAPE

ESMAPE

ESMAPE



TEORIA

ESMAPE

ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADOS À PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

Alvino Augusto de Sá

*Mestre em Psicologia Social e Doutor em Psicologia Clínica
pela PUC-SP; Professor de Pós-graduação da Faculdade
de Direito da USP.*

SUMÁRIO

Introdução. 1. Reintegração social: para quê? 2. Em busca de uma visão transcendente dos alicerces da reintegração social 2.1 – O compromisso da Criminologia com os grandes valores do homem 2.2 – Superação das categorias bipolares: condição para um conhecimento profundo do homem 3. Reintegração social centrada na relação de seus atores 3.1 – Reintegração social: uma mudança de enfoque 3.2 – A participação de voluntários no trabalho penitenciário. Conclusão. Referências bibliográficas.

Introdução

A pena privativa de liberdade tem os seus serviços e os seus desserviços. Os seus serviços destinam-se à sociedade, àqueles que a aplicam. Assim como a política de integração dos doentes mentais (em detrimento do tratamento ambulatorial) atende prioritariamente, não às necessidades dos doentes, mas aos interesses e conveniências do grupo social e das famílias que os internam (tudo se processando, não raras vezes, a um nível inconsciente e subconsciente, sob a cobertura de um “zelo” pelo bem-

estar do paciente), da mesma forma a pena privativa de liberdade atende aos interesses e conveniências daqueles que a priorizam e a aplicam, aos interesses e conveniências da sociedade, e absolutamente a nenhum interesse e proveito dos que com ela são infligidos. Os benefícios da pena privativa de liberdade e da medida prioritária de internação situam-se em dois níveis: consciente e inconsciente. No consciente é o de exclusão social, de ver-se livre do "tratamento", do "incômodo" ou do "perigo", da ameaça que representam o doente mental e o criminoso. Ao nível inconsciente, o serviço é o fato de a internação representar simbolicamente a expulsão que o indivíduo, a família faz dentro de si da ameaça interna de se desmoronar, a expulsão da "doença" que em potencial existe dentro de si, enquanto que a segregação através da prisão representa simbolicamente a expulsão do "criminoso" que existe dentro do indivíduo, concentrando naquele que está preso tudo o que existe de ruim. Por meio da prisão, a sociedade se "purifica" e se livra de todos os seus males. A psicanálise, através de sua rica experiência clínica, que vem se estendendo desde o início do século XX, reconhece no psiquismo humano dois poderosos mecanismos de defesa. Mecanismos de defesa são "artimanhas" pelas quais nosso *ego* (instância psíquica responsável pela "administração" da vida psíquica, pela busca de soluções e adaptações, falando numa linguagem simplificada) busca livrar-se de experiências psíquicas (desejos, impulsos, sentimentos, etc.) perturbadores, ameaçadores. Esses dois mecanismos (ao lado de vários outros) são: cisão ("splitting") e projeção. Através da cisão, o indivíduo "divide" internamente as suas "coisas", suas

vivências e torna-as como que independentes, divide o que é "bom" e o que é "mau", não integra o amor e o ódio como sendo igualmente seus, etc. Através da projeção, ele "joga" para fora de si, "joga" no ambiente, nos outros (principalmente naqueles que mais se mostrarem apropriados para tal) o que existe de "mau" e a humanidade, e a sociedade têm necessidade urgente de puni-lo severamente, prendê-lo, segregá-lo, pois assim estará punindo o que existe de ruim dentro dela (assim "satisfazendo" o *superego*) e estará expulsando e mantendo longe de si, "sob ferros", todas as suas coisas ruins. Permanecerá dentro dela somente o que é bom, formando-se então dois mundos distintos e separados: o dos bons (cidadãos justos e honestos) e dos maus ("bandidos"). A sociedade tem muito medo de manter dentro dela, como um problema seu, os membros por ela tidos como criminosos não só pelo perigo real que eles possam representar (o que até pode ser uma verdade da parte de um grupo deles), mas também pelo risco que corre de vir a se deparar com o crime como uma realidade inerente a ela, a todos os seus membros.

Quanto aos desserviços da pena privativa de liberdade, eles se destinam àqueles a quem ela é aplicada. Os condenados à prisão não recebem benefício algum dessa pena; somente prejuízos. A pena privativa de liberdade tem um caráter punitivo e um caráter de expiação. Seu caráter punitivo acarreta ao condenado efeitos negativamente deletérios. De fato, o sentimento de culpa, sobretudo se intenso, proveniente de um *superego* severo, corresponde a uma autocensura interna, com uma força autodestrutiva, conduzindo ao rebaixamento da auto-es-

tima e ao auto-aniquilamento. Ora, como uma pessoa pode conviver tranqüilamente com tal sentimento? A tendência do *ego* será a de providenciar algum mecanismo de defesa para “resolver” essa situação de conflito interno. Entre as soluções providenciadas (sempre inconscientemente) pelo *ego*, destacamos duas. Uma delas, muito comum, aliás, nos conflitos entre pessoas, consiste em o indivíduo projetar a própria culpa interna nos outros, na sociedade, no ambiente, nos chefes, nos amigos, nos pais, no cônjuge, etc., para não ter que reconhecê-la. Só que, não reconhecendo a própria culpa, o indivíduo não tem como redirecionar sua conduta. A outra “solução” encontrada pelo *ego* é, por incrível que pareça (já que a lógica do inconsciente foge totalmente à lógica da razão), repetir, reeditar o ato que gerou a culpa, com o que o indivíduo estará “provando” para si mesmo, para sua consciência, que aquele ato não é reprovável. Como se vê, qualquer das duas “soluções” dificulta o redirecionamento da conduta desviante. Ocorre (e aqui chegamos ao ponto que nos interessa neste contexto) que a punição tem como efeito imediato e inevitável a realimentação, a intensificação, ou, noutros termos, a confirmação do sentimento de culpa, com todas as conseqüências decorrentes dessa intensificação. Daí, os efeitos profundamente deletérios que pode ter a pena privativa de liberdade, por seu caráter deliberada e prioritariamente punitivo.

A pena de prisão tem também um caráter de expiação, dado o lamentável aspecto moralista do Direito Penal (Beristain, 1989). O Direito Penal excessivamente moralizado, segundo Beristain, traz em seu bojo uma concepção de pena que tem a “missão” de produzir a expia-

ção (da culpa), supondo-se a culpabilidade moral do delinqüente. Moral e Direito Penal estão no mesmo plano de igualdade, mas não devem se confundir. De um lado, esse caráter expiatório da pena colaborará para a intensificação do sentimento de culpa, com as demais conseqüências daí resultantes, já vistas acima. De outro lado, vale ressaltar que a expiação, enquanto processo positivo e edificante, que promove o crescimento interior, implica um trabalho de elaboração e revisão internas. Como tal, ela jamais pode ser imposta de fora para dentro, mas deve desenvolver-se espontaneamente a partir das próprias convicções e valores. Não se trata, pois, de uma expiação de cunho moralista. Portanto, a pena privativa de liberdade não só não tem o condão de promover a verdadeira expiação, como essa tal expiação que por ela se pretende obter, de cunho moralista, dificulta o desenvolvimento da verdadeira expiação.

Cumpre-nos lembrar que a pena privativa de liberdade acarreta um grave desserviço também à sociedade, na medida em que, pela natureza mesma dos “serviços” que presta, colabora para que a sociedade se aliene em relação aos seus próprios conflitos e tenha dificuldades de entrar em contato com eles. Como diz Barata (1990), a muralha das prisões representa uma barreira que separa a sociedade e seus próprios conflitos.

A punição pode até ter algum efeito positivo, no sentido de possibilitar um redirecionamento da conduta desviante (ou, de forma geral, da conduta não adequada ou que se frustrou em seus objetivos), quando ela for uma conseqüência natural dessa conduta, quando for diretamente produzida por essa conduta, ou diretamente asso-

ciada com a conduta oposta, isto é, com a conduta esperada, como que a mostrar a alternativa mais "correta". As punições que decorrem naturalmente como conseqüências da conduta não são necessariamente castigos impostos por ninguém e nem por nenhuma lei; são muitas vezes providenciadas pela própria realidade e pela própria vida. Sobretudo quando bem orientado e assistido, o indivíduo pode extrair delas verdadeiras "lições". A não ser que, por suas condições peculiares, a punição lhe sirva quase que exclusivamente para confirmar seu *super-ego* e realimentar seu sentimento de culpa, quando então ela lhe será prejudicial. E quando a punição estiver diretamente associada a um modelo de conduta oposta à que falhou, mostrando uma outra alternativa à mesma, ela poderá ter, via de regra, uma função pedagógica.

Portanto, frente ao caráter punitivo e ao caráter expiatório da pena privativa de liberdade, torna-se contraditória qualquer pretensão de ressocialização através da mesma. Ela não tem relação absolutamente alguma com as condutas criminosas que pretende punir e fazer expiar. O mesmo se deve dizer do cárcere. A ineficácia do cárcere e suas conseqüências profundamente danosas já têm sido objeto de múltiplos trabalhos e sobre isso hoje a opinião é praticamente unânime, pelo que se torna desnecessário estendermo-nos sobre esse assunto.

Por outro lado, porém, a pena privativa de liberdade é uma realidade atual, e dela, pelo menos por enquanto, não temos como fugir de todo. Apesar de tudo o que acima dissemos sobre seus efeitos deletérios, não temos como bani-la, nem como desconhecer e evitar o cárcere. Devemos pensar na realidade e na sociedade de hoje, sem que,

com isso, porém, nos dispensemos de ter uma atitude crítica, de não sujeição à opinião pública, uma atitude de revisão contínua de nossas posições e procedimentos. Deveria haver mais coragem em se aplicarem as penas alternativas e que essas deixassem de ser alternativas, mas já fossem previstas na parte especial do Código Penal, ainda que elencadas na parte geral. A pena de prestação de serviço à comunidade, desde que aplicada com acompanhamento, apoio e orientação, e desde que tendo uma associação com o ato punido, poderia ter um sentido pedagógico. Quanto à pena privativa de liberdade, um mal necessário, deveria ser reservada para aqueles casos que constituem real ameaça e perigo para a sociedade, e que sua duração fosse dosada, não para satisfazer ímpetos de vingança, mas tomando como critério uma margem de suportabilidade e a garantia de esperanças para o apenado, dentro da preocupação de uma política criminal saudável.

Face pois aos aspectos profundamente negativos da pena privativa de liberdade e do cárcere, e levando em conta que são males necessários, ainda inevitáveis, considerando a realidade nua e crua do enorme contingente de pessoas encarceradas, urge pensar seriamente sobre a questão de como melhor proceder para se recuperarem para a sociedade essas pessoas, para se alcançar sua reintegração social. Há que se ter sempre em mente, porém, nas sábias palavras de Barata (1990), que devemos buscar a reintegração social do preso, não através da pena privativa de liberdade, mas apesar dela. No presente trabalho, não pretendemos fazer propostas detalhadas quanto a programas de ressocialização, pois isso depende muito

da singularidade de cada presídio, das características e desejos de seus internos. Fazemos algumas observações gerais, algumas ponderações sobre essa complexa questão da reintegração dos condenados à pena de prisão, levando em consideração as observações acima feitas sobre a pena privativa de liberdade e outros aspectos relevantes, pertinentes ao tema.

Esta exposição divide-se em três itens. O primeiro, à luz principalmente do pensamento de Freud, aborda a intrigante questão: por que motivo o condenado à pena privativa de liberdade deve se reintegrar socialmente? A que interesses atenderá essa reintegração? Ela vale a pena? O segundo item busca alguns subsídios para se responder a essa questão; levanta a necessidade e fala da conveniência de se ter sobre o problema do criminoso e do cárcere uma visão transcendente e mística. O terceiro fala da grande mudança de enfoque que se deve ter nos programas de reintegração social: o enfoque não deve mais centrar-se na pessoa do apenado, mas na relação apenado-sociedade, presídio-comunidade.

1. Reintegração social: para quê?

Trabalho no sistema penitenciário há quase trinta anos. Sempre fui meio avesso às visões pessimistas e destrutivas sobre a questão carcerária e, conseqüentemente, às concepções críticas em Criminologia, na medida em que somente apontam aspectos negativos e de fracasso. A crítica é essencial para o desenvolvimento do pensamento. Ela exige coragem. Entretanto, muita coragem tem aquele que, ao criticar, faz as suas propostas, propostas

realistas, buscando com as mesmas superar os pontos frágeis por ele criticados.

Entretanto, lendo Freud, em "O Futuro de Uma Ilusão" (1927) e em "O Mal Estar Na Civilização" (1929), e lendo Wolheim (1971), ao comentar essas obras de Freud, fui levado a levantar uma intrigante questão, que não deixou de me abalar, frente a todo esse tempo que venho lidando com as questões penitenciárias: para que, afinal, o preso teria que se "ressocializar"? Que vantagens ele teria com isso? Se os presos de fato tivessem "voz", certamente algum (ou muitos) já me teria perguntado: "Meu Doutor, o que é que eu vou lucrar se, ao chegar à rua, eu ficar bonzinho e trabalhar?" "Bem..., você vai poder viver em paz em sua casa, com sua família e gozar de liberdade." Ao que ele me retrucaria: "Mas que família, Doutor? Que casa? De que liberdade o senhor está falando? Será que se eu passar para o "grupo" da sociedade eu terei mais liberdade e serei mais valorizado do que se eu estiver em meu "grupo"?" Para sorte minha (será?) nunca me deparei com esse diálogo, porque os presos não costumam falar nessas ocasiões. Para não dizer que nunca me deparei com fala parecida, lembro-me de certo dia, na Casa de Detenção de São Paulo, um preso me interceptou no pátio e me interpelou, dizendo: "Doutor, o senhor foi falar em seu exame que eu sou agressivo e, nessa, eu perdi o benefício. Ora, se eu deixar de ser agressivo, se eu não tiver os meus estiletos, como eu vou sobreviver aqui, Doutor?" Para esse detento, o meu discurso, que seria o discurso da civilização, foi o seguinte: "Deixe de ser agressivo, deixe de lado os estiletos ou quaisquer outros instrumentos e formas de agressão, e você

terá o abençoado benefício de levar vantagem nessa." Os presos costumam falar através das rebeliões e de novas práticas infracionais e deletivas, mas sua fala, nesses casos, não é compreensível.

Freud, em "O Mal Estar Na Civilização", pergunta-se "qual o objetivo, no sentido da vida humana", e "que fins os homens se propõem em sua conduta". A resposta, segundo ele, seria que "quem fixa o objetivo vital é simplesmente o programa do princípio do prazer" (p.3025), em relação ao qual "toda ordem do universo se lhe opõe". Toda sensação de prazer é só momentânea e surge do contraste. Também a dor acontece facilmente, provindo de três fontes: nosso próprio corpo (doenças), a natureza (perigos físicos) e as relações entre os homens (a civilização). Com todas as limitações ao poderoso princípio do prazer, esse se tornou mais modesto, sucumbindo frente ao princípio de realidade, ao mesmo tempo que por ele se fortalecendo, já que, assim, consegue evitar a dor, o que é também um de seus objetivos. Se no seu estado primitivo, o homem colocava em primeiro plano a busca incondicional do prazer e, em segundo plano, buscava evitar a dor, com o passar do tempo, com o advento da civilização, ou seja, das regras da vida em grupo, as coisas se inverteram: o indivíduo já se contenta em evitar a dor. Porém, quanto à terceira fonte de dor, a das relações humanas (civilização), a atitude do homem é diferente: é de não-aceitação, de não-conformidade. Não podemos nos tornar felizes. A grande culpada então por nossa miséria é a própria cultura. Daí, muitas vezes, a preferência, para sermos felizes, por destruí-la e retor-

nar ao estado primitivo. Daí, a hostilidade do homem contra a cultura, a sua inconformidade cultural.

A cultura faz sérias e, por que não dizer, violentas restrições ao instinto da libido, ao sexo: proíbe severamente o incesto, restringe a modalidade de relações, restringe as pessoas com quem se pode ter relação, cria o preceito de legitimidade nessa relação e vincula-a ao objetivo da procriação. O mesmo se diga da agressividade, pois o homem não é uma criatura "terna e necessitada de amor", é também brutalmente agressivo e perigoso. "Por conseguinte, o próximo não lhe representa unicamente um possível colaborador e objeto sexual, senão também motivo de tentação para satisfazer nele (próximo) sua agressividade, para explorar-lhe a capacidade de trabalho sem retribuí-la, para aproveitá-lo sexualmente sem o seu consentimento, para apoderar-se de seus bens, para humilhá-lo, para ocasionar-lhe sofrimentos, martimizá-lo e matá-lo" (p. 3046). A todos esses impulsos a cultura impõe limites. Ou seja, as civilizações impõem, por força coercitiva, sofridas renúncias aos instintos, exigências essas regulamentadas pelas diversas normas, valores e convenções de convivência social, das quais muitas vêm codificadas, constituindo-se no Direito, que acaba sendo, pois, o grande núcleo oficial regulador das ações humanas e do choque entre as exigências instintivas (do indivíduo) e as exigências da vida em grupo (sociedade).

Para Freud, a civilização (entendida como sociedade enquanto um conjunto de pessoas mutuamente comprometidas por um complexo de normas e valores) se constrói sobre o sacrifício dos instintos e do prazer. Por isso mesmo, ele se coloca a intrigante pergunta: até que

ponto a civilização recompensa o sacrifício (de instintos e prazeres) que ela impõe? Às vezes, se chega a pensar que todo o esforço realizado pelo indivíduo, ao renunciar aos seus instintos para se “civilizar”, não valeu a pena.

A civilização, em princípio, exige renúncia da parte de todos, a todos ela impõe formas reguladoras e restritivas de satisfação do prazer. Mas vem então a grande pergunta: e quais os benefícios que ela oferece, como recompensa? E a quem ela a garante? Aqui está então a marca da diferença, uma diferença fundamental, que implica uma grande injustiça: só uma minoria, constituída pelos ricos, por alguns abençoados pela sorte e pelos opressores é que têm a ganhar com as perdas sofridas, pois só eles compartilham dos benefícios, benefícios da terra e todo o instrumento necessário para cultivá-la, do dinheiro, do trabalho digno e salário justo, benefícios da cultura, do conhecimento, da ciência, da filosofia, da arte, do lazer e muitos outros.

A fim de atenuar o sacrifício da repressão dos instintos, poder-se-ia pensar no recurso à sublimação e à internalização da moralidade (moralidade não repressiva). No entanto, existe um limite de quantidade de energia instintiva, acima do qual a sublimação e a internalização da moralidade não têm mais força, restando somente a moralidade repressiva. Além disso, somente alguns poucos (privilegiados) têm acesso a condições de vida que facilitem o desenvolvimento desses processos de controle interno, substitutivos (mais saudáveis) dos controles meramente repressivos, condições essas que incluem a arte, a filosofia, a ciência, o acesso aos mais diferentes domínios do saber, o lazer saudável, entre tantas outras coisas. A

arbitrariedade (artificialismo) das normas civilizatórias, que cerceiam o escoamento livre da energia libidinal, torna muito difícil a internalização da moralidade. Essa dificuldade se faz sentir sobretudo para os oprimidos, isto é, para aqueles que, de todo esse cerceamento ao prazer, não usufruem de benefício algum, a não ser do de evitar a dor e o sofrimento que decorreriam do descumprimento dessas normas. Por conseguinte, a grande maioria, constituída pelos oprimidos, não só não tem acesso aos benefícios da civilização, como também, por não gozar desses benefícios, não dispõe dos recursos de que a maioria opressora dispõe, para desenvolver formas de controle interno, elaborado, que possibilite o fortalecimento e o crescimento pessoais, ficando pois à mercê unicamente da repressão, do controle proveniente de forças coercitivas. “Temos assim a impressão que a civilização é algo que foi imposto a uma maioria contrária a ela por uma minoria que soube apoderar-se dos meios de poder e de coerção” (Freud, 1927, p.2962). Uma (grande) multidão de indivíduos obedece às proibições culturais unicamente por coerção externa, isto é, por força das ameaças reais. Na verdade, o grande benefício que resulta do controle repressivo que a civilização exerce sobre as pulsões instintivas é o de evitar a dor.

(...) a tarefa de evitar a dor adquire propriedade sobre a de obter prazer e parece ter sido o ponto de vista de Freud que, se o homem, em sua existência privada, continua sendo um animal em busca do prazer, na existência civil está muito mais preocupado em evitar a dor. Se a civilização exige um maciço sacrifício instintivo, o que

ela oferece não é tanto a garantia do prazer como a ausência do sofrimento. (Wolheim, 1977, p.231).

Em todo esse arranjo de custos e benefícios por parte da civilização, existem aqueles indivíduos que saem lucrando e aqueles que saem perdendo e permanecem descontentes, no “mal estar”. Vale a pena transcrever aqui uma citação de Freud, em *El Porvenir de Una Ilusion* (p.2965–2966):

Quando uma civilização não conseguiu evitar que a satisfação de um certo número de seus membros tenha como premissa a opressão de outros, talvez da maioria – e é isto que acontece em todas as civilizações atuais –, é compreensível que os oprimidos desenvolvam uma intensa hostilidade contra a civilização que eles mesmos sustentam com seu trabalho, porém de cujos benefícios eles não usufruem, ou usufruem muito pouco. Neste caso, não se pode esperar, por parte dos oprimidos, uma assimilação das proibições culturais, mas, pelo contrário, eles se negarão a reconhecê-las, tenderão a destruir essa própria civilização e eventualmente a suprimir suas premissas. A hostilidade dessas classes sociais contra a civilização é tão evidente que ela monopolizou a atenção dos observadores, impedindo-os de ver a hostilidade latente que outras camadas sociais mais favorecidas também abrigam.

Por outro lado, porém, sabe-se que a coesão de uma massa mantida unicamente através da coerção dificilmente será duradoura. Daí, pois, que a civilização, além das coerções, normas e proibições, providencia outros meios que possam defendê-la, conduzir à reconciliação e trazer alguma forma de compensação à grande massa dos desfavorecidos, meios que fazem parte do patrimônio espiritual da cultura. “É claro, diz Wolheim, Freud pensou ser uma tarefa importante de qualquer civilização, que esperasse ser duradoura, incorporar a maior parte, senão a totalidade, dos seus membros no que ela tenha a oferecer” (p.232-233). A civilização cria e oferece então às massas os “ideais”. Os ideais são “as valorizações que determinam nela (na civilização) quais são os rendimentos mais elevados a que (o indivíduo) deverá aspirar” (Freud, 1927, p. 2966). Esses ideais (narcisistas, já que, na realidade, eles se referem, antes, a rendimentos já alcançados por uma dada civilização e que marcam sua identidade perante as demais) fazem com que os oprimidos se unam a seus opressores por uma relação de identificação, vendo neles seu ideal. Os traços fundamentais que mantêm um grupo coeso, segundo Freud, em *Psicologia das Massas e Análise do Ego* (1920), são o contágio, que liga os membros do grupo em si, e a sugestão, que liga os membros do grupo ao seu líder.; através do contágio, os membros desenvolvem entre si um processo de identificação (enriquecimento mútuo): identificação das emoções, nos valores, nos desejos, etc. Através da sugestão, os membros curvam-se ante a grandeza do líder, pelo qual se deixam hipnotizar e a cujo *ego* eles idolatram, em detrimento de seu próprio *ego*. É esse vínculo do grupo com seu líder

que sustenta os vínculos dos membros entre si. O líder (caudilho, conforme Freud o denomina) representa o ideal de ego para todos os membros e esses se realizam através dele, mantendo com ele uma ligação de natureza hipnótica. E como os membros mantêm com o líder essa forte ligação hipnótica idealizadora (sugestão), eles acabam desenvolvendo entre si uma ligação igualmente forte, de identificação (contágio), garantindo-se assim a coesão da massa.

Chega-se à conclusão de que a grande maioria de indivíduos, a dos oprimidos, subordinada às normas da civilização que exigem renúncia à satisfação dos instintos e ao prazer, não tendo acesso aos bens reais que integram o patrimônio espiritual dessa civilização, não dispõe de recursos internos que lhe possibilitem formas elaboradas de autocontrole, que promovem o fortalecimento e crescimento individuais. Fica, portanto, sujeita unicamente às forças de repressão, de um lado, e, de outro, à ilusão dos ideais. Ilusão, para Freud (1927), não é propriamente um erro, mas é um descompasso, um encontro entre o desejo e a realidade, uma modificação fantasiosa da realidade, pela qual o indivíduo acredita transformar essa realidade pela força de seu desejo. As forças de repressão e as ilusões não promovem, pelo contrário, impedem (sobretudo as forças coercitivas) o crescimento, a maturidade e o fortalecimento. Assim, essa maioria de oprimidos torna-se frágil, e, portanto, facilmente vulnerável às punições impostas face às transgressões das normas.

Segundo Zaffaroni (1998), as pessoas que caem nas malhas da lei e são atingidas pelas penas nela previstas não são, em sua grande parte, portadoras de condições

psicológicas que etiologicamente as tornam criminosas, mas são justamente pessoas vulneráveis a todo esse processo de criminalização vigente por força do sistema penal. São "pessoas deterioradas", diz ele, ou seja, são os oprimidos a que nos referimos acima, os quais, por não terem acesso aos bens materiais e espirituais da cultura, são desprovidos de recursos internos que lhes permitam elaborar interiormente as normas e delas se "apossar", tornando-se inclusive atores e tendo "voz", nesse complicado palco de arranjo de custos e benefícios que a civilização orchestra no dia-a-dia da humanidade. A vulnerabilidade de personalidade dos condenados, segundo o supracitado autor, é conseqüência de um estado de deterioração econômica, social e cultural, "o que os coloca em situação de bons candidatos para a criminalização" (p.25). Esse processo de deterioração psíquica e de vulnerabilidade vem acentuado pela ação do sistema penal, ao criminalizar a pessoa, e cujo produto final é uma pessoa deteriorada, vítima de um sério prejuízo em sua capacidade de autodeterminação. Ou seja, essa pessoa deteriorada perde um direito fundamental e profundamente humano: o direito de nascer para a sociedade e de crescer. Regride em sua capacidade de "envolvimento", (Winnicott, 1987), isto é, em sua capacidade de se responsabilizar pelos próprios atos e, diríamos, construir seus próprios caminhos. A sociedade tende a criminalizar as pessoas vulneráveis no seu todo: vulneráveis no seu ser econômico, social, cultural e psíquico. A sociedade precisa dessas pessoas frágeis, para, às suas custas, garantir o respeito à legalidade, provar o rigor da lei, ostentar a todos o "poder do rei".

O conceito de vulnerabilidade, de Zaffaroni, aqui trazido à colação, parece-nos muito feliz e oportuno, pois permite fazer a ponte entre o sistema penal e a Criminologia (Clínica), de um lado, e, de outro, a Psicanálise, a leitura que Freud faz sobre o processo civilizatório e a divisão das massas entre aqueles (a minoria) que se apossam dos bens materiais e espirituais da civilização e inclusive se "apossam" interiormente de suas normas, e aqueles (maioria) aos quais, por total carência de recursos materiais e espirituais, resta unicamente submeter-se à força coercitiva das normas e deixar-se levar pelo engodo das ilusões, tornando-se pois o grande grupo dos vulneráveis, candidatos prediletos à criminalização. São dois grandes pensadores, o pai da Psicanálise e um mestre da Criminologia na atualidade, que se encontram, trazendo contribuições diversas, e chegando quase que a um consenso: o caminho do crime é o caminho daqueles a quem não foi dado o direito de participar da "assembléia dos homens", de se "apossar interiormente" de normas e, portanto, de se fortalecer perante elas, ficando então sujeitos ao jugo dessas normas e, em função disso, vulneráveis às mesmas, restando-lhes unicamente, como consolo, a ilusão de que *um dia* participarão da mesa farta de seus senhores.

São ideais engendrados pela cultura: riqueza, fortuna, terra, saúde plena, fama, prestígio, boa casa, bons carros, viagens, soberania nacional, desenvolvimento econômico do país, poder econômico, poder de comando, entre tantos outros. Esses ideais, quando referentes à coletividade, à nação, são algo abstratos, e servem de alavanca para elevar a auto-estima de todos, fazendo com

que todos, opressores e oprimidos, se sintam um só, motivo de incomensurável engrandecimento para os fracos e oprimidos, que se sentem então identificados com os grandes, mal sabendo eles, porém, que, em momentos de séria crise, os poderosos poderão sacar todos os seus bens e remetê-los para fora dessa grandiosa nação. O patriotismo é, sem dúvida, uma das maiores virtudes e o grande sustentáculo das nações. Entretanto, os opressores dele se servem para transformá-lo em grande ilusão e garantir a coesão das massas em torno dos interesses da minoria. Quando ele deixa de ser ilusão e se torna consciente e verdadeiramente forte, se torna perigoso, e, nesse caso, certamente surgirão leis e normas emergentes para criminalizá-lo.

Por outro lado, esses ideais, quando referentes a condições reais de vida das pessoas, são percebidos e "vividos" pela grande maioria dos oprimidos como concretizados nos homens de fortuna, nos patrões ricos e poderosos, nos artistas, nos jogadores de futebol, em todos os demais esportistas de fama, nas vitórias celebradas por multidões em competições esportivas, nas tramas muito bem engendradas das novelas, etc. São ilusões que alimentam os sonhos e que, de certa forma, servem para dar livre escoamento às energias instintivas, sem compromisso com a realidade, sem risco de fracasso e sem que representem para a maioria dominante risco absolutamente algum, com a grande vantagem, inclusive, de que servem para aplacar as frustrações. Freud dedica grande parte de sua obra *O Futuro de Uma Ilusão* para falar daquela que entende ser a grande ilusão da humanidade: a Religião. A religião, que coloca Deus como o pai todo poderoso, que

nos livra de todo o mal, que nos promete uma vida futura, plena de felicidade incomensurável, exigindo, para tanto, total obediência aos preceitos morais e uma dedicação ao amor universal. Freud diz não acreditar nesse amor universal, dado o egoísmo inerente aos instintos do homem.

Face a tudo o que foi dito acerca da civilização, dos grupos opressores e do oprimidos, retomamos, com certa angústia, a pergunta: reintegração social... para quê? Para satisfazer a quem? Ou: reintegração social... como? Qual meta a seguir? Talvez alguma das colocações feitas devam ser repensadas, aprofundadas, principalmente aquelas que se prendem a uma visão dualista do homem e da realidade. Além disso, à visão pessimista de Freud sobre a capacidade do homem de se doar ao bem do próximo e a um amor universal, opõe-se uma visão transcendente do homem, conforme se verá no próximo item, encontrando-se para tanto substancial apoio às idéias e propostas do grande penalista Antônio Beristain.

2. Em busca de uma visão transcendente dos atores da reintegração social

Freud nos oferece uma visão algo pessimista sobre a civilização e sobre a natureza do homem e seus instintos. A essa observação, ele certamente responderia: não se trata de adotar o pessimismo, mas de desfazer ilusões, entre as quais as da religião e do amor universal. Frente à força dos instintos e do egoísmo do homem, Freud, para não ser todo pessimista quanto ao futuro da humanidade, reconhece como a alternativa mais sadia de controle e educação, a força da inteligência. Segundo ele, a educa-

ção mais sadia é aquela que se baseia no papel da inteligência e fomenta a primazia da inteligência sobre os instintos, com o que se resolve o problema da repressão e da neurose. "A voz da inteligência é tênue, porém não des-cansa até que tenha conseguido fazer-se ouvir e sempre acaba por consegui-lo, depois de ser rejeitada infinitas vezes. É este um dos poucos pontos nos quais podemos ser otimistas quanto ao futuro da humanidade, porém já supõe bastante por si só" (p.2990).

Pois bem, à visão pessimista de Freud, opõe-se uma visão profundamente transcendente e otimista de um grande criminólogo espanhol, Antônio Beristain, o qual, sem se descomprometer com as exigências do pensamento científico, sabe ultrapassar o seu rigor, quando esse rigor é estéril e nos cega para outras verdades. De um lado, Beristain nos indica o caminho para, a partir da ciência, nos aprofundarmos no reconhecimento dos valores do homem e, mais do que isso, na consciência sobre os mesmos. De outro lado, encoraja-nos a superarmos a visão estritamente racional da realidade, que muitas vezes nos leva, em nome de uma lógica, a dividir essa realidade em categorias, categorias não raramente artificiais e que nos fornecem uma visão profundamente distorcida do homem e das relações humanas.

2.1 O compromisso da Criminologia com a visão dos grandes valores do homem

A Criminologia é uma ciência que lida com a realidade profundamente dramática do homem, a realidade do crime, da criminalidade, da violência, dos opressores e

oprimidos, das vítimas e vitimários. Uma realidade na qual podem ocorrer tanto a punição como o perdão, tanto a condenação como a reconciliação. Uma realidade que aglutina os mais profundos conflitos do homem. A Criminologia, identificando-se ou não com a Política Criminal, pois isso vai depender da posição de cada autor (ver Oliveira, 1999, p. 121, nota de rodapé), alimenta-a em suas intervenções práticas, em seus objetivos e metas. Portanto, a Criminologia, ainda que ciência, não deve ter a pretensão de se manter neutra em relação aos valores humanos, ao valor da pessoa, ao valor do "outro". Suas visões do homem e das vicissitudes de sua conduta, embora sem abrir mão de seu caráter racional e científico, devem ultrapassá-lo e atingir uma dimensão "metarracional", na expressão de Beristain, dentro da compreensão do todo, na qual se desvanecem as antinomias e se superam as exclusões. "No mundo criminológico, assim como no mundo jurídico-penal estão subjacentes, exigidas pela natureza das coisas, uma lógica interior e uma ética inخورável metarracional, uma integração harmônica dos sentidos" (Beristain, 1994, p.143).

Segundo Beristain (1994), a sociedade passa por um processo de desencantamento, isto é, de certo distanciamento em relação aos valores éticos, transcendentais e religiosos. Tal processo se refletiu nas ciências, em atendimento ao que propõe Max Weber, e portanto, como não poderia deixar de ser, também na Criminologia. Há um certo desencantamento que se faz necessário nas ciências e, portanto, também a Criminologia, rechaçando as religiões, procurou rechaçar e negar em seu campo doutrinário os valores fundamentais do homem, como se as ci-

ências pudessem se desenvolver à revelia desses valores. A Criminologia lida com os poderes do Direito, enfim, com todos os atores da reintegração social dos sentenciados e, como tal, jamais poderá prescindir dos valores fundamentais do homem.

A sociedade passa também por um desencantamento que tem "um sentido amplo de desmoralização, alienação, apatia, perda da ilusão" (p.121). Acontece que se a vida perde o sentido, também as normas e os valores que a regulam o perderão.

"Se muitos cidadãos estão desencantados (tese anterior), parece lógico que nós, os criminológicos, vivamos mais desencantados e com menos ilusões, já que nossas respostas a tanta tragédia social e pessoal (especialmente no Terceiro e Quarto Mundo), com frequência, em vez de remediar, acumulam fracassos no comportamento policial, nos afazeres judiciais (a passo de tartaruga), nas instituições penitenciárias, no respeito e desenvolvimento da igualdade pessoal, etc." (p.130). Aliás, para corroborar essas palavras, o ilustre penalista e criminólogo do IVAC – Instituto Vasco de Criminologia, Gatti (s/ano), em bem cuidado artigo sobre trabalhos de avaliação da eficácia das intervenções psicossociais em Criminologia (Rassegna Italiana de Criminologia, 3-4), relata uma série de trabalhos dessa natureza, com pesquisas muito bem feitas metodologicamente, em muitas e muitas das quais constatou-se a ineficácia dessas intervenções, devendo-se reconhecer, no entanto, que os resultados, ainda que muitos deles desoladores, têm sido descontraídos, já que, em alguns casos, eles foram positivos.

Beristain reconhece a necessidade de um “re-encantamento” da Criminologia. Discorda parcialmente de Max Weber, quando esse, sob a alegação de que os dados empíricos não sustentam os valores, proclama a separação entre as ciências e o campo dos valores. Para tanto, realça a importância do fenômeno do que ele, Beristain, chama de “proximidade” (“*proximidad*”). Pelas idéias que o citado autor brilhantemente expõe, interpretamos proximidade como sendo a condição própria da pessoa que nos é “próxima”, na acepção cristã que o termo tem. À proximidade se opõe a alteridade: o outro oferece limites para mim e eu me confronto com sua hostilidade, ele se torna para mim um objeto, com ele eu tenho um encontro (confronto) e ele se torna meu inimigo. A proximidade é um pressuposto para a amizade, que é uma relação de intimidade, doação gratuita e efusiva. Na proximidade, o outro, no lugar de aprisionar o “eu”, livra-se do seu cárcere egoísta, oferece-lhe condições para que sua voz e sua canção encontrem eco. A experiência profunda e transcendente de proximidade faz com que meus interesses não se sobreponham aos interesses do outro. Ao ler o grande pensador espanhol, não se pode descartar do tratamento penitenciário a dimensão contemplativa. “Convém não esquecer, nem descartar os efeitos benéficos do silêncio litúrgico, da arte sacra, dos estados de consciência iluminadores nos delinquentes desejosos de se ressocializarem, cujo número alcança cifras mais altas do que costumam indicar aqueles que não entram nos cárceres” (p.159).

Ainda segundo o mesmo Beristain, em inspirado trabalho publicado na revista *Derecho Penal Y Criminologia* (Bogotá, 1989), há necessidade de se “desconfessionalizar” a justiça penal juvenil e o Direito penal. O Direito

Penal excessivamente moralizado traz em seu bojo uma concepção de pena que tem a “missão” de produzir a expiação (da culpa), supondo-se a culpabilidade moral do delinqüente. Moral e direito estão no mesmo plano de igualdade, mas não devem se confundir. Por outro lado, porém, torna-se necessária a ressacralização da justiça penal (juvenil), através da redescoberta da força extraordinária dos valores que nos fazem compreender a complexa realidade da pessoa do infrator, a sua dignidade, motivando e facilitando sua “repersonalização”. Temos que redescobrir os valores associados à solidariedade, generosidade e tolerância. Nossas crianças e nossos jovens precisam experimentar a alegria, a força e a riqueza presentes no ato de dar e até mesmo na experiência do sofrimento. Não basta o jovem conquistar a sua independência. Tem que conquistar também sua autonomia, isto é, forças para perseguir seus objetivos, e isso ele vai conseguir através de seu crescimento interno, da descoberta dos grandes valores humanos. “O temor e o castigo que, latentemente, estão na base política criminal de muitas instituições de justiça (penal), podem e devem ir cedendo seu lugar à cosmovisão antropológica baseada na solidariedade, na generosidade e no amor fraterno como novos direitos fundamentais da pessoa e da comunidade” (Beristain, 1989, p.145).

2.2 Superação das categorias bipolares: condição para um conhecimento profundo do homem

As categorias de conhecimento, pelas quais dividimos as coisas e as próprias pessoas em classes, grupos, são muitas vezes necessárias, já que, de pronto, difícil-

mente podemos apreender a realidade no seu todo. Entretanto, se nos prendermos rigorosamente a elas, sobretudo a categorias bipolares, que guardam entre si uma relação de oposição e de exclusão, corremos o sério risco de termos uma visão profundamente distorcida da realidade, mormente da realidade humana. Segundo Beristain, (1994), temos que superar o velho e racional esquema das antinomias e buscar sínteses superiores. Essas sínteses superiores nós as encontraremos em nosso próprio interior, no silêncio, no recolhimento, na meditação. "Recordemos a Aurobindo, quando afirma que a pessoa tem mais êxito, produz mais, quando sobe ao cume de um monte, senta-se em silêncio e cruza os braços" (Beristain, 1994, p.89).

O silêncio e a interioridade nos conduzem a uma visão transcendente e mística da justiça. É a visão mística e transcendente que nos permite descobrir o valor do doar-se ao outro, o valor do outro, o valor do perdão. E as metas de desenvolvimento dessa visão devem voltar-se para três direções: para aqueles (profissionais penitenciários e voluntário) que se dedicam à ressocialização dos encarcerados (a fim de que descubram o valor transcendente de sua pessoa), para os próprios encarcerados (a fim de que descubram o valor transcendente de si mesmos, enquanto pessoas, do "outro" e de suas vítimas) e para as vítimas (a fim de que descubram o valor transcendente da pessoa de seus agressores). "Não desfrutará de liberdade quem não experimenta as exigências básicas da estrutura antropológica, e não compreende que é melhor dar que receber e que o bem é difusivo por sua própria natureza" (idem, p.94).

Nós não podemos ceder ao apelativo urgente para uma análise e compreensão profundas das realidades (no caso, da realidade da violência, do crime e do criminoso) a partir de categorias racionais "claras" e "objetivas", mas também democráticas, cuja "clareza" e "objetividade" nos dão segurança, conferem ao nosso discurso aquele impacto desejado. Categorias racionais muitas vezes bipolares e que, pela "clareza" e "objetividade" de sua bipolaridade, acabam nos cegando e obliterando nosso pensamento. Categorias do tipo, por exemplo: delinqüente, justo, – injusto, rico-pobre, explorador – explorado, vítima – vitimário, ressocializado – não-ressocializado, ajustado – desajustado, etc. Se conseguirmos transcender a bipolaridade dessas categorias, talvez possamos, não simplesmente enxergar outras coisas da realidade, mas enxergar outra realidade nas coisas. Afinal, a assim chamada maturidade do ser humano adulto e ajustado não guarda uma relação de antinomia e excludência com o assim chamado primitivismo infantil, pois dele emana. Nenhuma qualidade pode ser o oposto e a exclusão de uma outra qualidade da qual ela emana, pois, na medida em que ela negar e excluir essa outra, que é sua fonte, estará negando e excluindo a si mesma. Aliás, Freud já afirma em "O Mal Estar na Civilização" que tudo o que existiu na mente (primitiva) da criança, continua existindo na mente do adulto. Portanto, o "primitivismo infantil" encontra-se, de alguma forma, presente, amalgamado e, por que não dizer, atuante na mente do adulto "maduro" e "ajustado". Ora, se intra-individualmente não se pode falar em relação de oposição e excludência entre adulto e primitivo, matura-

endemoniados, os ociosos e vagabundos, os miseráveis e mendigos, os loucos, os criminosos (Velo, 2000).

O mecanismo de isolamento, fortalecido pelo de projeção, ajuda-nos a compreender a forte e obsessiva resistência que se tem, mesmo por parte de muitos defensores dos direitos humanos, em se buscar uma compreensão que transcenda a bipolaridade das supracitadas categorias tidas como racionais, lógicas e objetivas, as quais, a partir dessa compreensão, teriam, isto sim, grande carga de irracionalidade e subjetividade. Desenvolver sobre a realidade uma visão que transcenda a bipolaridade delinqüente – não-delinqüente, explorador – explorado, pobre – rico, ressocializado – não-ressocializado, vítima – vitimário, implica, profundamente, no âmago da subjetividade de cada um, uma capacidade de superar esse dualismo, de superar essa cisão na descoberta e compreensão de si mesmo, reconhecendo o próprio lado delinqüente, explorador, vitimário e não suficientemente socializado. Feito esse reconhecimento, feita essa reintegração (que inevitavelmente será fator de crescimento interno), o indivíduo (a sociedade) não terá mais necessidade de criar grupos excluídos e neles lançar tudo o que rejeita em si e estará, por conseguinte, em melhores condições de reconhecer no delinqüente o seu lado não-delinqüente e socializado, ou, que seja, o seu lado que quer a socialização (ainda que disso não tenha plena consciência) e que é digno da mesma. Essa concepção bipolar também existe nos sentenciados, e neles ela deve ser trabalhada e superada, com cada um de acordo com suas peculiaridades. Alguns tendem a isolar seus aspectos ruins, projetando-os na sociedade, no sistema prisional, na polícia. Outros (não

são poucos) isolam seus aspectos bons, identificam-se totalmente com seu lado delinqüente e não reconhecem mais em si nenhum valor. Tanto numa hipótese como noutra, os reeducandos acabam por tornar mais resistente a barreira que os separa da sociedade.

Enfim, conclui-se, conforme nos inspira Beristain, qua a compreensão que se deve ter do infrator e da justiça penal, principalmente ao se falar em estratégias de ressocialização, deve ser uma compreensão que, calcada na mística, busque uma visão transcendente do homem. Referindo-se à mística, tanto ocidental como oriental, diz Beristain: "Entre suas múltiplas contribuições possíveis, destaco agora duas: a conveniência de (...) descobrir a realidade harmônica do dia e da noite, do inocente com o criminoso, como duas caras de uma mesma moeda; e a utilidade de atualizar as intuições de Heráclito sobre a justiça que brota da injustiça, como a luz brota das trevas, como a vida da morte"(p.92).

Penso então que, em termos de busca efetiva da reintegração social dos condenados à pena privativa de liberdade, um grande passo a ser dado, e a ser continuamente dado, seria um passo, não no campo propriamente das estratégias e métodos científicos de intervenção, mas no campo dos valores e das crenças sobre o homem e suas relações. Todos os atores dessa reintegração social, profissionais do sistema penal, vitimários, vítimas, sociedade deveriam desenvolver valores e crenças que os levassem sempre mais a reconhecer, entre outras coisas, que: no forte também existe fragilidade, assim como no frágil também existe força; no justo também existe o delinqüente, assim como no delinqüente também existem virtudes;

no civilizado também existe o primitivo, assim como no primitivo também existe a imputabilidade, assim como em todos os imputáveis existem muitas vezes grandes parcelas de imputabilidade. Zaffaroni (1998), ao propor o que ele chama de “clínica da vulnerabilidade”, em substituição à Criminologia Clínica, parte justamente do pressuposto, ou, da “crença” de que no homem infrator não existe uma personalidade criminosa, mas sim uma história de experiências degradantes, seja em seu passado, seja em seu contato com o sistema penal, experiências essas que o tornaram vulnerável perante esse sistema penal. Antecedendo a essa vulnerabilidade, portanto, e se sobrepondo a ela, existe no infrator uma pessoa vocacionada a ser forte, consciente, vocacionada a participar da assembléia dos homens. Nessa linha de pensamento, segundo Zaffaroni, não seria mais o caso de se falar em etiologia da conduta criminosa, mas sim em etiologia da vulnerabilidade. Portanto, em termos de “programas de tratamento”, o que deveria ser tratado não seria a “conduta desviada”, mas o quadro de vulnerabilidade, isto é, o estado de personalidade deteriorada (deteriorada por força de fatores ligados às condições degradantes da infância, da família, etc., e de fatores ligados às pressões degradantes e despersonalizantes do sistema penal), pelo qual o indivíduo se presta a esse papel de ser o depositário de todo o rigor da lei. Diz Zaffaroni (p.26):

“(…) é necessário um saber que permita ajudar a estas pessoas a superar ou reverter a deterioração causada pelo sistema penal e a deterioração condicionada previamente e que faz “bom can-

didato” para o sistema, isto é, um saber que permita ajudar as pessoas criminalizadas a reduzir seus níveis de vulnerabilidade ao sistema penal. Esta é a função da criminologia “clínica”, dentro da nossa perspectiva crítica. Possivelmente em razão do caráter marcadamente comprometido como o poder da criminologia clínica tradicional, seria conveniente mudar-lhe o nome e substituí-lo pelo de “clínica da vulnerabilidade”, pois se trata de uma inversão da proposta etiológica “bio-psico-biológica”, da conduta criminal a nível individual, por uma proposta etiológica “sócio-psico-biológica” da vulnerabilidade individual ao sistema penal.”

3. Reintegração social centrada na relação entre seus atores

3.1 Reintegração social: uma mudança de enfoque

Reintegração social centrada na relação entre seus atores não deixa de ser um pleonasma, dado o significado e implicações de reintegração social, conforme se verá a seguir. Mas o que se pretende expressar com esse título é uma mudança significativa de enfoque do chamado “tratamento penitenciário”, que deixaria de se centrar na pessoa do reeducando, para se centrar nas relações sociais das quais ele faz parte. É a mudança de uma visão individual para uma visão sistêmica. Entre os atores da reintegração social, não existem “pessoas-sujeitos” e “pessoas-objetos”. É muito menos “observadores”, que ficam

unicamente na expectativa, numa atitude de quem só tem a exigir, como tem sido tradicionalmente o papel da sociedade, enfatizando o alimento pela mídia. Todos são sujeitos e devem participar ativamente da condução do processo, sentido-se todos igualmente comprometidos.

Os termos tratamento, ressocialização, reabilitação (e outros similares), pela forma como vêm sendo usados tradicionalmente, normalmente na Criminologia Clínica tradicional, supõem uma relação de poder entre as instâncias de controle formal, entre os técnicos e os presos. Nessa relação, os presos são objetos, os quais se pretende modificar e ajustar às normas e aos valores sociais. Diz Barata: "Não só não existem oportunidades de êxito, como também uma legitimação jurídica para uma obra de tratamento, de ressocialização concebida como manipulação do sujeito detido ..." (p.146). Enquanto atividades manipulatórias, nas quais o outro é um mero objeto passivo de intervenção a ser "transformado", os programas de tratamento não têm de fato um respaldo jurídico. Para Ciappi (s/ano), em artigo publicado na *Revista Rassegna Italiana di Criminologia*, 3-4 (Milão), "a idéia fundamental de reabilitação permanece a mesma: reduzir o crime, corrigindo e removendo as causas do comportamento ilícito do sujeito". A *National Accademy of Sciences* define reabilitação como "uma intervenção planejada que reduz a futura atividade criminosa do sujeito" (Schret e coll., 1979) (p.428). Portanto, segundo tais concepções, a reabilitação visaria a modificar o modo de ser do apenado – nisso estaria a essência de seu objetivo. Ciappi refere-se a um tipo de tratamento que ele chama de "tratamento ético", cujo pretencioso objetivo é o de promover uma

transformação do homem de acordo com os ordenamentos ético-morais "imutáveis" da natureza humana.

O recluso, consoante o autor acima citado, encontra-se, via de regra, muito bem adaptado ao cárcere, sente-se protegido por ele e conhece todos os seus meandros. Além disso, sente-se cúmplice do grupo (delinqüente) ao qual pertence, conhece e incorpora suas normas e valores e nesse grupo encontra sua identidade, motivos de orgulho e razão de viver. Aí está um aspecto profundo e importante, que se constitui num sério obstáculo no intrincado problema da ressocialização dos apenados. A ele talvez se dê pouca atenção, pelo fato de que os programas de reeducação são centrados tecnicamente e, por que não dizer, ideologicamente na pessoa do reeducando, desconsiderando suas interações com seu meio e com a sociedade. É como se **na pessoa** do apenado estivesse a raiz de todo o mal. Ocorre que o crime, na maioria das vezes, é a expressão de uma relação de antagonismo entre o criminoso e a sociedade. Além disso, como já foi dito logo acima, por um lado, o criminoso está comprometido e identificado com seu grupo de convivência e que o aceitou na vida marginal; por outro lado, encontra-se profundamente adaptado ao cárcere e àquilo que ele representa. Por conseguinte, os programas de ressocialização não devem centrar-se na pessoa do apenado, mas na relação entre ele e o meio, entre ele e a sociedade, pois é nessa relação que podemos compreender a conduta desviada.

Em substituição a esses termos tradicionais relativos ao "tratamento penitenciário", Baratta (1990) propõe o termo **reintegração social**, para designar o objetivo a

ser perseguido no trabalho de assistência aos presos e de facilitar-lhes o reingresso na sociedade. Entende ele por reintegração social todo um processo de abertura do cárcere para a sociedade e dessa para o cárcere, e de tornar o cárcere cada vez menos cárcere; nesse processo a sociedade tem um compromisso, um papel ativo e fundamental. A reintegração social supõe ter havido no passado uma marginalização primária, pela qual o indivíduo segregado passou a desenvolver com a sociedade uma relação de antagonismo e de exclusão. Ocorre, então, a marginalização secundária. Cabe, pois, à sociedade preocupar-se diretamente para minorar os efeitos da marginalização secundária e para evitar o retorno do ex-presidiário à marginalização primária pois, caso contrário, a marginalização secundária facilitará o retorno à primária daí à prática de novos crimes e, por fim, o retorno ao cárcere.

Para Schneider (1993), a Criminologia Moderna situa as motivações da criminalidade nos conflitos interpessoais, nos processos sociais, dos quais participam o autor, a vítima e a sociedade. Portanto, seu controle se fará por processos de aprendizagem de interações, que implicam a participação do autor, família, escola, grupos sociais e sistema de justiça. Portanto, “a ressocialização” do preso não será uma simples recuperação do mesmo, mas deverá antes supor a participação ativa dos mais diversos segmentos sociais, visando a reintegrar o sentenciado no seio da sociedade. A questão da “ressocialização” do preso vincula-se, pois, diretamente à concepção que se tem dos fatores associados à criminalidade, em função da qual vão se definir linhas básicas de política criminal. “De fato, a causa mais importante do fracasso

no tratamento que se tem feito no delinqüente preso até agora consiste no fato de que não se conseguiu incluir a vítima e a sociedade no tratamento do delinqüente” (Schneider, 1993, p.213). O “tratamento penitenciário” não pode mais centrar-se no autor, mas deve evoluir para uma forma de recompensa, isto é, deve estender-se até a vítima e a sociedade, desenvolvendo no autor o “luto psíquico”, na expressão de Schneider e, na vítima, o perdão e superação de seus conflitos.

Cabe aqui fazer menção a todo esse movimento que está surgindo de “justiça reparatoria”, cujo tema vem muito bem desenvolvido, de forma atualizada, por Ana Sofia Schmidt de Oliveira, em seu livro *A Vítima e o Direito Penal* (1999). Nesse movimento, busca-se nada mais nada menos do que recolocar em cena o conflito entre as pessoas envolvidas. De fato, o crime é expressão de um conflito, não simplesmente de um conflito entre o agressor e sua vítima, mas entre o agressor e a sociedade, sociedade essa concretizada e corporificada pela vítima. Quando o Estado assume para si a causa do crime, ele neutraliza o conflito, neutraliza a natureza dramática do crime, dramática não no sentido sensacionalista do termo, mas no sentido de expressão de profundos problemas humanos. Depurado do conflito, o crime transforma-se em mera infração às normas, e sua resolução, ou seja, a resolução da criminalidade consistiria no desenvolvimento da capacidade “ética” de acatar as normas. Não é nesse nível, porém, que se encontram os encaminhamentos de solução, mas ao nível dos conflitos, no qual se encontra diretamente envolvida a vítima. Neste movimento de inclusão da vítima, Oliveira (1999) distingue

dois tipos de políticas, que não podem deixar de ser lembradas: as políticas de exclusão e as políticas de inclusão. As políticas de exclusão, calcadas no antagonismo de interesses entre vítima e agressor, priorizam os interesses e o ressarcimento da vítima, senão o ressarcimento dos prejuízos por ela sofridos, por real impossibilidade, pelo menos o ressarcimento através da satisfação de seu “desejo de vingança”, em detrimento dos interesses, necessidades e condições do réu ou condenado, para o qual se pensam, em contrapartida, punições mais severas, que melhor satisfariam a vítima. Tais políticas, por conseguinte, nada mais fazem do que acirrar os conflitos, isto é, jogar gasolina no fogo. As políticas de inclusão, pelo contrário, estando atentas aos interesses, direitos e necessidades de ambas as partes envolvidas, buscam uma reconciliação, preocupando-se por que ambas as partes saiam lucrando de alguma forma, ao menos (ou sobretudo) psicologicamente, em termos de reconquista da paz na relação com o outro e da paz consigo mesmo.

À primeira vista, parece que a sociedade está alheia aos problemas do cárcere. A sociedade não quer, isto sim, é envolver-se com a solução dos mesmos. No entanto, é notório e significativo o fato de que as notícias de crime e as relativas a prisões, fugas, rebeliões, etc., têm espaço garantido na mídia e atraem a atenção do grande público, provocam discussões sobre tais assuntos, quase todos têm suas opiniões a dar. Por que motivo teria a sociedade tanto interesse em saber das questões carcerárias, opinar sobre elas, cobrar soluções, se não quisesse envolver-se na busca de soluções? O motivo nos parece claro, ainda que sob uma ótica psicanalítica: os criminosos são membros

da sociedade, representam um segmento seu e, portanto, atuam de acordo com conflitos e impulsos muito profundos dessa mesma sociedade, pelo que provocam na mesma interesse e sedução, ao mesmo tempo que rejeição e repulsa. “Os muros do cárcere representam uma violenta barreira que separa a sociedade de uma parte de seus próprios problemas e conflitos” (Baratta, 1990, p.145).

Portanto, a reintegração social do preso se viabilizará na medida em que se promover uma aproximação entre ele e a sociedade, ou seja, em que o cárcere se abrir para a sociedade e essa se abrir para o cárcere.

3.2 A participação de voluntários no trabalho penitenciário

O trabalho voluntário é uma forma concreta de participação da comunidade no processo de reintegração social do preso. Schneider (1993) chama a atenção para a importância desse trabalho, tanto junto aos presos, como junto aos egressos. Beristain, por sua vez, em inspirada obra *Nueva Criminología desde el Derecho penal y la Victimología* (1994), dedica todo um capítulo ao assunto.

A intervenção do voluntário, como organização e estrutura não-governamental, reconhece Beristain (1994), torna-se oportuna e, por que não dizer, necessária (dentro das instituições carcerárias), na medida em que organizações desse tipo, além de promoverem o desenvolvimento social e humano dos reclusos, servem como verdadeiros freios aos abusos de poder por parte das autoridades, tanto das autoridades das próprias unidades, como nas instâncias superiores. A grande vantagem do voluntariado é

que sua relação com os internos não é de uma relação de poder. Trata-se de uma relação desinteressada. Seu interesse primeiro e central é o bem do outro, é a promoção do outro. Portanto, o voluntário é para o recluso antes de tudo um modelo vivo de doação, de valorização do outro, modelo esse que se sobrepõe ao seu discurso, ao mesmo tempo que lhe dá sustentação moral. O voluntário é um modelo não contaminado pelas vicissitudes, pela rotina e pela cultura da prisão.

Note-se, entretanto, que Beristain usa os termos “organização” e “estrutura”, deixando claro que, embora o voluntariado tenha com o recluso uma relação que escapa aos esquemas legais de poder, nem por isso ela é totalmente informal e nem deve acontecer à revelia da instituição. Pelo contrário, deve ter uma intervenção previamente planejada, com objetivos e metas definidas. O autor faz referências a normas que regulamentam as atividades voluntárias nas prisões. Segundo ele, o voluntariado não deve constituir-se de pessoas “curiosas”, despreparadas, mas sim de pessoas muito bem preparadas, que devem trabalhar de forma entrosada com os profissionais penitenciários. “As Regras Mínimas das Nações Unidas para o tratamento dos reclusos (de 1955)”, como o “Conjunto das regras mínimas para o tratamento dos detentos”, do Conselho de Europa (de 1973), acertadamente falam dele (i. é, do voluntariado), quando se referem ao pessoal penitenciário. Todo legislador – também o espanhol – deve tê-lo em conta ao atualizar a legislação penitenciária” (p.58).

A atitude dos voluntários, em seu processo de acompanhamento, deve ser antes de tudo de respeito à pessoa e

às peculiaridades de cada recluso, e não simplesmente de querer “incorporá-lo” (*sic*) às suas propostas. Supera-se a visão medieval e infantil do Direito Penal enquanto atrelado à culpa, à moral e, conseqüentemente, à expiação.

O voluntário teria um olhar a partir do “externo”, um olhar crítico de avaliação, que, entre outras coisas, colaboraria para se evitarem as deformações profissionais. Evidentemente, esse olhar crítico seria de alguém que se sente comprometido com o processo de recuperação e ressocialização dos sentenciados. Conhecendo o presídio e seus internos, ele teria um importante papel a desempenhar, por exemplo, junto aos familiares dos reeducandos.

O voluntário é um recurso e um direito. Enquanto recurso, a ele podem acorrer os internos, seus familiares, bem como os profissionais penitenciários e todas as instâncias comprometidas com a justiça penal. “Enquanto direito, todo cidadão (individual e/ou coletivamente) tem direito a colaborar e/ou participar livre e eficazmente no desenvolvimento político, social, econômico, cultural e espiritual dos concidadãos...” (Beristain, 1994, p.65). Segundo o autor, o serviço voluntário não deveria ser encarado como simplesmente complementar à ação do Estado; talvez seja até o contrário, isto é, a ação do Estado é que seria complementar à do voluntário. “Em alguns países, a teoria, a prática e a legislação correm perigo de ignorar e/ou menosprezar o trabalho do voluntário. Inclusive, podem esquecer os direitos prévios e inalienáveis das pessoas individuais e das associações privadas, à luz do princípio da subsidiariedade. As competências do Estado começam onde terminam as dos cidadãos; não

antes” (p.71). “Ao Estado compete estruturar as instituições penitenciárias de forma que elas permitam o trabalho do voluntariado e contribuam para a personalização do condenado” (p.72).

Conclusão

Enquanto se tiver uma concepção reducionista do crime, pela qual ele é compreendido unicamente como infração a uma norma penal, desprovida de qualquer conflito e qualquer drama humano, serão infrutíferas, em sua maioria, as medidas que pretendam “ressocializar” os infratores dessas normas. O crime é expressão de conflitos, portanto, não é a infração à norma que deve ser resolvida, mas os conflitos que ela expressa. E para se enfrentarem e resolverem esses conflitos, uma longa caminhada deve ser feita, uma caminhada sem fim, que dura enquanto durar a humanidade. Uma caminhada de descoberta de valores, de superação de antinomias, de descoberta de si mesmo e do outro, uma caminhada de reconciliação e de perdão.

A visão integral, mística e transcendente do homem abrirá caminho para a descoberta e compreensão do valor do perdão e da reconciliação. E isso por parte de todos: dos operadores do Direito, dos profissionais penitenciários, do voluntariado, de um lado, e, de outro lado, por parte dos reeducandos. Sim, por parte dos reeducandos, pois eles também precisam descobrir o valor do perdão e da reconciliação em sua relação com a sociedade, com essa sociedade que os rejeitou, os excluiu e os condenou. Sem que se queira propor a eliminação de toda a forma

de pena, dentro de um total abolicionismo, pois isso é utópico, o processo de ressocialização daqueles que estão pagando suas penas pelos seus atos infracionais supõe uma difícil caminhada, por parte de todos, que vai da retaliação rumo ao perdão e reconciliação. Sem essa caminhada, que supõe uma visão integral, transcendente e mística do homem, por parte de todos, toda e qualquer medida ou programa que vise à ressocialização do infrator terá dentro de si a semente da contradição, da incoerência e da hipocrisia. Conforme diz Beristain (1994), o homem evoluiu do *homo faber* para o *homo sapiens*; deste, para o *homo pius*, compassivo e solidário, e para o *homo creator*, isto é, o homem é capaz de gerar a vida, tanto material como espiritualmente. Dentro de toda essa energia, o homem deve ser capaz de “criar o direito ao perdão” (p.86).

Romano, Professor de Filosofia Política da UNICAMP (Universidade de Campinas – São Paulo), em suas reflexões sobre o problema da violência (1996), analisa o pensamento de Platão, e o cita, a partir do diálogo “O político”, nos seguintes termos: “Qual será o melhor juiz? O que faria morrer todos os injustos e prescreveria aos justos comandar a si mesmos? ou o juiz que, dando autoridade aos justos e deixando viver os injustos, tornaria esses últimos submissos, voluntariamente, a esta autoridade?” Platão, comenta Romano, não segue essa pista enganosa. Há um terceiro juiz, diz ele (Platão), “supondo-se que ele exista, é claro” “o que tomando na mão uma parcela única onde reina a divisão, não faria nenhum dos membros perecer mas, após tê-los reconciliado para

o futuro, dando-lhes leis, seria capaz de vigiar para que eles fossem amigos uns dos outros" (Romano, 1996, p.157).

A caminhada que vai da retaliação rumo ao perdão e à reconciliação é uma longa caminhada. Como já dissemos, uma caminhada que não tem fim, que perdurará enquanto perdurar a humanidade, enquanto perdurar o crime e perdurarem as penas. Perdão e reconciliação são experiências a serem continuamente conquistadas e aprofundadas, tanto no âmbito da vida psíquica e emocional dos indivíduos, quanto em termos de sua extensão social e da história da sociedade. Se nos prendermos ao velho esquema das categorias antinômicas, que guardam entre si uma relação de oposição e exclusão, entenderemos o perdão e reconciliação como experiências que excluem as ofensas, os conflitos e as punições, quando de fato emanam das ofensas, conflitos e punições. A caminhada rumo ao perdão e à reconciliação exige muito investimento e esforço, muita criatividade, energia criadora, mas, por outro lado, na medida em que implica uma autodescoberta e auto-aceitação (e uma reconciliação consigo mesmo), ela traz para todos aqueles que a empreendem, profissionais, voluntariado e reeducandos, profundas recompensas. Entre elas, a recompensa da paz. É o caminho da paz. Paz consigo e paz com os outros. A satisfação proporcionada pela vingança embutida nas punições é puramente catártica, momentânea e a felicidade por ela proporcionada desfaz-se no momento seguinte, exigindo-se então sempre novas vinganças. Como seria bom se descobríssemos a felicidade que nos proporciona a paz, se descobríssemos o quanto é bom viver em paz.

Referências Bibliográficas

- BARATTA, A. Por un Concepto Crítico de Reintegración Social del Condenado. In: Oliveira, E. (Coord.). *Criminología Crítica*. Belém: CEJUP, s.d. p.141-157. Forum Internacional de Criminología Crítica.
- BERISTAIN, A. Aproximacion Juridica, Criminologia, Victimologia Y Teologica a los Jovenes Infractores. *Derecho Penal Y Criminologia*, Bogotá, 11 (37 en abr.1989: 127-150).
- _____. *Nueva Criminologia desde el Derecho Penal y la Victimologia*. Valencia: Tirant Blanch, s.d.
- CIAPPI, Silvio (...) Riflessioni Sul Trattamento Penitenziario e Sul Ruolo Dell Esperto Criminologo. *Rassegna Italiana di Criminologia*. Milano: Giuffré Editore, s.d. 3(4): 421-449.
- FENICHEL. *Teoria Psicanalítica das neuroses*. Trad. de Samuel Penna Reis. Rio de Janeiro: Livraria Atheneu, s.d.
- FREUD, S. Psicologia das Massas e Análise do Ego. In: *Obras Completas de Sigmund Freud*. 3. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1945. Tomo III.
- _____. O Futuro de Uma Ilusão. In: *Obras Completas de Sigmund Freud*. 3. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva, 1945. Tomo III.
- _____. O Mal Estar Na Civilização. In: *Obras Completas de Sigmund Freud*. 3. ed. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva. 1945. Tomo III.
- GATTI, Ulberto. La Valutazione Dell' Efficacia Degli Interventi Psicosociali. In: *Criminologia. Rassegna*

- Italiana di Criminologia*, Milano: Giuffré Editore, s.d. 3(4): 451-463.
- JUNG, C. G. *Psicologia do Inconsciente*. Trad. de Maria Luiza Appy. 7. ed. Petrópolis: Vozes, s.d.
- OLIVEIRA, Ana Sofia S. de. *A Vítima e o Direito Penal*. S. Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- ROMANO, Sob a Sombra do Trímaco. Reflexões à Margem da Violência. *Justiça e Democracia*, 1(2), p.152-162, jul. – dez./1996.
- SÁ, Alvino A. Prisionização: um dilema para o cárcere e um desafio para a comunidade. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 6, n 21, p.117-123, jan. – mar. 1998.
- SCHNEIDER, H. J. Recompensación en Lugar de Sanción. Restablecimiento de la Paz entre el Autor, la Víctima e la Sociedad. In: *KOSOVSKI, E.* (Org. e Ed.). *Vitimologia: enfoque interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Reproarte, 1993. p.212-229
- VELO, J. Tennyson. Ensaio sobre a história da Criminologia comparada à Psiquiatria. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, a. 7, n 29, jan./mar. de 2000.
- WINNICOTT, D. D. *Privação e Delinquência*. Trad. de Álvaro Cabral. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- WOLHEIM, R. As idéias de Freud. São Paulo: Cultrix, 1971.
- ZAFFARONI, E. Raul. *Criminologia: aproximación desde un margen*. Santa Fe de Bogotá (Colombia): Temis S. A., 1998.

O CONTROLE DA CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO

Brasílio Antônio Guerra

Juiz de Direito da Comarca de Caruaru – 1ª Vara Cível; Professor da Faculdade de Direito de Caruaru; Pós-Graduado pela Faculdade de Direito de Caruaru/ Especialização *Latu Sensu*; Professor adjunto da Escola Superior da Magistratura – ESMape; Presidente do Colégio Recursal do Juizado de Caruaru

SUMÁRIO

1. A Constituição como Norma Jurídica e o Fenômeno Político. 2. Supremacia da Constituição. 3. Controle de Constitucionalidade. 4. Campos de Controle. 5. Quem Controla a Realidade Brasileira. 6. Controle Jurisdicional. 7. Sistema Brasileiro antes e depois de 1988. 8. Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão. 9. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade. 10. Conclusões. 11. Bibliografia

A constituição é um sistema de valor, cuja idéia primária é a da Constituição do Estado estabelecendo limites ao poder, garantindo o bom funcionamento das instituições de democracia.

Por constituição, aqui, a do Estado ou Lei fundamental do Estado, já que a palavra constituição pode ser empregada com plurais significados. Assim, a constituição do mundo, de uma Assembléia, de uma renda, etc.

Mesmo a idéia de Constituição do Estado abriga divergências profundas. A doutrina assinala diversos senti-

dos de constituição estatal. Em síntese, o sentido político, sociológico e jurídico.

Em "Que es una Constitución", Ferdinand Lassalle enveredou pela via sociológica, sustentando que a constituição seria a soma dos fatores reais de poder. Essa seria a constituição real e efetiva, sendo que a lei escrita não passaria de uma folha de papel. É o que se pode concluir em obra citada, Buenos Aires, ed. Siglo Veinte, 1946, páginas 61 e 62.

No sentido político, a constituição seria a decisão fundamental, decisão concreta de conjunto sobre o modo e a forma de existência da unidade política. Assim é em Carl Schimith, em "Teoria de la Constitución", pág. 20.

Em Hans Kelsen, a constituição seria vista na dimensão jurídica pura, quer ontológica, quer metodológica.

A constituição encerra um valor na modernidade. Trata-se de um sistema que constitui o Estado, fundando-o e estabelecendo mecanismos de seu funcionamento, na perspectiva de garantir a existência dos poderes, desenhando-os e limitando-os. Essa é a idéia primária de constituição, emergente historicamente como uma reação sistêmico-política à tendência autocrática.

1. A Constituição como Norma Jurídica e o Fenômeno Político

Colocadas resumidamente essas três perspectivas, na verdade, a constituição se caracteriza bem na sua dimensão jurídica e seria, como diz J. J. Gomes Canotilho, em "Direito Constitucional", Almedina, pág. 39, "o estatuto jurídico do político". E segundo esse autor a constituição

não deve, porém, ser estudada isoladamente. Pelo contrário, ela conexas-se com outras categorias políticas e conjuntos sociais (Estado, sistema político, sistema jurídico, ordenamento, instituição), de relevante significado para a captação do mundo circundante (estruturante da política).

Inobstante essa conexão, para a finalidade deste trabalho a constituição é mesmo o estatuto jurídico político, com destaque à idéia de lei fundamental de uma organização política.

Na Idade Média, assistiu-se ao desenvolvimento da idéia de lei fundamental, embora, no início, como expressão de algo vago, mas a sugerir a dimensão pactícia, sem que pudesse ser violada. Canotilho, na obra citada, pág. 61, diz que a noção de lei fundamental se traduzia no "conjunto de princípios ético-religiosos e de normas consuetudinárias ou pactícias, que vinculavam reciprocamente o Rei e várias classes sociais, não podendo ser violadas pelo titular do poder soberano".

Vê-se nesta idéia, a expressão de lei maior ou suprema impositiva de limites dos poderes.

Mais adiante, já no final do século XVII, a noção de lei maior ou fundamental é resgatada, na perspectiva da politicidade, traduzindo-se em duas expressões, quais a de ser superior e a de vincular o soberano, que nem mesmo poderia modificá-la a seu talante.

Essa idéia persiste ainda, sobretudo nos modelos sociais que adotaram o escrito como forma de manifestação da Constituição.

À toda evidência, assim vista a Constituição seria ela a própria organização do Estado, que ganhou vulto no

século XVIII, com o chamado movimento constitucional, em decorrência das revoluções francesa e americana.

Sálvio de Figueiredo Teixeira, sobre o conceito de constituição, invoca a lição de Alfredo Buzaid, afirmando:

“Salienta Buzaid, no entanto, que no plano jurídico-histórico, somente no século XVIII, vamos lobrugar o conceito real de Constituição, alicerçando sua afirmativa, que encontra guarida na melhor doutrina, no fato de que no crepúsculo daquele século, sobretudo em decorrência das revoluções americana e francesa, de 1776 e 1786, respectivamente, que o conceito de Constituição deixou a atitude meramente cognoscitiva (concepções jusnaturalistas – fundadas no direito divino, e historicista – calcada no fatalismo histórico), abandonando o institucionalismo que a caracterizava, para dar lugar ao surgimento das constituições revolucionárias, chamadas “Voluntaristas”, programáticas que buscavam traçar normas criadoras de aperfeiçoamento. Documento jurídico solene, para sintetizar o ordenamento político da nação “instrumento de propaganda ideológica e de educação popular a serviço da vontade dominante”, com a imperatividade promanando a regra jurídica, na lição de Burdeau”(Revista de Direito Público, 28/19).

A ênfase ao aspecto solene da constituição não deve reduzi-la ao aspecto puramente formal, pois que, conforme Canotilho, na obra citada, 1977, página 54, “uma cons-

tituição não pode ser compreendida sob pena de a reduzirmos a uma exangue ossatura formal, se não tivermos em conta os modos e as relações de produção, os aparelhos ideológicos e repressivos do Estado, as lutas sociais e os fins perseguidos pelas várias forças políticas de um país, um dado momento histórico, é hoje uma idéia progressivamente aceita”.

Apesar disso, é essencial que se coloque aqui a idéia da lei fundamental e de documento escrito, advindo daí a noção de supremacia, que vai situar todo o problema de controle de constitucionalidade.

2. Supremacia da Constituição

A idéia de lei fundamental, em regra, coresponde às noções de constituição como documento escrito, dotado de rigidez. Da rigidez resulta, assim, a consequência primária, que é a supremacia da constituição.

Pinto Ferreira chega a dizer que o princípio de supremacia da constituição “é reputado como uma pedra angular em que assenta o edifício no moderno direito político” (Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno, 6ª Ed.1983, página 90).

José Afonso da Silva, em Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. M, 9ª edição, página 47, afirma que “a constituição se coloca no vértice do sistema jurídico do país, a que confere validade e que todos os poderes estatais são legítimos na medida em que ela os reconheça e na proporção por ela distribuídos”.

Por supremacia, quero limitar o objeto, para justificar o tema do controle, no aspecto formal, embora admita

que a doutrina chega a especular sobre a supremacia material da constituição, reconhecendo-a até mesmo nas constituições não escritas e nas flexíveis, conforme Georges Burdeau.

Esse mesmo autor, segundo José Afonso da Silva, "realça que é somente no caso de rigidez constitucional que se pode falar em supremacia formal da Constituição".

A idéia de supremacia, a rigor, corresponde adequadamente à constituição como norma fundamental e primária da produção jurídica. Daí falar-se em superlegalidade. Canotilho, na obra citada, pág. 972, diz:

"Ao falar-se do valor normativo da Constituição como lei superior, quer porque ela é fonte da produção normativa (norma normarum), quer porque lhe é reconhecido um valor normativo hierarquicamente superior (superlegalidade material), que fez dela um parâmetro obrigatório de todos os atos estatais".

Da supremacia decorre o princípio geral da conformidade de todos os atos à Constituição. Somente é defensável falar-se numa obrigatória conformidade se se admitir a idéia de supremacia normativa da Constituição.

Em "Jurisdição Constitucional", Editora Saraiva, 1996, pág. 223, Gilmar Ferreira Mendes fala da Constituição como contexto superior das demais normas e em consequência "as leis e normas secundárias devem ser interpretadas, obrigatoriamente, em consonância com a Constituição".

O tema da interpretação, segundo a Constituição, merece aqui uma breve passagem, pois não é dele, de rigor,

que estamos a tratar, embora ao se falar de controle de constitucionalidade, advém daí que a defesa da Constituição através do controle envolve a atividade interpretativa segundo a norma superior.

Toda interpretação constitucional se assenta no pressuposto da Superioridade Jurídica da Constituição sobre os demais atos normativos, conforme Luiz Roberto Barroso, em *Interpretação e Aplicação da Constituição*, ed. Saraiva, 1996, pág. 150. Esse autor, também, arre-mata:

"Vai-se ver que a supremacia da Constituição é tributária da idéia de superioridade do poder constituinte sobre as instituições jurídicas vigentes. Isso faz com que o produto do seu exercício, a Constituição, esteja situado no topo do ordenamento jurídico, servindo de fundamento de validade de todas as demais normas. Essa supremacia somente se verifica onde exista Constituição rígida. Aliás, a rigidez interage, em uma relação recíproca de causa e efeito, com outro fenômeno que contribui para a primazia da ordem constitucional: a vocação de maior permanência e estabilidade que acompanha a lei fundamental em contraste com a mutabilidade da legislação ordinária".

A supremacia da Constituição se expressa na chamada superlegalidade formal e material. A primeira, colocando a Constituição como fonte de produção das demais normas, indicando competência e procedimentos para elaboração. A superlegalidade material, a indicar conteúdos

que se devem observar em atenção ao que se contém, na Constituição, enquanto normas e princípios.

É fundamental, pois, a compreensão do caráter da Constituição e da supremacia, tema caro, no constitucionalismo pós século XVIII.

A Constituição, segundo Rogério Lauria Tucci e José Rogério Cruz Tucci, em Constituição de 1988 e Processo, Ed. Saraiva, 1989, pág. 100:

“É importante e obviamente, o mais importante texto legal de um ordenamento jurídico. Por isso que reclama sempre, a imperatividade de seus preceitos e a prevalência deles sobre os demais atos legislativos de categoria hierárquica inferior”.

O aspecto formal e material da superlegalidade traduz-se na possibilidade de vícios impregnados em atos não conforme a Constituição, os quais assumem o perfil de inconstitucionais. Nesse sentido, Marcelo Caetano, em Direito Constitucional Forense, 1977, pág. 401, diz que:

“É a inconstitucionalidade o vício ostentado pelas leis que provenham de órgão não legitimado pela Constituição para editá-las ou que tenham sido elaboradas em desacordo com as regras nela estabelecidas ou, ainda, que contenham preceitos antagônicos aos constitucionalmente consagrados”.

3. Controle de Constitucionalidade

O controle de constitucionalidade se traduz na idéia de defesa do valor da Constituição. Com efeito, somente se pode pensar em controle em face de um objeto dado, que deve prevalecer. Esse objeto seria a Constituição dotada de supremacia e de superlegalidade nos planos formal e material.

É uma das mais importantes páginas do constitucionalismo e remonta mesmo a idéia de poder constituinte formulada pela primeira vez pelo Padre Emanuel Joseph Sieyès, no célebre *Qu'est-ce que le Tiers État?* (O Que é o terceiro Estado?).

Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em *Direito Constitucional Comparado - o poder constituinte*, 1974, pág. 12, “esse livro foi o manifesto da Revolução Francesa, está como manifesto para ela, assim como está o de Marx para a Revolução Russa”.

De nada adiantaria o princípio da supremacia, se não houvesse mecanismos de controle ou de defesa da Constituição.

A Constituição é a unidade jurídica da vontade do povo e é um sistema de limites ao exercício do poder, mas é, também, o documento no qual estão edificados os alicerces da democracia. O controle do valor da Constituição assume esse significado de defesa do texto magno, cuja alteração somente deve ocorrer por ocasião do exercício do poder constituinte, ou através do procedimento revisional criado pelo constituinte originário.

Assim, o sistema de controle deve ser apreciado na perspectiva garantista do valor da Constituição fundada

na idéia de superlegalidade. O controle pressupõe a intangibilidade do texto constitucional e a possibilidade no meio social de vícios que o maculem.

4. Campos de Controle

Concretamente, a idéia de controle ou de defesa da Constituição surge a partir de situações ou de conflitos hostis a *Lex Fundamentalis*, que podem assumir os casos seguintes: Conflitos Constitucionais, isto é, entre órgãos do Estado ou outros entes com responsabilidade constitucional; Controle propriamente de constitucionalidade das leis ou de outros atos de normação; Controle como defesa e proteção de direitos do cidadão e Controle da regularização de formação dos órgãos constitucionais.

Aí, devem-se observar as particularidades de cada ordenamento como anota Canotilho, na obra citada, pág. 977; a cada situação dessas, naturalmente, deve corresponder a necessidade do controle.

5. Quem Controla a Realidade Brasileira

Aqui, sobre os agentes ou sujeitos do controle, a realidade brasileira.

Há na verdade três sistemas de controle, que se traduzem na idéia de quem controla a constitucionalidade. José Afonso da Silva, na obra citada, pág. 50, diz que "há três sistemas de controle de constitucionalidade: o político, o jurisdicional e o misto".

Canotilho destaca mais o controle político e o jurisdicional.

O controle político é conferido a órgãos que têm configuração política, em sentido estrito. A rigor, todo órgão a quem se reserva a missão de defesa da Constituição tem feição política pelo menos a se conferir a expressão política no sentido grego-aristotélico.

Mas político, aqui, assume um perfil limitado e adequado a distinções, inclusive metodológicas.

Órgão político, assim, seriam as Assembléias de Representantes ou entes especiais, como o Presidium do Soviete Supremo na Ex-União Soviética.

O sistema político, como anota Gomes Canotilho, é conhecido, também, como o sistema francês, segundo esse autor, pág. 978:

"Não obstante Sieyès ter logo sugerido na Constituição do ano VIII a criação de um "Jurie Constitutionnaire", a concepção rousseauiano-jacobina da lei como instrumento da vontade geral manteve-se sempre aliada ao dogma da soberania da lei que só as próprias Assembléias legislativas poderiam politicamente controlar".

Em Portugal, segundo Canotilho, o controle político dominou durante o constitucionalismo monárquico e só com a Constituição Republicana é que se introduziu o sistema de controle difuso, incidental e concreto.

Diz ele que, a partir de 1933, ressurgiu o sistema político para as chamadas inconstitucionalidades orgânicas ou formais de diplomas promulgados pelo Presidente da República.

6. Controle Jurisdicional

Outorga-se ao poder judiciário a missão de guardião da Constituição, devendo declarar a ofensa ao texto constitucional de leis ou atos do Poder público, quer no plano formal, quer no material.

Segundo Gilmar Ferreira Mendes, na obra já citada, pág 24:

"A primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, introduziu uma nova concepção do Poder Judiciário. A influência da doutrina constitucional americana contribuiu para que se outorgasse ao Supremo Tribunal Federal a função de guardião da Constituição".

À vista preliminar, pode-se concluir que o sistema brasileiro é o jurisdicional com reserva específica ao Supremo Tribunal Federal, de guardião da Constituição.

Mas não é essa a realidade. Qualquer órgão do Poder Judiciário pode declarar uma lei ou um ato como inconstitucional. Daí falar-se que o sistema jurisdicional de controle, no Brasil, envolve os critérios difuso e concentrado, sendo que o último, de exclusiva competência do Supremo Tribunal Federal.

O juiz, segundo Alfredo Buzaid, apud Rogério Lauria Tucci, na obra citada, "é dotado do poder de negar a aplicação à lei, quando em ação regularmente proposta, verificar que ela é adversa à Constituição, ou a outra lei hierarquicamente superior".

O controle jurisdicional pelo critério difuso ou concreto é a expressão maior da idéia do judicial review americana. Segundo Gomes Canotilho, o juiz Marshall, no caso *Madison Vs. Marbury*, explicou este pensamento da forma que se tornou clássica:

"É, sem dúvida, da competência e dever do Poder judiciário interpretar a lei. Aqueles que a aplicam aos casos particulares devem, necessariamente, explaná-la, interpretá-la. Se duas leis se contrariam, os Tribunais devem decidir sobre o seu âmbito de aplicação".

Já o controle concentrado, ou por título principal, forma-se em processo autônomo, no qual o agente legitimado propõe a declaração de inconstitucionalidade junto ao órgão do Poder Judiciário que tenha essa competência. No Brasil, esse órgão é o Supremo Tribunal Federal, em regra. O art. 103 da Constituição trata da legitimação para propositura da ação direta. Aliás, esse dispositivo ampliou a legitimação, já que antes de 1988, apenas a tinha o Procurador Geral da República. Agora, além dele, podem promovê-la as Mesas do Senado, da Câmara dos Deputados e das Assembléias Legislativas; o Governo do Estado, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados, o Partido Político com Representação no Congresso e a Entidade de classe, de âmbito nacional.

Sobre não ter incluído o cidadão, de rigor, não foi feliz o constituinte. Na perspectiva da maturidade política, bem poderia ter legitimado o cidadão. Afinal, a idéia básica é a defesa da Constituição, enquanto valor histórico.

da Constituição Estadual, conforme o art. 125, parágrafo 2º.

Finalmente, temos a ação de suprimento de omissão, quer do administrador, quer do legislador, contrária à Constituição.

Interessante registrar que na história brasileira do controle de constitucionalidade, a intervenção do Procurador Geral que era inicialmente da defesa do regime federativo, ante a ofensa a princípios sensíveis, passou depois ao exercício especial de defensor da Constituição, positivando a idéia de Advogado da Constituição, face a qualquer ofensa, o que representou um importante salto de qualidade na defesa do primado da lei fundamental.

Se a Constituição de 1967 instituiu o monopólio de ação conferido ao procurador-geral, a atual carta ampliou sensivelmente a legitimação (art. 103), o que fez reduzir o chamado controle incidental ou difuso, ao permitir ao Supremo, em ação autônoma, o controle abstrato das normas.

8. Inconstitucionalidade por Ação e por Omissão

A inconstitucionalidade por ação pressupõe a produção de lei de ato contrário à Constituição. Diante da Supremacia da Constituição, o ato pode resultar incompatível verticalmente, quer formal ou materialmente.

No aspecto formal, se o ato foi produzido sem a observância das formalidades ou procedimentos ditados pela Constituição.

Materialmente, se o conteúdo do ato ofende preceito ou princípio constitucional.

Na inconstitucionalidade por omissão, a ofensa resulta não do ato, já que inexistente, mas da própria inexistência, quando sua produção se impunha, por preceito constitucional.

A omissão constitui ofensa à Constituição quando a prerrogativa ou direito assegurado na lei maior não alcança efetividade, por inexistir a lei a que se referiu o constituinte. A norma constitucional existe, porém a omissão do legislador ou do administrador faz com que ela não adquira eficácia. Daí, a omissão constituir uma ofensa à Constituição.

Sem dúvida, um grande avanço. Mas o legislador foi tímido, pois poderia ter permitido que se editasse a norma sobre a matéria, até que a omissão fosse suprida.

Pela dicção do art.103, parágrafo 2º "declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao poder competente para a adoção das providências necessárias e em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em 30 dias".

No caso da omissão ser do legislador, como não está obrigado a isso, o que resulta é a ineficácia da ciência dada. Certamente, o constituinte perdeu uma grande oportunidade de avançar nessa matéria, cuja importância dispensa maiores comentários, especialmente em modelos sociais atrasados, onde a Constituição tem apenas valor simbólico.

Na verdade, a inconstitucionalidade por omissão reafirma a tendência à diminuição do estado face às injunções

do projeto liberalizante, o que constitui fonte de tensão entre os que buscam o suprimento do silêncio constitucional e aqueles que não pretendem editar preceitos legiferantes que possam tornar eficazes normas e princípios constitucionais.

Há um dever jurídico-constitucional do legislador “no sentido de este adotar as medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas da Constituição” (Canotilho, obra citada, pág. 1.103).

Todavia, segundo esse mesmo autor, a doutrina não tem reconhecido um direito fundamental à legislação.

Assim, tanto em Portugal, como no Brasil, a Constituição afastou a possibilidade de ações universais populares contra omissões do legislador. Entre nós, porém, admissível o procedimento para a declaração da omissão, com os efeitos resultantes, em conformidade com o art.103, parágrafo 2º, da Constituição Federal. Todavia, não há legitimação do cidadão e nem resulta muito eficaz a notificação do Parlamento, que não tem o dever jurídico de editar preceito legiferante, o que certamente, traduz-se num tímido avanço. Talvez, o mais acertado fosse a assecuração do direito constitucional à legislação, com todos os seus consectários.

9. Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade

Aqui, situa-se o debate a respeito da declaração de inconstitucionalidade do ato ou norma e seus efeitos.

Diante do princípio da Supremacia da Constituição, haveria espaço para se debater se resultam efeitos de ato

tido como hostil à Constituição, ou efeito nenhum há?

A questão não é tão simples. Realmente, diante da Supremacia da Constituição, nenhum efeito poderia produzir um ato inconstitucional. Assim, a declaração de inconstitucionalidade de uma lei torná-la-ia nula *ipso jure e ex tunc*.

Gilmar Ferreira Mendes, na obra citada, pág. 249, diz:

“ O dogma da nulidade inconstitucional pertence à tradição do direito brasileiro. A teoria da nulidade tem sido sustentada praticamente por todos os nossos importantes constitucionalistas”.

Canotilho coloca o problema a partir do órgão que aprecia a fiscalização da constitucionalidade, dizendo ser de rigor lógico que a eficácia *ex nunc* “seria própria do sistema concentrado, que em regra, atribui-se à decisão de inconstitucionalidade um efeito constitutivo”.

Sustenta, ainda, que o regime do controle difuso declara a nulidade do ato, com efeitos *ex tunc*. Aliás, seria próprio desse regime a imputação da nulidade *ex tunc*.

No caso do Brasil, a partir de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, já se pode identificar a teoria da nulidade em favor da teoria da anulabilidade, com base em Kelsen.

Em Kelsen, o que se coloca é que a lei inconstitucional não pode ser reconhecida nula, uma vez que editada regularmente, gozando de presunção de constitucionalidade, não se podendo desdenhar suas consequências.

Esse posicionamento é o do Ministro Leitão de Abreu, como relator do RE 79.343, RTJ, número 82, pág. 791.

Aqui, passagens da argumentação do Ministro citado:

"Hans Kelsen, enfrentado o problema, na sua *General Theory of Law and State*, inclina-se pela opinião que dá pela anulabilidade, não pela nulidade da lei inconstitucional. A decisão tomada pela autoridade competente de que algo que se apresenta como norma é nulo *ab initio*, porque preenche os requisitos da nulidade determinados pela ordem jurídica, é ato constitutivo; possui um efeito legal definido; sem esse ato e antes dele o fenômeno em questão não pode ser considerado nulo. Donde não tratar-se de decisão declaratória".

Aí, duas posições. Entre nós, segundo Gilmar Ferreira Mendes, pág. 255:

Essa posição não provocou qualquer mudança no entendimento anterior relativo à nulidade *ipso jure* até porque consoante entendimento do STF, o princípio da supremacia da Constituição não se compadece com uma orientação que pressupõe validade de lei inconstitucional. O reconhecimento da validade de uma lei inconstitucional representaria uma ruptura com o princípio da supremacia da Constituição".

Segundo Alfredo Buzaid, apud José Afonso da Silva, na obra citada, pág. 53 "toda lei adversa à Constituição é nula e não simplesmente anulável".

José Afonso da Silva parece seguir caminho diverso. Segundo ele, "o constitucionalismo brasileiro estruturou

técnica peculiar de controle, que não comporta a teoria norte-americana. Milita presunção de validade constitucional em favor de leis e atos normativos do Poder Público, que só se desfaz quando incide o mecanismo de controle jurisdicional estatuído na Constituição Federal".

Esse autor procura colocar os sistemas de declaração de inconstitucionalidade, com o objetivo de situar o problema. Em primeiro lugar, expõe a eficácia da sentença que decide pela inconstitucionalidade na via de exceção e, aí, a sentença seria declaratória, com efeitos *ex tunc*.

Aborda, depois, a questão da eficácia da sentença proferida no processo da ação direta de inconstitucionalidade genérica. Diz ele que a decisão terá eficácia *erga omnes*. Não disse nada, por óbvio esse efeito. Silenciou quanto ao problema da retrooperância ou não dos efeitos decorrentes de lei ou ato inconstitucional. Porém, seu entendimento noutras passagens é no sentido da eficácia constitutiva.

Nós outros preferimos o caminho de que não se compadece com o princípio da supremacia da Constituição, admitir-se como válida, ainda que por pouco tempo, lei hostil à Constituição. Assim, declarada a inconstitucionalidade, os efeitos da decisão são *ex tunc*; mesmo admitindo a complexidade que a questão suscita. É que não vislumbro outra saída face ao princípio da supremacia constitucional.

10. Conclusões

- 1) A Constituição deve ser vista como um sistema de valor, garantindo o funcionamento das instituições da democracia.
- 2) A Constituição é o estatuto jurídico do fenômeno político.
- 3) O princípio ou idéia da supremacia da Constituição coloca o tema do controle da constitucionalidade como uma das mais belas páginas do constitucionalismo emergente no século XVIII.
- 4) O controle da constitucionalidade traduz-se na idéia de defesa da Constituição, como valor histórico e fundamental.
- 5) Há três sistemas de controle da constitucionalidade, sendo que o Direito Público brasileiro prevê o chamado controle jurisdicional, pela via de exceção e através da ação direta junto ao Supremo Tribunal Federal, guardião da Constituição.
- 6) A inconstitucionalidade pode ocorrer por ação e por omissão, embora se admita não haver um direito à legislação, senão a prerrogativa de ser notificado o Parlamento da decisão que reconhece o silêncio constitucional.
- 7) Entre nós, a lei ou ato inconstitucionais são nulos. Declarada a inconstitucionalidade, a decisão produz efeitos *ex tunc*, embora se registrem dissídios doutrinários. No Supremo Tribunal Federal, depois de certa vacilação, ganhou força a tendência de efeitos *ex tunc* da decisão declaratória de inconstitucionalidade.

11. Referências Bibliográficas

- BARROSO, Luiz Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.
- CAMPOS, Germán José Bidart. *Derecho Constitucional del Poder*. [s.l.]: Ediar, 1967
- CANOTILHO J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. [s.l.]: Almedina, 1993.
- DANTAS, José Carlos Arruda. Controle de Constitucionalidade de Leis – Aspectos doutrinários. *Revista da ESMAPE*, Recife, v. 03, n.07, jan./jun.1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direito Constitucional Comparado – O Poder Constituinte*, 1974.
- FERREIRA, Pinto. *Princípios Gerais de Direito Constitucional*. 6. ed. [s.l.]: Moderna, 1983.
- LASSALE, Ferdinand. *Que és una constitución?* Buenos Aires: Siglo Veinte, 1946.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- RUFFIA, Paolo Biscaretti de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984.
- SCHIMITH, Carl. *Teoría de la constitución*.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito Constitucional Positivo*. 9 ed. São Paulo: Malheiros, s.d.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Revista de Direito Público* 28/19.

TUCCI, Rogério Lauria, TUCCI, José Rogério Cruze. *Constituição de 1988 e Processo*. São Paulo: Saraiva, 1989.

PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL

Claudio Brandão

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito de Olinda, da Universidade Federal de Pernambuco e da Escola Superior da Magistratura de Pernambuco. Professor de Filosofia na Escola Teológica São Bento do Mosteiro de Olinda.

SUMÁRIO

Introdução. 1. Poder Empregatício - Conceito e espécies de poder empregatício - Natureza Jurídica do Poder do Empregador. 2. Culpabilidade - Conceito de Culpabilidade - Evolução dogmática do conceito de culpabilidade - Conclusão - Inexigibilidade de outra conduta e poder do empregador. 3. Referências Bibliográficas.

Introdução

A nossa pesquisa versa sobre um tema inédito: da possibilidade do reconhecimento da coação exercida pelo poder do empregador excluir a culpabilidade, como causa supralegal de inexigibilidade de outra conduta.

O tema está numa interseção entre o direito penal e o direito do trabalho, posto que, sem o estudo de ambos, é impossível chegar a uma conclusão sobre a admissibilidade ou não da referida exclusão da culpabilidade. Por isso, o nosso trabalho está dividido em dois grandes títulos: o primeiro trata do tema do poder empregatício, sua

ontologia e sua natureza jurídica. O segundo trata da culpabilidade, seu conceito, sua evolução.

Na conclusão, tratamos da admissibilidade da exclusão do juízo de reprovação da culpa por conta do poder do empregador, tendo em vista a matéria analisada nos títulos I e II.

1. Poder Empregatício

Conceito e espécies de poder empregatício

Bertrand Russel define o poder como a produção de efeitos desejados. É assim um conceito quantitativo, e os meios concretos do exercício deste poder são: poder físico direto sobre o corpo; poder de influência sobre a opinião; por meio de recompensas ou castigos conseguir-se aquilo a que se aspira (p.ex., quando se dá ou tira emprego).¹

É ínsito na idéia de poder a idéia de coerção. A coerção é o uso da força, de modo legítimo, em um dado contexto sóciopolítico.

No âmbito da empresa existem também, como salta aos olhos, relações de poder. Saliente-se, antecedentemente, que aqui não se está usando o vocábulo “poder” no seu sentido negativo, que se identifica numa forma concentrada do mando, de modo a anular uma manifestação de vontade em prol de outra, mas, utiliza-se o vocábulo poder enquanto condição de mando que acarreta uma determinada subordinação de uma vontade à outra.

¹ Apud. DELGADO, Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTR, 1996. P. 63

Sem o poder não seria possível a organização empresarial, o estabelecimento de normas para a realização dos fins da empresa, da estruturação técnica da mesma. O poder, pois, é “a faculdade que tem o empresário de exercer todas as atividades referentes à administração da empresa, planejando a ação da organização, estabelecendo normas para o seu funcionamento, comandando, executando e fiscalizando a execução do trabalho, prescrevendo as regras de conduta dos empregados, adotando as medidas cabíveis para a realização dos objetivos da empresa”².

O poder do empregador subordina legitimamente, dentro dos limites do ordenamento jurídico, a vontade do empregado à sua. Essa subordinação, com efeito, é considerada a essência do contrato de trabalho, como “la nota esencial que caracteriza la relación laboral regulada por el derecho del trabajo, es de la subordinación o dependencia”³. Se há subordinação, há hierarquia. Daí ser corrente na doutrina dizer que o poder do empregador é *hierárquico* em relação ao empregado⁴. Ele é hierárquico porque sua vontade pode se impor licitamente, dentro dos limites da lei, sobre a vontade dos empregados, daí a mesma estar em um plano superior com relação à referida vontade dos empregados: a vontade dos empregados é sempre subordinada à do empregador. Ainda quando o

² MAGALHÃES, Guilherme Canedo de. Apud GONÇALVES, Emílio. *O Poder Regulamentar do Empregador*. São Paulo: LTR, 1997. Pp.24-25.

³ Pozzo, Juan D. *Derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediar, 1948. T.1. p.460.

⁴ “Hierarquia, vocábulo que etimologicamente quer dizer sociedade governada por uma autoridade sagrada (...) significa ordem ou grau entre pessoas, unidas por um vínculo de autoridade, sendo aqui tomada a palavra no sentido de poder exercido sobre a atividade profissional de pessoas subordinadas.” Luiz José de Mesquita. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1960. P. 42.

empregador promove o diálogo e divide o poder dentro de sua empresa, sua vontade é hierarquicamente superior às demais, pois cabe a ele a faculdade de retomar a qualquer tempo a direção do seu negócio.

Se a subordinação é a essência do contrato de trabalho e a hierarquia deriva da subordinação, todos os outros poderes que tenha o empregador derivam dessa hierarquia.

O poder hierárquico se subdivide em três outros poderes: o disciplinar, o poder de direção do trabalho e o regulamentar⁵.

O poder de direção do trabalho, também chamado de mando, é a "prerrogativa de dar ordens ao empregado quanto à execução de um serviço. Tais ordens ou comandos técnicos ou administrativos dizem respeito principalmente à maneira de produzir e trabalhar, ou seja, à matéria, ao lugar, e ao tempo do trabalho e tem por finalidade dar destinação concreta à energia que, por força do contrato de trabalho, o empregado coloca à disposição do empregador".⁶

O poder regulamentar, também chamado poder de legislar na empresa. Por ele, o empregador fixa as normas disciplinadoras das condições gerais e especiais do trabalho na empresa⁷. Na opinião de Orlando Gomes é a mais eminente prerrogativa dos dirigentes da empresa⁸.

5 Neste sentido: "O poder hierárquico desdobra-se em três prerrogativas de que se acha investido o empregador: a) poder de legislar dentro da empresa ou poder regulamentar; b) o poder de direção do trabalho; c) o poder disciplinar." Emílio Gonçalves, *O poder regulamentar do empregador*. Citado. P.27. Todavia, essa posição não é unânime, conforme-se, por exemplo Maurício Godinho Delgado, *O poder empregatício: "A teoria juslaboralista tem apreendido algumas dimensões diferenciadas do fenômeno do poder no âmbito da relação de empregatício, formulando-lhe conceitos específicos, embora combinados uns com os outros. É o que se passa com os conceitos de poder hierárquico, poder diretivo e poder disciplinar."* São Paulo: LTr. 1996. P. 175.

6 GONÇALVES, Emílio. *O poder regulamentar do empregador*. Citado. P.28.

7 GONÇALVES, Emílio. *O Poder Regulamentar do Empregador*. São Paulo: LTr. 1997. P.32.

8 GOMES, Orlando, GOTTSHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro: Forense. 1996. P. 66.

O poder disciplinar é precisamente a coerção de que se utiliza o empregador quando se verifica o descumprimento dos comandos emanados pelos poderes regulamentar e de direção do trabalho.

O poder disciplinar nasce da necessidade de coesão e eficiência do grupo. Tome-se por exemplo a metáfora do professor Marcelo Caetano: Numa associação desportiva, qualquer um pode ingressar, desde que contribua para a realização dos fins comuns, não prejudique a colaboração mútua dos sócios; na equipe de competição de futebol as regras são muito mais rígidas que as da associação, visto que envolvem obrigações impostas no período de preparação, obrigações de como se comportar durante a disputa, etc. com vistas à obtenção do melhor resultado possível. Quanto mais preciso e próximo é o objetivo almejado, mais rígida é a disciplina do grupo e a sua inobservância origina a indisciplina.⁹

Não é possível haver a coesão do grupo social sem disciplina. Através de sua coesão, o grupo pode alcançar a realização de seus objetivos, posto que estará uníssono caminhando em uma só direção. Sem a disciplina, pois, a tendência é a tomada dos mais diversos caminhos, o que resulta numa falta de coesão e num afastamento do alcance do objetivo comum.

A disciplina pode ser olhada pelo aspecto objetivo e subjetivo:

9 CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense. 1977. p.386-397.

- a) Pelo aspecto objetivo a disciplina pode ser conceituada como "o conjunto de normas que num dado grupo social asseguram a sua coesão e a realização dos fins que o justificam."¹⁰
- b) Pelo aspecto subjetivo a disciplina pode ser conceituada como "os deveres a que está sujeito cada um dos membros de certo grupo social nas relações com o próprio grupo e com os outros membros"¹¹

O poder disciplinar é uma espécie de direito penal na empresa, porque ele consiste na possibilidade de impor sanções. Entretanto, esse poder não pode importar em um abuso de direito. Não pode ser excessivo e tem que ser imediato, pois o dever de obediência do empregado é limitado pelo contrato, pelos bons costumes e pela ordem pública. É o poder, na nossa visão, mais importante do empregador.

Natureza jurídica do poder do empregador

Porque essas ditas relações de poder no âmbito empresarial têm amparo jurídico, é importante estudar qual a natureza jurídica desse referenciado poder, ou seja, qual o título jurídico que confere ao empregador o poder que o mesmo goza na empresa. Há três teorias que procuram explicar a natureza jurídica do multi referido poder empregatício: a teoria da propriedade, a da instituição e a do contrato.

ESMAPE - BIBLIOTECA

Tomb.FA 20000010

Local P-01

Ch. 00000011 E

¹⁰ Idem *Ibidem*, P.387.

¹¹ Idem *Ibidem*, P.387.

A primeira das teorias fundamenta o poder empresarial na propriedade privada. Essa é a corrente mais antiga e Maurício Godinho Delgado salienta que ela remota aos primórdios do direito do trabalho¹².

É aceita entre nós por Russomano que afirma que "A natureza jurídica dessa subordinação tem sido considerada, com razão, reflexo muito vivo das antigas idéias liberais, que sobrevivem, fartamente no contexto das leis trabalhistas contemporâneas. (...) essa idéia fundamental de dependência hierárquica do trabalhador ante o empresário assenta sobre a tese que a empresa é *propriedade* de alguém, que a dirige ou administra, com amplo poder de deliberação. (...) O chamado *poder diretivo* empresarial, realmente decorre deste fato social, histórico e econômico: o empresário corre os riscos do negócio e, em consequência, a ele cabe a prerrogativa de ditar ordens"¹³.

Também é aceita por Evaristo de Moraes Filho: "Não há dúvida que dentro do seu estabelecimento é o empregador soberano em suas ordens de serviços. E isso por uma razão muito simples: no regime capitalista, sob o qual nós vivemos, é o patrão o proprietário do seu negócio"¹⁴.

A segunda corrente que procura fundamentar o poder empregatício é a teoria institucionalista. Tal teoria foi fundada no período compreendido entre a primeira e segunda guerras mundiais, com a emergência do facismo e do nazismo. Diz que a empresa é uma instituição, que

¹² DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. P. 165.

¹³ Mozer Vitor Russomano. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Korfino, 1974, P.88.

¹⁴ DELGADO, Apud. Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996. P. 165.

visa atingir ao bem comum de ordem econômico-social, os poderes da empresa decorrem da necessidade de conservação da instituição, que visa à concretização de sua finalidade econômico-social. No Brasil é defendida por Luiz José de Mesquita.¹⁵

A terceira fundamentação para a natureza do poder empregatício funda-se no contrato. *É a teoria hoje dominante no Direito do Trabalho*. Délio Maranhão diz que o contrato de trabalho é o fundamento de todo poder empregatício. "A subordinação do empregado é jurídica, porque resulta de um contrato: nele encontra seus fundamentos e limites (...). Não sujeita ao empregador toda a pessoa do empregado, sendo, como é, limitado ao âmbito da execução do trabalho contratado"¹⁶.

Na doutrina italiana temos a irreprochável lição de Luíza Riva Sanseverino, que afirma que: "Em primeiro lugar, necessário se torna que esta subordinação, tendo como substrato a vontade das partes interessadas, tenha sempre base contratual; trata-se, pois, de situação livremente aceita pela empregado, o qual, no momento de sua estipulação com ela concordou, implícita ou explicitamente, em sua extensão e condições".¹⁷

15 "Depois de exposta a teoria institucionalista, vemos que ela pode ser aplicada à empresa econômica moderna". Luiz José de Mesquita. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950. P. 24.

16 SUSSEKIND, Arnaldo. *et alii*. *Instituições de Direito do trabalho*. Vol. 1. São Paulo. LTr, 1997. P. 249.

17 DELGADO, Apud Mauricio Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo LTr, 1996. P.171

2. Culpabilidade

Conceito de Culpabilidade

O crime é uma ação típica, antijurídica e culpável. Portanto, para que haja um crime é necessário que existam todos os seus elementos, quais sejam a tipicidade, a antijuridicidade e a culpabilidade¹⁸. A tipicidade é um juízo de adequação do fato humano com a norma do direito; a antijuridicidade é um juízo de contrariedade do fato humano com o direito. Tanto a antijuridicidade quanto a tipicidade referem-se ao fato do homem; são, portanto, juízos que se fazem sobre o fato. A culpabilidade, por sua vez, não é, a exemplo dos demais elementos, um juízo sobre o fato, mas um juízo sobre o autor do fato. Assim, se pela tipicidade e antijuridicidade se pode fazer um juízo de reprovação sobre o fato, pela culpabilidade pode-se fazer um juízo de reprovação sobre o autor do fato.

*A culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, feito a um autor de um fato típico e antijurídico porque, podendo se comportar conforme o direito, o autor do referido fato optou livremente por se comportar contrário ao direito.*¹⁹

Quando se diz que a culpabilidade é um juízo de reprovação pessoal, diz-se que a mesma é um juízo que recai sobre a pessoa. Por isso, diz-se que a culpabilidade é o elemento mais importante do crime, porque o Direito Penal há muito abandonou a responsabilidade pelo resul-

18 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. P. 82.

19 MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. p. 14. Tomo II.

tado, ou responsabilidade objetiva, para debruçar-se sobre a responsabilidade pessoal. Na referenciada responsabilidade objetiva não se fazia nenhuma indagação sobre os motivos que levaram o agente a cometer o delito, mas somente interessava o resultado de dano.

A culpabilidade, pois, veio romper definitivamente com a responsabilidade objetiva.

Quando se diz que a reprovação recai sobre o autor de um fato *típico e antijurídico*, diz-se que a culpabilidade é um juízo derivado. Primeiro, é necessário que exista um ação *típica e antijurídica*, para depois haver o juízo de culpabilidade. Com efeito, se não há um fato, não se pode fazer uma reprovação ao autor do fato, como salta aos olhos.

Na última parte do conceito de culpabilidade vemos que para que a mesma se perfaça é necessário que o autor tenha optado livremente em se comportar contrário ao direito. Se o autor não pode, nas circunstâncias, comportar-se conforme o direito, sobre ele não pode recair um juízo de reprovação. A razão da reprovação feita pelo juízo de culpabilidade é o fato de o autor, quando podia comportar-se conforme o Direito, optou por comportar-se contrário ao Direito.

Por se saber a importância do juízo de culpabilidade para a aplicação do Direito Penal é que se afirma que “por el perfeccionamiento de la teoría de la culpabilidad se mide el progreso del derecho penal”²⁰

20 LISZT, Franz von. *Tratado de derecho penal*, vol. II, Madrid, Reus, s/d, p. 390.

Evolução dogmática do conceito de culpabilidade

O conceito de culpabilidade passou por várias fases. Em que pese sabermos que só no início deste século, com Reinhart Frank, se construiu um conceito científico de culpabilidade, os estudos anteriores a ele já identificavam as espécies de culpabilidade, sem, contudo, “conseguir fijar un concepto comun as duas espécies”²¹.

Para os romanos a culpabilidade era dolo e culpa. Os romanos, com efeito, distinguiam dois tipos de dolo: o *dolus bonus*, o qual era a sagacidade para enganar, e, portanto, era útil ao sujeito, não contrariando o Jus. O *dolus malus* era a vontade livre, consciente e previsível aliada a um mau propósito, propósito esse conhecido pelo agente como perverso. Assim, o dolo dos romanos era a vontade e previsibilidade aliadas à consciência da antijuridicidade. A consciência da antijuridicidade, ou seja, do propósito perverso, era um elemento normativo, pois foi criada pelo direito.²²

A teoria psicológica da culpabilidade considerava-a como um fato da conduta interna do agente, de cunho puramente psíquico, consistindo no dolo e na culpa. E, parafraseando Fontán Balestra, pode ser definida em poucas palavras, como sendo “la relación psicológica del autor con su fato. Essa relación puede ser más ou menos indireta y aun radicar en un no hacer (casos de culpa), pero se vincula siempre em mayor o menor grado, con la acción.”²³

21 MAURACH, Reinhart. *Tratado de derecho Penal*, op. cit., p. 14

22 Bastante esclarecedora é a posição de Francesco Carrara, partidário da concepção psicológica, que assim escreve: “A história do direito penal se divide em três estádios, que atualmente são delimitados com clareza. Na primeira fase o direito criminal foi uma doutrina teológica; na segunda, uma doutrina metafísica; na terceira e última, uma doutrina matemática.” (Programa do Curso de Direito Criminal, op. cit., p. 71).

23 BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Depalma, 1957, p. 4.

A concepção psicológica baseia-se na aplicação de uma metodologia puramente naturalística, despida dos elementos normativos e voltada exclusivamente para os elementos causais da culpabilidade. Ao se renunciar aos elementos normativos, concebe-se o dolo como pura previsibilidade aliada à vontade da realização do fato. Abandona-se, assim, o conceito de dolo formulado pelos romanos.

Deveu-se a Frank a formulação da segunda teoria, a psicológico-normativa, em 1907, a qual foi aperfeiçoada por Mezger e Goldsmith, e que deu linhas científicas ao conceito de culpabilidade. A culpabilidade não é mais considerada como um puro vínculo psíquico entre o sujeito e o fato, mas como um juízo de reprovação sobre o agente, por não ter se comportado conforme o direito. Não se nega que esse juízo recaia sobre uma realidade psicológica, porém essa realidade psicológica é normatizada pelo direito.

A teoria psicológica-normativa retoma o conceito de dolo dos romanos. O dolo é um elemento da culpabilidade, ao lado da culpa, e é considerado como vontade e previsibilidade aliada ao elemento normativo: consciência da antijuridicidade.

Com o advento da teoria finalista da ação, criada por Welzel, a culpabilidade foi despida de todo elemento psicológico para tornar-se puramente normativa. Para o pai do finalismo, toda ação humana é dirigida a um fim, ou seja, a ação é finalística, por consequência, o elemento psicológico (dolo) está na ação e não na culpabilidade²⁴.

24 WELSEL, Hans. La Posizione Dogmatica della Dottrina Finalista dell'Azione. *Rivista Italiana di diritto penale*. Milano, Giuffrè, 1957, p. 8.

A culpabilidade, como dito, não contém nenhum elemento psicológico, mas somente elementos normativos: é formada pela consciência da antijuridicidade²⁵, da imputabilidade²⁶ e da exigibilidade de outra conduta.

Francisco de Assis Toledo ensina, com inigualável precisão, que Welzel não adicionou nenhum elemento novo à culpabilidade. Ele apenas "rearrumou" seus elementos, deslocou o dolo para a ação, mas o fez sem o seu elemento normativo, qual seja, a consciência da antijuridicidade. Isso ocorreu porque o *dolus malus* dos romanos já sobrevivera muito tempo e não podia mais subsistir frente a um direito penal moderno, impregnado de valiosas contribuições da criminologia. A culpabilidade, por sua vez, ficou sendo este elemento normativo que antes pertencera ao dolo, qual seja, a consciência da antijuridicidade, aliado a imputabilidade e a exigibilidade de outra conduta.²⁷

Welzel ensina que quando o autor imputável tem consciência da antijuridicidade da ação se encontra estabelecida *materialmente* a culpabilidade. Todavia, como diz Welzel "esto no significa que el ordenamiento jurídico tendrá que hacer el reproche de culpabilidad. *Más bien puede tener razones para renunciar al reproche de culpabilidad y en tal medida "exculparlo" y absorvelo de pena.*"²⁸ Assim,

25 "A consciência da antijuridicidade é a percepção do caráter ilícito da ação. A ação humana passa por várias fases, uma delas é a sua elaboração intelectual. É nesta fase que surge a consciência da antijuridicidade, que pode ser traduzida num conhecimento prévio da significação ilícita do comportamento. O conhecimento é dito prévio porque é anterior à modificação no mundo exterior acometido pela referenciada ação." Cláudio Brandão. "A consciência da antijuridicidade na teoria do delito". *Revista da Esmape* (Vol. 2, número 5, jul-est. 1997) p. 70.

26 Imputabilidade é a capacidade de ser culpável.

27 TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, pp. 226-227.

28 WELSEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editora Jurídica do Chile, 1997. P.210 - grifo nosso.

quando se estabelece materialmente a culpabilidade, ver-se-á se era exigível que o autor se comportasse conforme o direito, isto é, julgar-se-á se naquele caso havia, além do dever, o poder comportar-se conforme o direito. Com muita precisão, diz Bitencourt que “um dos elementos mais importantes da reprovabilidade vem a ser essa possibilidade concreta que tem o autor de determinar-se conforme o sentido em favor da conduta jurídica.”²⁹

Quando se carece na culpabilidade de qualquer destes elementos ela é excluída. A falta de consciência de antijuridicidade dá origem ao erro de proibição, o qual está regulado no artigo 21 do Código Penal. A falta de imputabilidade dá origem a inimputabilidade, que está regulada nos artigos 26, 27 e 28 do Código Penal. A falta de exigibilidade de outra conduta dá origem à inexigibilidade de outra conduta, que está legislada em dois casos: na obediência hierárquica e na coação irresistível (art. 22 do Código Penal).

Até pouco tempo, só era reconhecido no Direito brasileiro a inexigibilidade de outra conduta nos casos do art. 22 do Código Penal. A jurisprudência nesse sentido, inclusive, é farta (por exemplo: *RT 598/323; RT 662/266; RT 476/424; TJMG - JM 74/187; RT 653/313*). Todavia, a partir do desenvolvimento dos estudos da culpabilidade, notadamente pelo coordenador da reforma penal de 1984, Francisco de Assis Toledo, a inexigibilidade de outra conduta passou a ser admitida fora dos casos de obediência hierárquica e de coação irresistível, pois ela “quando aflora em preceitos legislados, é uma causa le-

gal de exclusão. Se não, deve ser reputada causa supralegal, erigindo-se em princípio fundamental que está intimamente ligado com o problema da responsabilidade pessoal e que, portanto, dispensa a existência de norma expressa a respeito”.³⁰ A posição de Assis Toledo, que é a posição finalista, à qual nós aderimos plenamente, já está acolhida pelo Superior Tribunal de Justiça (*STJ - RE - Rel. Assis Toledo - RT 660/358; STJ - RE - Rel. Assis Toledo - RSTJ 15/377*).

Conclusão - Inexigibilidade de outra conduta e poder do empregador.

É perfeitamente possível que o poder do empregador dê causa a uma inexigibilidade de outra conduta. Basta que nas circunstâncias concretas, em que pese o empregado ser imputável e saber da ilicitude do fato, não possa se comportar conforme o direito.

É claro que o juízo de inexigibilidade de outra conduta deve ser feito com parcimônia, para evitar a impunidade, porém, se ficar evidenciado que o empregado, por força do poder do empregador, devia agir conforme o direito, mas nas circunstâncias não podia, deve-se excluir a culpabilidade.

Como sabido, só há culpabilidade com vontade livre e consciente de optar pela conduta, e as relações de poder podem viciar a vontade, de modo que não se caracterize uma opção consciente pelo ilícito.

³⁰ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 1991, p.328.

²⁹ ROBERTO, Cézer Bitencourt. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 1998. P.321.

Vejamos um exemplo:

Sabe-se que os Crimes contra a Ordem Tributária, previstos na Lei 8137/90, são crimes formais. Consumam-se, destarte, com a simples realização da conduta expressa no verbo do tipo, independentemente de haver ou não resultado de dano. Assim, basta que o agente pratique qualquer das condutas elencadas nos tipos para o crime se consumir, independentemente de o mesmo conseguir suprimir ou reduzir o tributo.

Diz a Lei supra referida: "Art. 1º. - Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório mediante as seguintes condutas:

(omissis)

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;"

Diz ainda a Lei: "Art. 11. Quem de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, incide nos crimes definidos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas na medida de sua culpabilidade".

Imaginemos a seguinte situação hipotética para provar a admissibilidade da inexigibilidade de outra conduta:

Maria, com 59 anos, tendo um neto para sustentar, é secretária na firma X Ltda. Seu patrão manda que ela preencha uma nota fiscal de uma maneira desconforme com a realidade para conseguir suprimir o ICMS, e ameaça demiti-la se a mesma não cumprir a ordem. Maria sabe que, em virtude da idade e da oferta de emprego, não conseguirá empregar-se novamente e ficará sem meios para

sustentar a si e ao neto. Em virtude dessa situação, mesmo discordando da ordem, a cumpre, sem tirar nenhum proveito do ilícito.

Pela letra da lei, Maria concorreu para o crime e deve incidir nas penas a ele cominadas. Maria tinha consciência da antijuridicidade e era imputável e nem estava acobertada por nenhuma causa legal de exclusão do injusto, nem de isenção de pena.

Deveria o Direito imputar uma pena a Maria? Nesse caso, pode-se afirmar que Maria optou livremente por se comportar contrária ao direito quando lhe era possível se comportar conforme o direito? É evidente que não. Nessa situação concreta ela não pode dirigir sua vontade, porque a referida vontade está viciada pelo poder de mando do empregador. Só há culpabilidade quando, em concreto, o autor agiu contrário ao Direito, podendo agir conforme a ele³¹. Em situações extraordinárias, encontra-se fortemente diminuída a capacidade de motivação conforme a norma, e isso dá lugar a excludente de culpabilidade trazida à baila³². Como visto, a própria idéia de poder envolve a idéia de coerção, por isso é plenamente admissível que, por força do poder do empregador, surja uma situação em que a capacidade de comportar-se conforme o Direito do empregado seja tão reduzida, que o mesmo seja beneficiado pela multi referida causa supralegal de exclusão de culpabilidade: inexigibilidade de outra conduta.

31 BALESTRA, Fontán. *El elemento subjetivo del delito*, citado, p. 1.

32 WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Citado, p. 210.

3. Referências Bibliográficas

- BALESTRA, Carlos Fontán. *El elemento subjetivo del delito*. Buenos Aires: Depalma, 1957.
- BITENCOURT, César Roberto. *Manual de Direito Penal*. São Paulo:RT, 1998.
- BRANDÃO, Cláudio. A consciência da antijuridicidade na teoria do delito. *Revista da Esmape*, v.2, n.5, jul./set. 1997.
- CAETANO, Marcelo. *Princípios fundamentais do direito administrativo*. Rio de Janeiro:Forense, 1977.
- CARRARA, Francesco. *Programa do Curso de Direito Criminal*. São Paulo:Saraiva, 1956.T.I
- DELGADO, Maurício Godinho. *O poder empregatício*. São Paulo: LTr, 1996.
- GOMES, Orlando, GOTTSHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. Rio de Janeiro:Forense, 1998.
- GONÇALVES, Emílio. *O Poder Regulamentar do Empregador*. São Paulo: LTr, 1997.
- LIZT, Franz Von. *Tratado de derecho penal*. Madrid: Reus, s.d. v.II
- MAURACH, Reinhart. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. Tomo II.
- MESQUITA, Luiz José de. *Direito disciplinar do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 1950.
- POZZO, Juan D. *Derecho del trabajo*. Buenos Aires: Ediar, 1948. Tomo I.
- RUSSOMANO, Mozar Vitor. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: José Korfino, 1974.
- SUSSEKIND, Arnaldo et al. *Instituições de Direito do trabalho*. São Paulo. Ltr, 1997. v.1.

- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo:Saraiva, 1994.
- WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*. Santiago: Editora Jurídica do Chile, 1997.
- _____. La Posicione Dogmatica della Dottrina Finalista dell' Azione. *Rivista italiana di diritto penale*, Milano, 1951.

A CULTURA E O DIREITO: A Dinâmica do Fenômeno Jurídico

Djason B. Della Cunha

*Professor de Sociologia Jurídica do Curso de Direito da
UFRN, Mestre em Antropologia Social pela Université Lyon
2 - França e Doutorando em Direito Público pela UFPE.*

SUMÁRIO

*Introdução. 1. O direito enquanto "fato social total". 2. O Direito e a mudança sociocultural.
3. Controle social e Direito. 4. Ideologia e Direito. 5. Referências bibliográficas.*

Introdução

A cultura é, geralmente, definida como a maneira de ser (pensar, sentir e agir) específica de um povo ou de uma sociedade. Vale dizer que o cultural é, para o homem, seu lugar natural na imensa vastidão do universo, e é a partir dele que o homem pode estender sobre todas as coisas o seu olhar inteligente e a operosidade do seu fazer. O cultural, na imensa variedade de suas formas, é igualmente, para o homem, o lugar de nascimento dos hábitos que dão ao seu agir constância e direção e cuja organização histórica e social constitui justamente o *ethos*,

essa versão humana da natureza, e que confere ao operar do homem a dimensão que a distingue de todas as outras formas de atividade que encontramos em torno de nós: a dimensão ética¹.

Numa dimensão mais específica, podemos dizer que o *ethos* da cultura é o reino dos símbolos. Por isso, a cultura pode ser definida como ordem simbólica. E como ordem simbolicamente organizada, configura os seguintes conteúdos:

- a) **conteúdo ideológico** — compreende a especificidade da criação humana (religião, filosofia, ciência, ética, linguagem, história, valores e ação);
- b) **conteúdo normativo** — configura a idéia de que a cultura é a aprendizagem de condutas específicas (ideais coletivos, simbolização, costume);
- c) **conteúdo técnico-material** — consiste na idéia de que a cultura transforma a natureza, adaptando-a às exigências ou necessidades materiais do homem.

É exatamente em face dessas necessidades, dos atos que praticamos e dos artefatos que construímos, cuja exteriorização se dá no mundo dos valores, que o Direito — enquanto sistema de regulamentação jurídica — se manifesta como um fato de cultura, um fenômeno cultural institucional² com a possibilidade de realizar o objetivo prag-

mático de garantir a segurança pela realização da ordem e da paz sociais.

Compreender o Direito praticado por uma sociedade exige simultaneamente a compreensão da cultura do seu povo. Não é possível despir-se o direito de um país de sua história e cultura — seja durante sua formação como na sua aplicação —, as quais atuam como filtro, extraindo de cada fato genérico um fenômeno específico³. Por isso, é oportuno o ensinamento de Eros Roberto Grau sobre a peculiaridade de cada direito, quando doutrina: “A análise do Direito existente em determinada sociedade só pode ser adequada e proficientemente empreendida à medida que tenhamos sob consideração as características próprias dessa mesma sociedade, — e nela a combinação das estruturas regionais, no seu peculiar modo de articulação, dentro da estrutura social global”⁴. Daí o direito ser sempre fruto de uma determinada cultura.

Para entender-lhe a dinâmica, é preciso considerar o direito como condição intrínseca da própria realidade, elemento constitutivo do modo de produção e reprodução sociais. Por isso não se pode perceber o direito apenas e, simplesmente, como um conjunto de normas. Essas são a sua manifestação positivada de regulamentação de condutas, que porém não o exaurem. O direito não é uma parte, um estamento estático da organização social, é uma *praxis* social. Essa concepção do direito como *praxis social* rejeita qualquer idéia que o vincule a uma re-

1 VAZ, Henrique C. Lima et al. *Cultura e Modernidade*. Revista Síntese, V. 19, n. 57. São Paulo: Loyola, 1992, p. 149.

2 A institucionalização é um “sistema de expectativas padronizadas que definem o comportamento esperado das pessoas no desempenho de certos papéis, imposto tanto pela positividade em relação ao que é considerado como certo por parte dos que desejam desempenhar papéis, como pelas sanções de outros” (Apud ANDERSON Wilfred A. e PARKER, Frederick B. Uma introdução à SOCIOLOGIA. Rio de Janeiro: Zahar, 1971, p. 246).

3 DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1996, p. 24.

4 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1960: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, pp. 26-27.

apresentação social estática, encerrada sobre si mesma, e desenvolve-se a partir das categorias do materialismo histórico, cujas bases foram estruturadas por Marx e, modernamente, reconstruídas por Habermas.

Assim, como fato institucional, o direito é tributário:

- a) **De um Código Cultural** — O direito, no modo de agir na sociedade por meio de seu próprio código, é uma manifestação da linguagem verbalizada com base nas expectativas e elementos constitutivos da própria sociedade. É como Derani nos oferece a afirmação de Friedrich Müller, “o direito é resultado da análise hermenêutica da normatividade jurídica”⁵. É a maneira pela qual esse renomado jurista proclama a indissociabilidade dos elementos normativos do direito (texto jurídico, jurisprudência) dentro do seu contexto histórico-cultural.
- b) **Da Política** — “o direito é parte de uma ordem política (ou sistema político), e aquilo que ocorre na política reflete no direito. Reciprocamente, atos do direito e as prescrições normativas formam e reformam a política. A política necessita de legitimidade, assim como o direito, para perpetuar-se na sociedade. (...) um Estado Democrático de Direito só é possível com a existência concomitante de uma participação democrática efetiva na política e com a presença de normas imbuídas de um alto grau de aprovação social. Direito é também política. ‘Político’ é, de modo não exclusivo, aquilo que pertence ao processo social de decisão, dominação, sanção, distribuição. Evidentemente, desse processo participa o direito com sua for-

5 DERANI, Cristiane. *Op. cit.*, p. 26.

ma própria de expressão: a norma jurídica. Seguindo um determinado critério, o direito é expresso na ‘forma de uma norma’, na qual se identifica o conteúdo político de uma específica organização social. Tal verbalização dinamiza-se à medida que sai do papel e ganha o ‘mundo da vida’, compondo estruturas sociais de comunicação. A norma só pode ser compreendida em sua plenitude com a observância sincronizada destes dois momentos: o texto e o ato”⁶.

- c) **Da Equidade** — O direito, enquanto sistema jurídico, tem como finalidade a manutenção da ordem das relações sociais, independente do seu grau de justiça. Contudo, não significa dizer que o direito seja desprovido deste caráter de realização de uma determinada justiça social. Até porque a existência de um mínimo de equidade na distribuição da justiça favorece a consolidação dessa ordem. Mas, é preciso que haja uma certa confiabilidade na justeza da aplicação da norma e na garantia que o direito concede a cada indivíduo no usufruir de suas expectativas de vida na sociedade. Para tanto, é somente pela revelação prática de suas normas, “ou seja, sua invocação, referência, declaração, por órgãos do poder judiciário ou de qualquer outro poder do Estado, por requerimentos em peças processuais, pelos meios de comunicação, pelos atos dos cidadãos reclamando a concretização destes princípios — breve, pela prática da cidadania —”⁷, que o direito realiza o seu verdadeiro conteúdo e confere à ordem social um caráter real de equidade.

6 *Idem. Ibid.*, pp. 24-25.

7 *Idem. Ibid.*, p. 27.

d) **Da Ética** — O direito enquanto princípios se consolida através de uma ligação ética. É, exatamente, na manifestação dessa ética que um texto normativo-constitucional se adjetiva genericamente como social, democrático. Mas, não é por expressar um ou outro princípio de caráter social ou democrático que um texto constitucional é considerado ético. É, justamente, “porque seus princípios são expostos num conjunto, vinculando os sujeitos, consolidando uma ‘ética de responsabilidade solidária da humanidade’, a qual trará efeitos nas atividades e conflitos humanos e será apta a conduzir à materialização de ideais sociais e democráticos”⁸, que uma constituição tornar-se-á ética. O ponto de partida é a opção para assegurar a cidadania e o respeito à dignidade da pessoa humana. Lançadas as bases gerais para o nivelamento político entre os cidadãos, a materialização da igualdade jurídica far-se-á com apoio no ordenamento jurídico. E não se buscará mais a ordem de obediência desejada, mas uma ordem social possível, mediada pela racionalidade dos limites de variação previsível dos comportamentos individuais e coletivos.

De modo que, o direito como “fato social total” não pode ser redutível a uma noção de lei. O direito concebido estritamente como lei não passa de um conjunto de normas sancionadas; cuja “essência” é retirada da pró-

⁸ *Idem, ibid.*, p. 32.

pria circunstância de ser juridicamente sancionada. Daí a tendência da instância jurídica “fetichizar” a norma jurídica, na mesma proporção em que a mercadoria é “fetiche” para a instância econômica.

É por isso que afirmamos ser o sistema legal apenas um referencial, um instrumento para dar sentido jurídico a fatos da realidade. Não se trata aqui de negar a existência da própria dogmática, já que é impossível ignorar a sua importância na concreção e desenvolvimento do direito moderno. Ela surge na história jurídica da sociedade Ocidental como o esteio do contratualismo privado e de validação normativa da organização coletiva. Mas, enquanto conjunto sistematizado de normas válidas e eficazes, a dogmática jurídica é apenas a superfície, a camada mais tênue do substrato social, a partir do qual emergem os elementos mais complexos e dinâmicos de concreção da organização social, que são os fatos da realidade em contínua interação com o texto jurídico, seja na sua formação como nos seus efeitos.

Daí a afirmação de que o “direito como texto é um experimento, apresenta um potencial, delimita um campo de ação sobre o qual a sociedade se baseia para o estabelecimento de seus relacionamentos, na requisição de validade e prevalência de interesses”⁹. É, exatamente, através desta complexidade dinâmica que se torna possível compreender a dimensão semântica da “representação” do texto normativo como um fenômeno da sociedade e a concretização da ordem social como uma produção do direito positivo.

Em suma, o direito é detentor de uma dupla face: do

⁹ *Idem, ibid.*, p. 34.

ponto de vista pragmático, enquanto norma jurídica, é um mandamento impositivo que obtém sua força através de um procedimento juridicamente válido; do ponto de vista ético e moral é uma afirmação de liberdade, cujo valor social é determinado pelo grau de sua “impregnação na sociedade”.

1. O Direito Enquanto “Fato Social Total”

Para compreender uma regra, sistema, realidade jurídica, enquanto “fato social total”, é preciso elucidar a relação dialética do fato e do valor. Isso significa, no dizer de Nicos Poulantzas, que devemos simultaneamente compreender “as necessidades e fins significativos das ações humanas que estiveram em sua origem e elucidar essas ações práticas, essa situação concreta, a partir das realidades jurídicas que lhes conferem significado”¹⁰.

Exemplificando essa afirmação, Poulantzas argumenta que uma “lei ou um contrato, por exemplo, não podem ser compreendidos senão enquanto necessidades e projetos dos homens em uma situação social dada: esta situação, ela própria, não pode ser elucidada, revestir significação jurídica por sua vez, senão a partir dessa lei ou desse contrato”¹¹.

Efetivamente, tomando por base o raciocínio de Pou-

lantzas, nenhuma ordem jurídica poderá ser compreendida e corretamente explicada a não ser tomando por base os dados sociais e econômicos, os quais, por sua vez, só adquirirão significação jurídica a partir de uma ordem de direito. Assim, fato e valor “se apresentam totalizados dialeticamente em sua própria gênese, o ‘fato’ remete ao ‘direito’, o ‘direito’ ao ‘fato’, o ‘fato’ só existe porque tende para o ‘direito’, o ‘direito’ só tem fundamento de sua validade em sua totalização com o ‘fato’”¹².

Nesse sentido, podemos compreender a atividade criadora do juiz através da consideração de seu papel no processo dialético de aplicação do direito. Mesmo que sua atividade não seja inovadora, o juiz é sempre “criador” quando busca compreender a lei a partir das situações concretas. Através de seu julgamento, o juiz contribui para a objetivação do direito: o juiz “nega” o direito enquanto conceito puro ao aplicá-lo a uma situação fática. Isso porque o julgamento encerra uma dimensão de totalidade: o direito se objetiva (fato) na decisão subjetiva do juiz (valor), a qual se objetiva, ela própria, na sentença.

Esse raciocínio nos conduz à compreensão de que na “produção do direito” entra em jogo dois níveis fundamentais: o da infra-estrutura e o da superestrutura, a partir dos quais se efetiva a estruturação do processo de objetivação do direito enquanto “fato social total”.

Com efeito, essa interconexão entre infra-estrutura e superestrutura ao nível da organização social tende a impedir qualquer tipo de formação social homogênea, fechada sobre si mesma, e de um tipo de direito que chan-

10 POULANTZAS, Nicos. O método dialético na compreensão do universo jurídico. In SOUTO, Cláudio, FALCÃO, Joaquim (org). Sociologia do Direito. São Paulo: Pioneira, 1980, p. 67.

11 *Idem. Ibid.*

12 *Idem. Ibid.*

cela o paradigma da uniformidade jurídica.

O que claramente se percebe é que o direito, na avaliação de Niklas Luhmann:

- a) "não é determinado por si próprio ou a partir de normas ou princípios superiores, mas por sua referência à sociedade.
- b) Essa referência não é interpretada no sentido tradicional de uma hierarquia de fontes do direito — isto é, a sociedade não substitui o direito natural, se bem que o jurista Ehrlich aproxima-se perigosamente desse raciocínio —, mas é compreendida como uma correlação sujeita a modificações evolutivas, e que pode ser verificada empiricamente como uma relação de causa e efeito.
- c) A evolução é sempre concebível como elevação da complexidade e variabilidade social: a sociedade torna-se mais rica em possibilidades; com isso seu direito tem que ser estruturalmente compatível com um número maior de possíveis situações e eventos"¹³.

Evidencia-se, assim, o fato de que o direito passa a ser encarado em princípio como um "sistema aberto", estruturalmente modificável, isto é, capaz de adquirir uma elasticidade conceitual-interpretativa para abranger formas estruturais heterogêneas. Dessa forma, o direito torna-se direito positivo modificável através de decisões.

Nesse sentido, o direito como estrutura e a sociedade como sistema condicionam-se reciprocamente e de-

13 LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983, p. 8.

vem ser pesquisados em sua relação temporal, material e ideológica, levando a uma revisão qualitativa de conceitos, de teorias e de pesquisas empíricas de alcance jurídico-sociológico.

2. O Direito e a Mudança Sociocultural

A mudança sociocultural não é unívoca, ela goza do privilégio da ubiquidade. É uma característica penetrante da experiência humana em sociedade; em verdade, a mudança sociocultural é tão necessária quanto a própria ordem social. É paradoxal que, numa realidade atual de mutação técnica e social acelerada, a teoria social ainda concentre seus esforços no tratamento de uma persistência da ordem social, negligenciando, de certa forma, o processo de mudanças sociais. Geralmente, as considerações teóricas em ciência social acentuam o papel da realidade estática do direito no controle social, e só alguns trabalhos sociológicos apontam a relevância do direito para a mudança social.

Embora socialmente manifestado como fato cultural, o direito se apresenta, inicialmente, como instrumento de manutenção do status quo de uma determinada sociedade, seu papel na dinâmica cultural não é exatamente coincidente com essa sua primeira aparência. Se o seu caráter fático de direito vivido e realizado no cotidiano (fato) é o de instrumento da estabilidade da organização social, o mesmo sucedendo com o seu aspecto normativo (norma), que busca a manutenção de um determinado status quo, o direito é um fenômeno cultural inovador, no seu caráter valorativo (valor), sempre quando envolve uma

valoração negativa do direito positivo e faz apelo à utopia (no sentido de Karl Mannheim)¹⁴ de um direito novo e mais justo.

Naturalmente, o direito "responde à mudança social na sociedade. Os processos legais refletem os problemas sociais, as insatisfações coletivas e a direção na qual se move a solução coletiva dos problemas, os interesses diversos e em conflito que se referem ao processo de tomada de decisões e, sobretudo, a natureza incremental da mudança social"¹⁵, principalmente dada a peculiaridade da sociedade contemporânea: desigual e conflitiva.

Não obstante, a esfera da dinâmica cultural em que o direito exerce um papel de singular importância é no processo revolucionário. A revolução se faz, geralmente, com o objetivo de subverter a ordem do sistema social, político e econômico que tem no direito positivo vigente a sua sustentação normativa. É, sobretudo, no processo revolucionário, tanto nas causas como nos efeitos, que se faz presente o direito novo, não como jus positivado, mas como jus utópico, ideal, doutrinário, valorado juridicamente, em processo de positivação.

3. Controle Social e Direito

Os processos pelos quais uma sociedade se mantém coesa e impõe aos indivíduos certas exigências a sua adap-

tação, podem ser chamados de controle social ou regulação social. Da admoestação materna às penitenciárias, do castigo escolar aos tribunais, da penitência religiosa ao escárnio popular, a sociedade nos cerca de todos os lados, com instâncias de socialização. Tais instâncias atuam ensinando-nos a colocar-nos em lugar dos outros, de modo a antecipar e prever suas expectativas quanto ao nosso comportamento e o dever que nele vai implícito, graças, especialmente, ao grupo e a tais expectativas¹⁶.

Não obstante o esforço socializador da sociedade, o processo de socialização comumente não atinge todos os indivíduos suficientemente. Por isso, a sociedade exerce uma certa ação preventiva contra a exteriorização do anti-social que pode ocorrer em seu meio, preparando, portanto, a prevenção de sua ocorrência através de uma série de normas coatoras que formam o aparato de seu controle social. Esse, por sua vez, tem um caráter formal e informal. Com relação à informalidade do controle social, podemos referenciar: as cerimônias, o prestígio, os tabus, que se prolongam nos costumes, a opinião pública traduzida em rumores, aprovação e descrédito. No caso do controle social formal, temos as instituições religiosas, jurídicas e políticas.

Um dos meios de controle social formal mais eficaz na sociedade é a sanção legal. Apesar da freqüente utilização do conceito de sanção, existe atualmente pouco conhecimento empírico de como funcionam as sanções. Em regra, os legisladores e administradores judiciários têm dirigido as suas ações baseados em alguns pressu-

14O referido autor chama de utópicas "aquelas orientações que, transcendendo a realidade, tendem, se se transformarem em conduta, a abalar, seja parcial ou totalmente, a ordem de coisas que prevaleça no momento" (MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1988, p. 218).

15Apud FRIEDMAN, Lawrence e LADINSKY, Jack. *Direito como Instrumento de Mudança Social Incremental*. In SOUTO, Cláudio. FALCÃO, Joaquim. *Op. cit.*, p. 230.

16MACHADO NETO, Antônio Luís. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 165.

postos bastante primários a respeito da sanção:

- a) "Que ela tende a reduzir a frequência com que os atos punidos serão praticados no futuro pelo transgressor e outros;
- b) Que sua eficiência é uma função crescente de sua severidade;
- c) Que ela pode ser empregada sem incorrer em custos substanciais para a sociedade;
- d) Que outras formas de aumentar a obediência não precisam ser consideradas como alternativas — ou pelo menos não como alternativas incompatíveis — à punição"¹⁷.

O fato é que esses pressupostos se averiguam duvidosos quando testados até mesmo por um simples procedimento de "survey" — pequena coleta de informações relacionadas com tais pressupostos —, o que acentua a natureza inadequada da evidência de semelhante entendimento, apontando para a necessidade de pesquisa relevante sobre a efetividade da sanção legal enquanto instrumento de controle social.

O que se observa, via de regra, é o questionamento acerca dos efeitos preventivos da punição sobre o transgressor. Altas taxas de reincidência, com relação a crimes de propriedade em particular, sugerem que as condições da prisão fazem pouco mais do que atrasar a recorrência do crime para um terço dos prisioneiros. O período na prisão serve em muitos casos para alienar o transgressor mais completamente da sociedade e para treiná-

lo sistematicamente em técnicas para escapar a futuras punições. A prisão impõe a ele, além disso, um estigma que tende a impedir seu ajustamento econômico e social depois de solto¹⁸.

De modo similar também o efeito dissuasivo é questionável. Em geral, tem-se por pressuposto que a dissuasão funciona em relação direta ao medo da punição. Mas, se por um lado, o medo da punição resulta na dissuasão da transgressão, por outro, há razão para se acreditar que a influência dissuasiva pode operar em razão de outros incentivos valorados circunstancialmente pelo próprio indivíduo transgressor. De modo que, em vez de aceitar a generalização da dissuasão da transgressão por medo da punição, parece mais realista considerar que a sanção exerce papel dissuasivo em certas circunstâncias. Se isso ocorre, compete ao cientista social a investigação das condições específicas em que a dissuasão opera e quais as variáveis intervenientes nas quais o medo da sanção explica a ocorrência ou não da obediência.

Outro problema que se evidencia no controle social via sanção legal é o que concerne à severidade da punição prescrita. Estudos empíricos e evidências experimentais têm levantado sérias dúvidas sobre a assertiva de que a severidade da punição age como elemento inibidor ou dissuasivo no fenômeno da transgressão.

A psicologia contemporânea também tem lançado dúvidas sobre o pressuposto da severidade da sanção prescrita. Em geral, psicólogos estudando a aprendizagem animal concordam em que a punição somente reduz a

17 SCHWARTZ, Richard D. O'FLEANS, Sonya. Sobre Sanções Legais. In: Souto, Cláudio, e FALCÃO, Joaquim. Op. cit., p. 205.

18 *idem*, *ibid.*, p. 206.

probabilidade da ocorrência do comportamento punido quando contribui para a aprendizagem de respostas alternativas. Se o indivíduo punido por alguma razão repete a resposta punida após a punição (R... Pun...R) aquela resposta pode, subseqüentemente, tornar-se mais provável como resultado. Sob outras condições, a punição pode temporariamente inibir a resposta que se segue, mas a resposta aumenta em frequência em seguida à cessação da punição. Quanto mais severa a punição sob tais circunstâncias, maior a motivação para a resposta punida¹⁹. A sanção, nesses termos, em vez de assegurar a obediência se converte em dispositivo que oferece incentivo à transgressão.

Outro aspecto que merece destaque é o caráter freqüentemente irracional de aplicabilidade da sanção, no sentido em que excede as necessidades efetivas de controle social. No âmbito do nosso sistema legal, em regra, o que se constata é a existência de uma inadequação na proporcionalidade efetiva entre a transgressão e a punição, refletindo, por vezes, uma inclinação para a "crueldade" legal ou para a premiação.

Como nesse tipo de sistema legal "o corpo da lei é quase invariavelmente limitado a uma descrição do padrão de conduta e a uma simples exposição das conseqüências que ocorrerão ao transgressor"²⁰, dentro de uma visão de abstração e generalidade, a ausência do princípio da equidade na aplicação da sanção e, sobretudo, da punibilidade alternativa é uma característica unânime. É que para o transgressor, dependendo do tipo de

19 *Idem. Ibid.*, p. 207.

20 *Idem. Ibid.*, p. 210.

delito cometido, a sanção quando apresenta essa inadequação de proporcionalidade entre a punição e o delito surge ou como a expressão de um sistema injusto, que provoca revolta, ou de um sistema ineficaz, cujo sentido de impunidade repercute socialmente como premiação pelo desvio. O exemplo típico dessa disfunção legal no controle social é o caso das ofensas que não são consideradas sérios perigos para o bem-estar da comunidade, porém aos infratores são aplicadas penas severas, geralmente de reclusão, sem visar nenhuma contribuição para a aprendizagem de respostas alternativas, gerando neles um sentimento de revolta e um incentivo à reincidência punitiva.

De igual modo, tem-se o caso de ofensas graves à comunidade como os assassinatos, latrocínios e seqüestros, cuja execução da lei, por se averiguar inadequada à extensão do delito, tende a reduzir o medo da punição, provocando um esvaziamento da influência dissuasiva ou mesmo substituindo-a por um incentivo, e que termina sendo interpretada pelo transgressor muito mais como uma premiação do que como punição. Em ambos os casos, o efeito da inadequação da aplicabilidade da sanção parece ser o mesmo: baixa frequência dissuasiva da conduta delitiva e alta influência persuasiva da conduta transgressora.

Contudo, quaisquer que sejam os argumentos envolvidos na explicação da sanção legal como controle social, a opinião unânime é de que a punição, nos moldes em que é aplicada, não serve efetivamente a seus fins manifestos. A punição para ter efetividade na influência dissuasiva é preciso manter-se dentro de uma racionalidade

de adequação conjugada a uma política de meios alternativos que assegurem a aprendizagem de novas motivações para a "ressocialização" ou reconstrução da identidade social do transgressor.

Se quisermos seriamente desenvolver um modelo que, nos limites da razoabilidade, opere com efetividade os efeitos da lei, urge desenvolver estudos cuidadosos sobre o impacto das sanções na obediência legal. E aí precisamos examinar e responder algumas questões: Como funcionam as sanções legais? O medo da punição exerce influência na obediência legal? Quais os efeitos da punição sobre a conduta transgressora? Que meios alternativos podem ser conjugados à punição no processo de ressocialização do transgressor? A mora na execução da lei se converte em incentivo à prática de delitos?

Todo esse questionamento acentua a natureza dispersa e inadequada das informações disponíveis sobre a questão e aponta para a necessidade de pesquisa relevante sobre a eficiência da sanção legal no controle social.

4. Ideologia e Direito

A origem da expressão "ideologia" vem de uma junção lingüística extraída da raiz grega *eidos* (idéia) com *logos* (estudo, conhecimento). Em seu sentido moderno, a ideologia foi criada pelo filósofo francês Antoine Destutt de Tracy (1754-1826), em *Eléments d'Idéologie*, durante a Revolução Francesa, e originariamente designava para esse autor a ciência da gênese das idéias.

Um segundo sentido, mas desta vez pejorativo, caracterizou a ideologia, quando, no início do século XIX,

Napoleão a empregou depreciativamente, ao entrar em conflito com os intelectuais do "Institut de France", acusando-os, num tom de desprezo, de "ideólogos" por defenderem idéias republicanas e anti-religiosas que ele considerava então uma ameaça a seu absolutismo apoiado pela Igreja. Aqui a noção de ideologia utilizada por Napoleão se refere a uma postura abstrata, metafísica, dissociada da política real.

O termo é retomado por Marx que, apesar de usá-lo nesse sentido — ideólogos sendo aqueles considerados metafísicos, que ignoram a realidade —, vai lhe emprestar um outro significado corrente em seu livro *A Ideologia Alemã*. Nele, "o conceito de ideologia aparece como o equivalente à ilusão, falsa consciência, concepção idealista na qual a realidade é invertida e as idéias aparecem como motor da vida real. Mais tarde Marx amplia o conceito e fala das formas ideológicas através das quais os indivíduos tomam consciência da vida real, ou melhor, a sociedade toma consciência da vida real. Ele as enumera como sendo a religião, a filosofia, a moral, o direito, as doutrinas políticas, etc."²¹.

Nesse sentido, a ideologia para Marx tem uma conotação claramente pejorativa: a de um conceito crítico que implica uma consciência deformada da realidade e que se manifesta através da ideologia dominante. Daí a sua afirmação de que as ideologias dominantes na sociedade são sempre as ideologias das classes dominantes.

Lenin, por sua vez, na trajetória do marxismo poste-

²¹ LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 1992. p.12.

rior a Marx, dá ao conceito de ideologia um outro sentido, bastante diferente: "a ideologia como qualquer concepção da realidade social ou política, vinculada aos interesses de certas classes sociais. Para Lenin, existe uma ideologia burguesa e uma ideologia proletária. Aparece, então, a utilização do termo no movimento operário, na corrente leninista do movimento comunista, que fala de luta ideológica, de trabalho ideológico, de reforço ideológico, etc. Ideologia deixa de ter o sentido crítico, pejorativo, negativo, que tem em Marx, e passa a designar simplesmente qualquer doutrina sobre a realidade social que tenha vínculo com uma posição de classe"²².

Porém, é Karl Mannheim que vai emprestar ao conceito de ideologia uma mudança considerável de significado, em seu livro *Ideologia e Utopia*, no qual estabelece uma distinção qualitativa entre os dois conceitos. Para ele:

- a) **Ideologia** — é o conjunto das concepções, idéias, representações, teorias, que se orientam para a estabilização, ou legitimação, ou reprodução, da ordem estabelecida. São todas aquelas doutrinas que têm um certo caráter conservador no sentido amplo da palavra, isto é, consciente ou inconscientemente, voluntária ou involuntariamente, servem à manutenção da ordem estabelecida.
- b) **Utopias** — ao contrário, são aquelas idéias, representações e teorias que aspiram a uma outra realidade, uma realidade ainda inexistente. Têm, portanto, uma dimensão crítica ou de negação da ordem social existente e se orien-

22 *Idem. Ibid.*

tam para sua ruptura. Desse modo, as utopias têm uma função subversiva, uma função crítica e, em alguns casos, uma função revolucionária"²³.

A importância da abordagem de Karl Mannheim consiste em apreender os conceitos de ideologia e de utopia como um "fenômeno social total", cuja existência se vincula a uma circularidade estrutural e orgânica de idéias, de representações, teorias e doutrinas, e que se abre para a transitoriedade através de uma trajetória histórica de superação dialética.

A ligação entre a ideologia e o direito ocorre na medida em que o Direito é a projeção linguístico-normativa que instrumentaliza os princípios ideológicos e os esquemas mentais de um determinado grupo social homogêneo.

Na verdade, toda estrutura jurídica reproduz o jogo de forças sociais e políticas, bem como os valores morais e culturais de uma dada organização social. E como o sistema jurídico, como conjunto de normas, de práticas, de costumes e de valores é eminentemente estatal, todo sistema jurídico está umbilicalmente ligado a um tipo de Estado — feudal, socialista, democrático-burguês. Ele exprime, em normas jurídicas, as idéias, os objetivos, as necessidades, os conceitos das classes existentes. Porém, dominam no sistema jurídico, em cada Estado e em cada momento, as idéias, as relações sociais, os conceitos da classe dominante. Todo sistema jurídico traz a marca de uma classe social dominante na sociedade. A hegemonia da classe dominante é exercida através dos aparelhos ide-

23 *Idem. Ibid.*, p. 13.

ológicos e repressivos do Estado, os quais representam a forma e os mecanismos pelos quais a ideologia da classe dominante deve necessariamente ser realizada.

Ideologia, portanto, como enuncia Marilena Chauí, é “um conjunto lógico, sistemático e coerente de representações (idéias e valores) e de normas ou regras (de conduta) que indicam e prescrevem aos membros da sociedade o que devem pensar e como devem pensar, o que devem valorizar e como devem valorizar, o que devem sentir e como devem sentir, o que devem fazer e como devem fazer. Ela é, portanto, um corpo explicativo (representações) e prático (normas, regras, preceitos) de caráter prescritivo, normativo, regulador, cuja função é dar aos membros de uma sociedade dividida em classes uma explicação racional para as diferenças sociais, políticas e culturais, sem jamais atribuir tais diferenças à divisão da sociedade em classes, a partir das divisões na esfera da produção. Pelo contrário, a função da ideologia é a de apagar as diferenças como de classes e de fornecer aos membros da sociedade o sentimento da identidade social, encontrando certos referenciais identificadores de todos e para todos, como, por exemplo, a Humanidade, a Liberdade, a Igualdade, a Nação, ou o Estado”²⁴.

Trata-se, evidentemente, de um conceito de ideologia firmemente ancorado na perspectiva marxista e predominante na tradição teórica da sociologia crítica. De modo que, ainda para Marilena Chauí, o ideólogo é aquele agente “que inverte as relações entre as idéias e o real. A ideologia, que inicialmente designava uma ciência na-

24 CHAUI, Marilena. *O que é ideologia?*. São Paulo: Brasiliense, 1981, pp. 113-114.

25 *idem*. *Ibid.*, p. 25.

tural da aquisição, pelo homem, das idéias calcadas sobre o próprio real, passa a designar, daí por diante, um sistema de idéias condenadas a desconhecer sua relação real com o real”²⁵.

Enfim, a ideologia é um modelo reducionista derivado de percepções deformadas da realidade social, que tende a oferecer explicações exclusivas, absolutas e universais e em cuja lógica pretende disseminar as suas idéias programáticas como os verdadeiros princípios do progresso e da justiça.

25 *idem*. *Ibid.*, p. 25.

5. Referências Bibliográficas

- ANDERSON, Wilfred A. e PARKER, Frederick B. *Uma Introdução à Sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.
- CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia?* São Paulo: Brasiliense, 1981.
- DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 1996.
- FRIEDMAN, Lawrence, LADINSKY, Jack. Direito como instrumento de mudança social incremental. In: SOUTO, Cláudio, FALCÃO, Joaquim (org). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira, 1980.
- GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 199: interpretação e crítica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- LÖWY, Michael. *Ideologias e Ciência Social: Elementos para uma análise marxista*. São Paulo: Cortez, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Universitário, 1983.
- MACHADO NETO, Antônio Luis. *Sociologia Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1987.
- MANNHEIM, Karl. *Ideologia e Utopia*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1986.
- POULANTZAS, Nicos. O método dialético na compreensão do universo jurídico. In: SOUTO, Cláudio, FALCÃO, Joaquim (org). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira, 1980.
- SHWARTZ, Richard D., ORLEANS, Sonya. Sobre sanções Legais. In: SOUTO, Cláudio, FALCÃO, Joaquim (orgs). *Sociologia e Direito*. São Paulo: Pioneira, 1980.
- VAZ, Henrique C. Lima et al. Cultura e Modernidade. *Revista Síntese*, v. 19, n-57. São Paulo: Loyola, 1992.

O JUIZ É UM SER POLÍTICO

Eládio Galvão

Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco,
Diretor da Escola Superior da Magistratura do Estado de
Pernambuco - ESMape

Pernambuco é, sem dúvida alguma, o berço da nacionalidade brasileira, o Glorioso Leão do Norte, Estado de Pernambuco. Aqui nasceu a nacionalidade, aqui teve início o sentimento nativista, aqui se encontram verdadeiramente as três raças que forjaram o povo brasileiro.

Daqui também nasceu o primeiro desembargador brasileiro - Simão Álvares da Penha - a tomar assento no Tribunal de Relação, na Bahia, em 1954. São muitas as histórias e inevitáveis relações entre o direito e a Política. Interessa saber como elas repercutem no Brasil de hoje e como o Poder Judiciário se apresenta em suas relações com a política e a sociedade no país.

Recentemente, a Associação dos Magistrados e o Instituto de Pesquisas do Rio de Janeiro publicaram magnífica pesquisa, iniciada em março de 98, sob o título Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil. Um livro que mostra o Judiciário, antes um Poder inacessível, como uma Instituição central à democracia.

Essas transformações, é claro, não podem ser operadas em águas mansas. A nossa história recente mostra episódios de desarmonia entre os Poderes, mas é essa desarmonia defesa do cidadão, como bem escreveu OTÁVIO FRIAS FILHO, no seu artigo significativamente intitulado "JUÍZES DE CARNE", publicado na Folha de São Paulo, depois da posse do Ministro Carlos Velloso (03.06.99).

O artigo diz que os juízes de carne convertem em “gestos palpáveis” uma série de postulados da Constituição de 1988 que, com todos os seus defeitos, é a mais democrática que o país já teve.

O Poder Judiciário é político, queiram ou não. As pesquisas demonstram que o povo gostaria de ter um juiz em cada esquina, mas juízes sem máscaras, reconhecendo que a sentença é um ato político, como afirma o penalista argentino Eugenio Raul Zaffaroni.

A sentença é um ato político no sentido pleno ou aristotélico da palavra POLÍTICA, seja qual for a modalidade da decisão. Muitos autores assinalam que a politização do judiciário significa arbitrariedade, porque os juízes se afastam da solução legal e sentenciam conforme sua própria solução política.

Num sentido mais exato e mais feliz, Zaffaroni afirma que não é possível “politizar” um exercício de poder Público que já é essencialmente político. O que se pode fazer, sim, e alguns inefáveis políticos sabem muito bem, é “partidarizar” ou, que é o mesmo, “parcializar” o Poder Judiciário.

Submeter o Juiz às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica ou de qualquer grupo de poder, importa, definitivamente, em cancelar a sua jurisdição legítima porque se lhe priva do pressuposto da imparcialidade, portanto, quanto mais parcializado, menos jurisdicional será.

Assim, quanto mais consciente for o Judiciário a respeito do seu papel político, mais idôneo será para cumpri-lo. Zaffaroni esclarece bem os termos, separando “politização” e “partidarização”.

Despolitizar o Poder Judiciário implica subtrair-lhe as funções que lhe são próprias, até torná-lo incapaz de agir. Por outro lado, despartidarizar o Poder Judiciário significa democratizá-lo, dar-lhe pluralismo e, enfim, torná-lo capaz, para o exercício de suas funções políticas.

O Estado moderno pretende o monopólio do direito, a dogmática jurídica compromete-se a decidir todo e qualquer conflito que seja apresentado ao Estado. Um juiz não pode eximir-se de prolatar sentença, na esfera de sua competência, alegando falta de elementos para formar sua convicção. As normas jurídicas o impedem.

O Rei Salomão, no seu tempo, não estava submetido às regras da dogmática para decidir como Juiz. E foi sábio ao dizer que cortaria ao meio a criança cuja maternidade duas mulheres reclamavam.

Não se pode imaginar um juiz de hoje ameaçando desistir do litígio por não dispor de dados suficientes nos Autos ou de normas explícitas no sistema jurídico para decidir.

O juiz, mais do que qualquer outro operador do direito, precisa ter uma visão crítica da dogmática jurídica.

As partes podem exigir dos Magistrados a imparcialidade, consagrada no texto constitucional, jamais neutralidade. O juiz interpreta o seu objeto de conhecimento conforme a sua ideologia. Procura soluções para um caso concreto com os seus conceitos e preconceitos. Sua decisão, pessoal ou colegiada, é política, portanto as soluções são dadas por um Poder Político.

O juiz que pretenda ignorar essa característica iniludível do seu ofício, forçando uma neutralidade, querendo criar uma

O artigo diz que os juízes de carne convertem em “gestos palpáveis” uma série de postulados da Constituição de 1988 que, com todos os seus defeitos, é a mais democrática que o país já teve.

O Poder Judiciário é político, queiram ou não. As pesquisas demonstram que o povo gostaria de ter um juiz em cada esquina, mas juízes sem máscaras, reconhecendo que a sentença é um ato político, como afirma o penalista argentino Eugenio Raul Zaffaroni.

A sentença é um ato político no sentido pleno ou aristotélico da palavra POLÍTICA, seja qual for a modalidade da decisão. Muitos autores assinalam que a politização do judiciário significa arbitrariedade, porque os juízes se afastam da solução legal e sentenciam conforme sua própria solução política.

Num sentido mais exato e mais feliz, Zaffaroni afirma que não é possível “politizar” um exercício de poder Público que já é essencialmente político. O que se pode fazer, sim, e alguns inefáveis políticos sabem muito bem, é “partidarizar” ou, que é o mesmo, “parcializar” o Poder Judiciário.

Submeter o Juiz às diretrizes de um partido político, de uma corporação econômica ou de qualquer grupo de poder, importa, definitivamente, em cancelar a sua jurisdição legítima porque se lhe priva do pressuposto da imparcialidade, portanto, quanto mais parcializado, menos jurisdicional será.

Assim, quanto mais consciente for o Judiciário a respeito do seu papel político, mais idôneo será para cumpri-lo. Zaffaroni esclarece bem os termos, separando “politização” e “partidarização”.

Despolitizar o Poder Judiciário implica subtrair-lhe as funções que lhe são próprias, até torná-lo incapaz de agir. Por outro lado, despartidarizar o Poder Judiciário significa democratizá-lo, dar-lhe pluralismo e, enfim, torná-lo capaz, para o exercício de suas funções políticas.

O Estado moderno pretende o monopólio do direito, a dogmática jurídica compromete-se a decidir todo e qualquer conflito que seja apresentado ao Estado. Um juiz não pode eximir-se de prolatar sentença, na esfera de sua competência, alegando falta de elementos para formar sua convicção. As normas jurídicas o impedem.

O Rei Salomão, no seu tempo, não estava submetido às regras da dogmática para decidir como Juiz. E foi sábio ao dizer que cortaria ao meio a criança cuja maternidade duas mulheres reclamavam.

Não se pode imaginar um juiz de hoje ameaçando desistir do litígio por não dispor de dados suficientes nos Autos ou de normas explícitas no sistema jurídico para decidir.

O juiz, mais do que qualquer outro operador do direito, precisa ter uma visão crítica da dogmática jurídica.

As partes podem exigir dos Magistrados a imparcialidade, consagrada no texto constitucional, jamais neutralidade. O juiz interpreta o seu objeto de conhecimento conforme a sua ideologia. Procura soluções para um caso concreto com os seus conceitos e preconceitos. Sua decisão, pessoal ou colegiada, é política, portanto as soluções são dadas por um Poder Político.

O juiz que pretenda ignorar essa característica iniludível do seu ofício, forçando uma neutralidade, querendo criar uma

assepsia política, acaba comprometendo-se politicamente, e da pior forma possível.

Um dos fundamentos do Direito é evitar que impere a chamada lei do mais forte, do mais poderoso em termos econômicos, e a nossa Constituição de 1988 traz uma bela e rica formulação dos Direitos Humanos. É a Carta Magna que coloca como um dos seus objetivos centrais, na forma do art. 3º, inciso I, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Mas não é o ordenamento jurídico que faz, por si só, a realidade social. O crime organizado tem, no Brasil, manipulado tudo, bastando citar as quadrilhas bilionárias; corrompe parte da imprensa e se infiltra canalhamente na polícia e no próprio Judiciário.

Nunca se prendeu tanto no Brasil, dizem os comentaristas, apesar da impunidade, ainda altíssima, na área do narcotráfico e nas esferas do Poder Político. Mesmo assim o crime e a violência apresentam recordes atrás de recordes. O que está em jogo, na realidade brasileira, sabemos, não é somente a questão técnico-jurídica, nem a chamada política de segurança.

É hora de apresentar os juizes de carne e osso. Nem criaturas com tarefas divinas, nem anjos, nem homens sem ideologia, despersonalizados pela toga. O mito da neutralidade do juiz, que envolvia toda a magistratura, não existe mais. O juiz é um ser humano suscetível de emoções, e é assim que deve exercer o seu ofício.

VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90

Isaías Andrade Lima Neto

Juiz de Direito do Juizado Especial das Relações de Consumo. Professor da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE, Curso de Preparação à Carreira da Magistratura na EPAM, atual EMAB. Pós-graduando do Curso de Especialização em Direito Público pela UFPE.

Há quase dez anos, precisamente em 11 de setembro de 1990, surgiu o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), em cumprimento à determinação Constitucional (art. 48 das Disposições Transitórias), a fim de propiciar a efetiva proteção do consumidor frente ao mercado de consumo.

Para que o CDC seja aplicado em sua plenitude, como verdadeiro instrumento criado pelo Estado para a execução de um plano de ações no sentido de implantar uma estrutura eficiente e preparada, de modo a possibilitar o alcance dos objetivos da lei consumerista, torna-se imperioso entender muito bem o significado da **POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**.

É fácil, pela simples leitura do art. 4º do CDC, compreender que a Política Nacional das Relações de Consumo, ali estabelecida pelo legislador, efetiva-se com o envolvimento completo do Estado, nas suas três esferas de

Poder. É, em verdade, um conjunto de ações do Legislativo, Executivo e Judiciário para que haja a plena aplicação do código protetivo, com o objetivo de sempre buscar a TRANSPARÊNCIA E HARMONIA das relações consumeristas e, conseqüentemente, restabelecer o seu equilíbrio comprometido pela ação do detentor do poder econômico.

Fábio Konder Comparato, com muita propriedade, em artigo intitulado "A Proteção ao Consumidor na Constituição Brasileira de 1988", afirmou que "...a defesa do consumidor é, indubitavelmente, um tipo de princípio-programa, tendo por objeto uma ampla política pública (public policy)." Diz, ainda, que "...os Poderes Públicos detêm um certo grau de liberdade para mostrar os meios adequados à consecução desse objetivo obrigatório." Por fim, conclui o Professor que é "...preciso não se esquecer de que esta só se realiza mediante a organização de recursos materiais e humanos, ambos previstos e dimensionados no orçamento-programa".¹

Referindo-se à política nacional das relações de consumo, com precisão, José Geraldo Brito Filomeno afirmou que se trata de uma filosofia de ação, por não se tratar apenas do consumidor, mas da HARMONIA DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.²

1 LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: aspectos práticos - perguntas e respostas*, Editora RT, São Paulo, 1995, p. 27 (FÁBIO KONDER COMPARATO - "A Proteção ao Consumidor na Constituição de 1988", RIDM80, p. 66-75).

2 FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, Rio de Janeiro, FIORENSE UNIVERSITÁRIA, 1998, p. 17.

Para a execução das políticas públicas de defesa do consumidor, exige-se a participação efetiva do Estado no sentido de prover a estrutura humana e material, com recursos especiais para tal fim.

É evidente, então, a responsabilidade dos três Poderes do Estado na implantação da Política Nacional das Relações de Consumo. O legislativo cumpre o seu papel ao editar as Leis; o executivo age no campo administrativo quando intervém na relação de consumo por meio dos PROCONS, SEDECONS e outros órgãos de fiscalização e controle de qualidade (como IPEM, INMETRO etc...), não se esquecendo, inclusive, das vezes em que a Secretaria de Direito Econômico ampliou o elenco de cláusulas abusivas previstas no art. 51 da Lei 8.078/90 (que não é taxativo), quando baixou as Portarias 04/98 e 03/99; e o JUDICIÁRIO dá a sua contribuição quando exerce, por exemplo, o controle judicial dos contratos de consumo ao declarar a nulidade de cláusulas abusivas, reconhecendo a VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO MERCADO DE CONSUMO, enfim, aplicando a lei consumerista na sua plenitude, com proficiência e sabedoria, com o objetivo primordial de restabelecer o equilíbrio contratual.

Os exemplos acima citados são, apenas, pequenas contribuições que não exaurem a EFETIVA PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO CONSUMIDOR.

Vimos, em linhas anteriores, que as ações públicas exigem, inclusive, um orçamento próprio para que se possibilite a sua implantação.

É quando voltamos a nossa atenção para o art. 5º do CDC, verificamos que ali o legislador tratou dos INSTRUMENTOS PARA A EXECUÇÃO DA POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.

Diz o art. 5º, inciso IV, da Lei 8.078/90 que:

“Art. 5º - Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o Poder Público com os seguintes instrumentos, dentre outros:

...IV - criação de Juizados de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo;...”

Resta claro, assim, que a CRIAÇÃO DOS JUÍZADOS ESPECIAIS E VARAS ESPECIALIZADAS é exigência da Lei para a efetivação da Política Nacional das Relações de Consumo. Está ali o legislador a reclamar do Judiciário a criação de tais Varas, como instrumentos de execução das Políticas de Ações Públicas.

Já temos em nosso Estado o Juizado Especial das Relações de Consumo, o qual tem demonstrado ser eficiente instrumento para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo que, embora divida a competência concorrente com os demais Juizados Especiais Cíveis, detém a competência para examinar, apenas, matérias oriundas das relações consumeristas.

Funciona, hoje, o Juizado das Relações de Consumo com quatro Juizes togados e seis turmas de conciliação (advogados conciliadores), em dois turnos, realizando um mínimo de setenta audiências de conciliação e instrução, diariamente, concentrando ainda a maioria das reclamações de consumo, apesar da competência concorrente com os demais Juizados Cíveis, o que demonstra a confiança que os jurisdicionados depositam no órgão especializado.

O Juizado Especial das Relações de Consumo se consolidou como um instrumento eficaz para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, na medida em que possui um elevado índice de manutenção de seus julgados junto ao Colégio Recursal e, ao longo dos seus quase três anos de existência, contribuiu de forma significativa para a UNIFORMIZAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO.

É, assim, inegável que o Juiz que se especializa na matéria consumerista, em virtude da necessidade de um contato diário com a Lei 8.078/90, tende a utilizar o Código do Consumidor com muito mais intimidade, conhecimento e preparo, a ponto de resultar o órgão especializado num importante instrumento de execução da Política Nacional das Relações de Consumo. Ao comentar o art. 5º, do CDC, José Geraldo Brito Filomeno afirmou que “...a especialização é fundamental para o devido equacionamento de tão relevantes questões do ponto de vista social e público.”³

3 *Idem*, p. 97

Em vários Estados da Federação já existem as Varas especializadas e como exemplo podemos citar o Estado da Bahia que, por meio da Lei 6.982/96, criou duas Varas Especializadas em Relações de Consumo, com a competência absoluta para processar e julgar os litígios de consumo previstos no Código de Defesa do Consumidor, cujo valor econômico ultrapasse 40 (quarenta) salários mínimos (art. 6º).

Após as breves considerações feitas, conclui-se pela certeza absoluta de que a criação das Varas Especializadas em Relações de Consumo é exigência da Lei 8.078/90 (art. 5º, IV) e supre a necessidade dos consumidores que, em razão do limite de alçada estabelecido pela Lei 9.099/95 (quarenta salários mínimos), ficam impedidos de ajuizar as suas reclamações perante o JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO, único órgão especializado no Estado de Pernambuco.

Não é demais lembrar que o art. 1º da Lei 8.078/90 expressa o caráter da norma ali instituída, como sendo de ORDEM PÚBLICA e INTERESSE SOCIAL, invocando a proteção constitucional da defesa do consumidor contida nos artigos 5º, XXXII e 170, V, da Carta Magna, quando o legislador constituinte deu à defesa do consumidor o destaque especial de GARANTIA FUNDAMENTAL.

Assim, é de se afirmar que o Poder Judiciário dá a sua contribuição para o implemento da Política de Consumo quando cria as Varas Especializadas em Relações

de Consumo, pois alcança um dos importantes objetivos da proteção constitucional e atende aos desígnios da lei consumerista.

Referências bibliográficas

- LUCCA, Newton de. *Direito do Consumidor: aspectos práticos - perguntas e respostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

AS DENOMINADAS *FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS*¹

Ivo Dantas

Diretor e Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife (Universidade Federal de Pernambuco) - Doutorado (Teoria do Direito Comparado), Mestrado (Direito Constitucional), Doutor em Direito Constitucional (Universidade Federal de Minas Gerais), Livre Docente em Direito Constitucional (UERJ), Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal do Pará, Professor do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Alagoas, Professor da Universidade da Amazônia - UNAMA, Belém, Advogado.

SUMÁRIO

1. Introdução O Sistema Jurídico e seu conceito. 2. Propostas de Classificação. 2.1. ARMINJON, NOLDE Y WOLF. 2.2. RENÉ DAVID. 2.3. FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES. 2.4. CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ y MARGARITA VILLANUEVA COLÍN. 2.5. PATRÍCIA MARCELA CASAL. 2.6. CLÓVIS BEVILÁQUA e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. 2.7. JOSÉ CRETTELLA JÚNIOR. 3. O Direito Constitucional Comparado: algumas questões preliminares. 4. O Direito Constitucional Comparado e os critérios de seleção dos sistemas: a posição de RUFFIA. 5. O posicionamento de L. INÍGO CAVERO y T. ZAMORA RODRÍGUES. 6. O posicionamento de JORGE MIRANDA. 7. O posicionamento de BIDART CAMPOS e WALTER CARNOTA. 8. J. ASENSI SABATER e *La Época Constitucional: instituições e princípios no Direito Constitucional Contemporâneo*. 9. *Civil Law e Common Law: semelhanças e dessemelhanças. Colocação inicial. As questões terminológica e geográfica*. 9.1. O *Common Law*: sentidos da expressão. 10. O *Civil Law*: Introdução. Formação histórica. 10.1. As Universidades. 10.2. A Codificação. 10.3. Características da Família Romano-Germânica. 11. Breve paralelo objetivo entre as famílias do *Common Law* e *Civil Law*. 12. A classificação das Famílias Jurídicas e nossa posição.

1. Introdução. O Sistema Jurídico e seu conceito

O objetivo principal do Direito Comparado é estudar - comparando - ordens ou sistemas jurídicos, podendo-o fazer sob a perspectiva da macro ou microcomparação².

¹ Capítulo do livro *Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia*. Jusci Editora, no prelo.

² Ver, neste livro, cap. 2, itens 6 e 7.

Para tanto, elemento metodológico prévio é discutirmos o conceito de Sistema Jurídico, visto que, em qualquer das duas perspectivas mencionadas, teremos sempre, nos dois pólos da relação, a presença de sistemas jurídicos que serão analisados quer em sua totalidade (macrocomparação), quer em aspectos ou setores do sistema (microcomparação), lembrando, de logo, que embora, didaticamente, se fale em ramos do Direito (visto esse na perspectiva de conhecimento), enquanto processo, e em suas diversas formas de manifestação, o ordenamento jurídico traz consigo a característica da unidade, significando dizer-se que deva ser visto como sistema.

Apesar de que, em princípio, o conceito de Sistema Jurídico seja tratado, sobretudo, pelos autores de Teoria do Direito e/ou Filosofia do Direito, sua correta compreensão no estudo do Direito Comparado Geral é indispensável, principalmente porque, a partir dele é que serão apresentadas as diversas classificações, quer seja em uma perspectiva genérica, quer seja, no âmbito específico do Direito Constitucional Comparado, com o agrupamento das diversas famílias constitucionais.

Por outro lado, o conceito de Sistema Jurídico é, igualmente, de capital importância para o Direito Constitucional Particular, especialmente, no trato de temas como, por exemplo, o Controle de Constitucionalidade, em decorrência de uma das características da Constituição, ou seja, a sua Supremacia, que nos põe frente a um escalonamento das diversas normas que o compõem.

Entretanto, os constitucionalistas nacionais não o tratam, de modo geral, como matéria prévia e teórica a ser estudada antes do sistema constitucional positivo, enquanto

na doutrina italiana, ao contrário, verifica-se grande interesse por essa análise, conforme se constata dos seguintes exemplos: CARLO LAVAGNA (Istituzioni di Diritto Pubblico⁴) que na "Introduzione" assevera que "*L'ordenamento giuridico o diritto é dunque costituito da un complesso sistema di norme contraddistinte innanzitutto dal fatto di essere tra loro intimamente connesse*"; a ENRICO SPAGNA MUSO, Diritto Costituzionale - vol. I - Principi Generali⁵; COSTANTINO MORTATI, Istituzione di Diritto Pubblico⁶; MANLIO MAZZIOTTI di CELSO, Lezioni di Diritto Costituzionali - Parte I - Nozioni Generali sul Diritto e Sullo Stato⁷; PAOLO BISCARETTI di RUFFIA, Diritto Costituzionale⁸; SANTI ROMANO, Principi de Direito Constitucional Geral⁹ e, finalmente, VEZIO CRISAFULLI, Lezioni di Diritto Costituzionale¹⁰.

Destaquem-se, ainda, sob a forma de estudos monográficos, os estudos de HANS KELSEN e NORBERTO BOBBIO, o primeiro em sua Teoria General del Derecho y del Estado¹¹ e o segundo em sua Teoria Dell'Ordenamento Giuridico¹² no qual o tema, *sistema ou ordenamento jurídico* está analisado de forma detalhada.

⁴ Unione Tipografico-Editrice Triestina - UTET, Torino, 1986, 8ª ed., p. 9.

⁵ Padova, Cedam, 1976, pp. 15 e segs.

⁶ Padova, Cedam, Tomo I, 1975, pp. 3-18.

⁷ Milano - Dott. A Giuffrè Editore, 1985, pp. 1-51.

⁸ Tradução espanhola de PABLO LUCAS VERDU, sob o título *Derecho Constitucional*, Editorial Tecnos S/A, Madrid, 1965, pp. 99-195.

⁹ Ed. RT, tradução de MARIA HELENA DINIZ, 1977, pp. 72-77.

¹⁰ Padova, Cedam - Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1970, seconda edizione, pp. 1-48.

¹¹ Imprenta Universitaria, Mexico, 1958.

¹² G. Giappichelli - Editore - Torino (Corsi Universitari), 1960. Há uma edição brasileira da Editora Poets-UnB, 1989.

Para KELSEN¹³, "a análise do direito revela o caráter dinâmico deste sistema normativo, assim como a função da norma fundamental revela outra peculiaridade do mesmo direito; este regula sua própria criação enquanto uma norma jurídica determina a forma em que outra é criada, bem como, em certa medida, o conteúdo da mesma. Quando uma norma jurídica é válida por haver sido criada na forma estabelecida por outra, a última constitui a razão da validade da primeira. A relação entre a que regula a criação de outra e esta mesma pode apresentar-se como um vínculo de supra e subordinação, sendo estas figuras de linguagem de índole especial. A norma que determina a criação de outra é superior a esta; a criada de acordo com a tal regulamentação, inferior à primeira.

A ordem jurídica, especialmente aquela cuja personificação constitui o Estado, não é, portanto, um sistema de normas coordenadas entre si, que se achassem, por assim dizer, uma ao lado da outra, no mesmo nível, senão que se trata de uma verdadeira hierarquia de diferentes níveis.

A unidade dessas normas acha-se constituída - continua KELSEN - pelo fato de que a criação da de grau mais baixo se encontra determinada por outra de grau superior, cuja criação é determinada, por sua vez, por outra igualmente mais alta. O que constitui a unidade do sistema é precisamente a circunstância de que tal REGRESSUS termina na norma de grau mais alto, ou básica, o que representa a suprema razão de validade de toda a ordem jurídica" - conclui KELSEN (destaque nosso).

NORBERTO BOBBIO¹⁴, por sua vez, escreve que

¹³ *ob. cit.* p. 146.

¹⁴ *ob. cit.* pp. 39-41.

"la complessità dell'ordinamento, su cui abbiamo sin qui richiamato l'attenzione, no esclude la sue unità. Non potremmo parlare di ordinamento giuridico, se non lo considerassimo qualcosa di unitario. Che sia unitario un ordinamento semplice, cioè un ordinamento in cui tutte le norme scaturiscono de una fonte sola, è facilmente comprensibile. Che sia unitario un ordinamento complesso, deve essere apiegato. Accogliamo qui la teoria della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, elaborata dal Kelsen. Questa teoria serve a dare una spiegazione dell'unità di un ordinamento giuridico complesso. Il nocciolo di questa teoria è che le norme di un ordinamento non stanno tutte sullo stesso piano. Vi sono norme superiori, e norme inferiori. Le norme inferiori via a quelle che si trovano più in alto si arriva da ultimo a una norma suprema, che non dipendi da nessun'altra norma superiore e su cui riposa l'unità dell'ordinamento. Questa norma suprema è la norma fondamentale. Ogni ordinamento ha una norma fondamentale. É questa norma fondamentale che dá unità a tutte le altre norme; cioè fa delle norme sparse e di varia provenienza un insieme unitario, che si può chiamare a giusto titolo 'ordinamento'. La norma fondamentale è il termine unificatore delle norme che compongono un ordinamento giuridico. Senza una norma fondamentale le norme, di cui abbiamo parlato sinora, costituirebbero un coacervo, non un ordinamento. In altre parole, per quanto numerose siano le fonti del diritto in un ordinamento complesso, questo ordinamento costituisce un'unità per il fatto che direttamente o indirettamente, con giri più o meno tortuosi, tutte le fonti del diritto possono essere fatte risalire

re ad un'única norma.

A causa della presenza in un ordinamento giuridico di norme superiori e inferiori, esso ha una *struttura gerarchica*. Le norme di un ordinamento sono disposte in *ordine gerarchico*" - perora BOBBIO.

Segundo JUAN MANUEL TEERAN, em sua *Filosofia del Derecho*¹⁵, o sistema deve ser visto como "un conjunto ordenado de elementos según un punto de vista unitario".

"Así - prossegue -, los diversos sujetos jurídicos dentro de un orden jurídico, los diversos actos de autoridad y sujeción al derecho, todo engloba dentro de un orden unitario. Ello sucede - y de allí la explicación de tal integración global o sintética en el desarrollo del derecho -, por el escalonamiento de las normas jurídicas, o sea por el proceso de sistematización del orden vigente; pero a su vez interviene el concepto de vigencia, pues no puede haber sistema jurídico sin el supuesto o elemento de la vigencia; y el derecho vigente es aquel derecho positivo que rige en una determinada época y lugar; en consecuencia, la vigencia supone siempre la positividad, no la positividad supone la vigencia, pues puede haber derechos positivos no vigentes".

Tratando do tema, embora mais preocupado com a questão do escalonamento das normas, EDUARDO GARCÍA MAYNEZ (Introducción al Estudio del Derecho -¹⁶) escreve que "los preceptos pertenecientes a un sistema jurídico pueden ser del mismo o de diverso rango. En la primera hipótesis hay entre ellos una relación de coordi-

15 Editorial Porrua S/A, México, 1982, p. 148.

16 Editorial Porrua S/A, 1951, p. 79.

nación; en la segunda, un nexo de *supra o subordinación*. La existencia de éste último tipo permite la ordenación escalonada de aquellos preceptos y revela al propio tiempo el fundamento de su validez".

Para EMÍLIO FERNÁNDEZ VAZQUEZ no Diccionario de Derecho Público - Administrativo, Constitucional, Fiscal¹⁷, estudando o assunto sob o verbete orden jurídico, afirma que esta é um "conjunto de normas jurídicas positivas vigentes, relacionadas entre si y escalonadas o jerarquizadas que rigen en cada momento la vida y las instituciones dentro de una Nación determinada. Estas normas han de tomarse, en opinión de muchos tratadistas, no sólo por la Constitución y por las leyes, sino también por los reglamentos, por las disposiciones de las autoridades administrativas (actos administrativos), por las sentencias judiciales, por las costumbres y hasta por los contratos, en cuanto regulan las relaciones entre las partes contratantes. La importancia de cada una de esas normas no es igual a las demás, sino diferente y va de la mayor a menor el grado de ella, por lo cual las inferiores toman su fundamento de las inmediatas superiores. Esta jerarquización y escalonamiento es lo que Kelsen denomina "pirámide jurídica".

De posse deste conceito preliminar de Sistema Jurídico, costumam os comparativistas distribuir os sistemas jurídicos em grupos e/ou categorias, cada um utilizando-se de critérios e fundamentações diferentes, mas sempre levando em conta os elementos comuns que os caracterizam sob a perspectiva que escolheram para a classificação.

17 Editorial Astrea, B. Aires, 1981, pp. 539-540.

Essa afirmativa, entretanto, principalmente em seu final (elementos comuns que os caracterizam) não deve levar à conclusão enganosa, qual seja a de que haja uma identidade plena de sistemas, pois cada um deles está marcado por uma Ideologia própria, variável de sociedade para sociedade, em cada momento histórico¹⁸.

Nesse sentido, JORGE MIRANDA (Manual de Direito Constitucional. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais¹⁹), ao estudar o Direito Constitucional e Estruturas Sociais, doutrina que "ninguém contestará presentemente que o Direito não pode compreender-se desligado da realidade social - ou seja, cultural, religiosa, política, econômica - em que se deve aplicar. Um idêntico conjunto de normas posto em diferentes países exibe neles, irrefutavelmente, diferentes modos de ser interpretado e de ser cumprido, porque tais normas levam consigo valores e conceitos susceptíveis de refração e não se reduzem a esquemas formais".

De forma mais contundente, VICENTE RÁO, em seu clássico livro *O Direito e a Vida dos Direitos*²⁰, afirma: "As regras obrigatórias do direito, que cada povo adota, formam o seu direito positivo.

O direito positivo, por atender às necessidades peculiares de cada coletividade constituída em Nação e Estado, por exteriorizar uma particular conceituação, ou um modo particular de aplicação da justiça, é eminentemente nacional".

18 A este respeito, veja-se o capítulo intitulado Constituição e Constitucionalismo - A Ideologia Constitucional. Antes, já havíamos tratado do tema no livro *Constituição Federal - Teoria e Prática - vpl. I* (Ed. Renovar, 1994, pp. 3-35), exatamente, no capítulo intitulado Constituição Material Teoria Geral.

19 Tomo I. Coimbra Editora, 1996, 5ª edição, revista e aumentada, pp. 119 e segs.

20 Max Limonad, 1980, 1ª vol. - *O Direito* -, p. 97.

E mais adiante, após referir-se a diversos fatores que fazem variar os fatos e conseqüentemente, o Direito, é taxativo: (este) "...está longe de ser uniforme, entre todos os povos".

Apesar disso, os autores e cultores do Direito Comparado referem-se à necessidade de classificação dos diversos sistemas jurídicos.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENÇÃO²¹, justificando essas classificações, doutrina que "o direito comparado pretende levar-nos ao conhecimento dos direitos estrangeiros. Mas esses direitos são muitos, tantos como os Estados, pelo menos.

Seria impossível estudá-los um por um, e aliás semelhante estudo ameaçava confundir-se com o que é realizado pela Ciência Jurídica. O que há de específico no direito comparado é o uso do método comparativo, pelo qual os elementos retirados de várias ordens jurídicas são comparados, assinalando-se semelhanças e diferenças. Chega-se assim, pela determinação dos traços essenciais, à demarcação de agrupamentos, que por sua vez nos permitirá a determinação dos sistemas jurídicos contemporâneos.

A posse das fundamentais linhas orientadoras de um grupo de direitos permite ao jurista vencer as grandes dificuldades que provam sempre um embate com um direito alheio, dificuldades que são tanto maiores quanto mais afastado do seu for o direito que deve trabalhar".

No mesmo sentido, JOSE CASTAN TOBENAS (*Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occiden-*

21 *O Direito - Introdução e Teoria Geral*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1978, pp. 120-121.

tal²²) afirma que "son numerosísimo los sistemas jurídicos que han existido en el mundo y los que hoy tienen vigencia. Como esto hace imposible el estudio y el cotejo de todos ellos, interesa al Derecho comparado reducirlos a grupos o familias, teniendo en cuenta sus afinidades y elementos comunes. La clasificación de los sistemas legislativos, despreciando las pequeñas particularidades y poniendo de relieve las coincidencias y analogías, logra reducir los más variados sistemas a un número limitado de agrupaciones".

E prossegue: "Sin embargo, la tarea no es fácil. Algunos Derechos, por sus elementos heterogéneos, resisten a toda clasificación. Y, por otra parte, son muchos los criterios, científicos o empíricos, que pueden ser utilizados para la realización de este empeño sistematizador; y ello explica que sean muy variadas las agrupaciones que se han propuesto y que todas ellas se presten a serias objeciones, porque tienen mucho de artificial y arbitrario"²³.

Para KONRAD ZWEIGERT e HEIN KÖTZ, em sua *Introduzione al Diritto Comparato - Principi Fondamentali*²⁴, "la teoria dei 'sistemi giuridici' sviluppata dal diritto comparato tenta di dare una risposta a diverse domande. È possibile suddividere l'insieme dei sistemi giuridici in un numero relativamente piccolo di gruppi (denominati appunto famiglie o sistemi giuridici)? Secondo quali criteri potrebbe essere convincente, secondo quali

criteri bisognerebbe decidere se un dato ordinamento giuridico appartiene a questo o a quel gruppo?"²⁵

Enfrentando o problema da classificação dos sistemas jurídicos, ENRICO DELL'AQUILA em sua *Introducción al Estudio del Derecho Ingles*²⁶ observa a existência de omissões quando se tenta classificar os sistemas jurídicos, em razão de as propostas apresentadas limitarem-se aos Direitos Ocidentais, esquecendo-se de levarem em consideração, igualmente, os Direitos Orientais.

Nesse sentido, afirma, textualmente: "A nuestro parecer la mayoría de los criterios de diferenciación hasta ahora formulados por los comparatistas se ven afectados (en mayor o en menor medida) por un prejuicio que, a su vez, se expresa en un punto de partida errado que impide lograr una correcta clasificación que tenga en cuenta todos los Derechos existentes. El prejuicio al cual nos referimos es aquél, típico de los intelectuales occidentales, de tomar en cuenta únicamente los Derechos europeos o de derivación europea - es decir los Derechos del mundo occidental -, como pertenecientes a los así llamados países civilizados. De este modo, se pasan por alto los Derechos orientales que quedan fuera de las tradiciones culturales grecorromana o cristiana, opinándose en el fondo que los países de Oriente, no siendo europeos ni de tradición grecorromana o cristiana, no pueden incluirse dentro de la verdadera civilización humana. Trátase del típi-

22 Instituto Editorial Reus, Madrid, 1957, p. 6.

23 *ib. cit.* p. 6.

24 Giuffrè Editore, Milano, 1992, vol. I, p. 76.

25 "A teoria dos 'sistemas jurídicos' procura dar resposta à várias perguntas diferentes do direito comparado. Podemos dividir o conjunto dos sistemas jurídicos em um número relativamente pequeno de grupos (denominados famílias ou sistemas jurídicos)? Segundo qual critério podemos realizar um tal reagrupamento? Como decidimos se um dado ordenamento jurídico pertence a este ou aquele grupo?" (Tradução nossa).

26 *Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, pp. 31-32.*

co prejuízo de los occidentales - debido fundamentalmente a una actitud de superioridad y hasta de arrogancia frente a lo ajeno, máxime si no se lo conoce - de confundir el concepto de civilización con el de civilización occidental, considerándose ésta como si fuera la única civilización efectiva y verdadera y no como lo que en realidad es, o sea, sólo una de las muchas existentes en el mundo”.

Adiante, propõe DELL' AQUILA: “Ahora bien, si se toma como criterio básico para agrupar los sistemas jurídicos, el de que hay que fijarse en su substancia o esencia, opinamos que la summa divisio entre ellos debe ser la de distinguir entre los Derechos cuyos sistemas normativos son abarcados por una verdad tradicional, ya sea ésta de orden religioso o filosófico, y los que han sido elaborados, fuera de una tradición, como disciplinas autónomas desprovistas de cualquier conexión efectiva con todo pensamiento tradicional, ya sea que éste tenga carácter religioso o filosófico”²⁷.

Consideradas essas observações (que no fundo sofrem condicionamentos de ordem valorativa), aponte-se que inúmeras são as classificações apresentadas pelos cultores do Direito Comparado, cada uma tomando por base critérios próprios²⁸, não faltando aqueles que, como JOSÉ NICOLAU DOS SANTOS entendem que “os comparatistas incidem, de fato, em pleno setor geográfico,

27 *ob. cit.* pp. 32-33. Veja-se do próprio ENRICO DELL'AQUILA, o livro *El Dharma en el Derecho Tradicional de la India* (Ediciones Universidad Salamanca, 1994).

Sobre os sistemas pouco analisados entre nós, consultem-se: GUILLERMO F. MARGADANT, *El Derecho Japonés Actual*. Fondo de Cultura Económica, México, 1997; LOUIS CARTOU, *Le Droit Aérien*. PUF, 1981 e JOÃO SILVA DE SOUSA, *Relatório de Direito no Alcorão*. Editorial Estampa, Lisboa, 1996.

28 A primeira tentativa no sentido de classificar os sistemas jurídicos, data de 1900, no Congresso de Paris.

quando são levados a uma distribuição espacial dos sistemas jurídicos”²⁹.

2. Propostas de Classificação

“Para facilitar el estudio de los diferentes sistemas jurídicos - escrevem CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ y MARGARITA VILLANUEVA COLÍN³⁰ - es necesario agruparlos en familias ya que hay tantos sistemas jurídicos como Estados. El vocablo sistema se usa para hacer referencia al derecho nacional y el de familia para denominar al conjunto de sistemas que desbordan las fronteras de una Nación.

Aunque ninguna Nación tenga leyes iguales a otras, algunos sistemas legales son similares en algunos aspectos y esto permite la clasificación en familias”.

E prosseguem: “Existen diferentes criterios para realizar la agrupación de los sistemas en familias, entre ellos están los siguientes: antecedentes históricos, teoría y jerarquía de las fuentes del derecho, conceptos característicos empleados por el sistema, metodología operante de los juristas dentro del sistema legal y los principios que lo inspiran, esto es la fundamentación filosófica, económica y política, derivado de ello el tipo de sociedad a la que se pretende aplicar, no siendo posible agrupar en una sola familia aquellos sistemas que a pesar de utilizar los mismos conceptos tienen fundamentos diferentes.

29 *Derecho Comparado e Geografía Jurídica*. “Revista da Faculdade de Direito”, Universidade do Paraná, ano III, nº 3, dezembro, 1955, p. 358.

30 *Sistemas Jurídicos Comparados*. Oxford University Press / Haria México, 1996, p. 5. Itálicos nossos.

Cada comunidad posee sus propios criterios e ideales de justicia así como la forma de mantener en equilibrio los intereses y objetivos que persigue”³¹.

Por esses motivos, tal como referido por TOBEÑAS e afirmado acima, inúmeras têm sido as propostas de classificação, devendo-se alertar, por um lado, que toda tentativa é passível de críticas e objeções, enquanto que, por outro, levam elas em conta, sobretudo, o Direito Privado³², razão pela qual, mais adiante retornaremos ao tema, já aí preocupados com o Direito Constitucional.

Com essas observações, apresentemos algumas tentativas de classificação, lembrando, inicialmente, que no Congresso Internacional de Direito Comparado (Paris, 1900), e com o qual “comienza, una nueva etapa, la de los comparatistas”³³, os Sistemas de Direito foram classificados em 5 (cinco) grupos, a saber: Direito francês, direito anglo-americano, direito germânico, direito eslavo e direito muçulmano.

2.1. ARMINJON, NOLDE Y WOLF

Em seu *Traité de Droit Comparé*, PIERRE ARMINJON, BARON BORIS NOLDE e MARTIN WOLFF³⁴, depois de afirmarem que “la tâche du droit comparé en tant que science autonome doit avoir comme point de départ le groupement et le classement des très nombreux systèmes juridiques qui existent dans le monde”, relacionam algumas propostas apresentadas por vários estudio-

³¹ *Ob. cit.* p. 6.

³² Ver PIZZORUSSO, pp. 91-99.

³³ Cf. CAÑIZARES, *Iniciación al Derecho Comparado*. Instituto de Derecho Comparado. Barcelona, 1954, p. 49.

³⁴ *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1950, Tome I, p. 42.*

so para, em seguida, advertir que “l’objet de nos études et du classement que nous devons entreprendre est essentiellement le droit privé des peuples de civilisation moderne”³⁵.

Nesse sentido, entendem que “pour pouvoir rationnellement classer les systèmes juridiques modernes il faut les étudier en eux-mêmes, indépendamment des facteurs extérieurs géographiques, raciaux ou autres auxquels s’attachent, nous l’avons vu, de nombreux auteurs. Leur classement doit se faire en tenant compte de l’originalité, des rapports de dérivation et des ressemblances”³⁶.

Em seguida, escrevem: “Ayant distingué les systèmes que nous avons qualifiés de systèmes souches et ceux qui en sont dérivés, nous pouvons classer les systèmes juridiques en sept groupes ou familles: français, germanique, scandinave, anglais, russe, islamique, hindou”³⁷.

2.2. RENÉ DAVID

Sem dúvida alguma, um dos maiores estudiosos do Direito Comparado, RENÉ DAVID, em seu clássico livro *Les grands systèmes de droits contemporains*³⁸ refe-

³⁵ *Ob. cit.* p. 47.

³⁶ *Idem*, pp. 47-48.

³⁷ *Idem*, p. 49. Ver as breves considerações sobre cada uma das famílias, *ob. cit.* pp. 49-53.

³⁸ RENÉ DAVID et JALIFFRET-SPINOSIS, CAMILLE, *Éditions Dalloz, Paris, 10^e édition, 1982*, pp. 13-24. Há uma edição brasileira da Martins Fontes, São Paulo, 1993, na qual a matéria aqui tratada encontra-se as pp. 14-24, com a seguinte tradução: “O agrupamento dos direitos em família é o meio próprio para facilitar, reduzindo-os a um número restrito de tipos, a apresentação e a compreensão dos diferentes direitos do mundo contemporâneo. Porém, não há concordância sobre o modo de efetuar esse agrupamento, e sobre quais famílias de direitos se deve por conseguinte reconhecer. Alguns baseiam as suas classificações na estrutura conceitual dos direitos ou na importância reconhecida às diferentes fontes do direito. Outros julgam que estas diferenças de ordem técnica têm um caráter secundário, pondo em primeiro plano as considerações de conteúdo, o tipo de sociedade que se pretende estabelecer com a ajuda do direito, ou, ainda, o lugar que é reconhecido ao direito como fator de ordem social” (*ob. cit.* p. 17).

re-se a uma "diversité des droits contemporains", após o que doutrina: "Le groupement des droits en familles est propre à faciliter, en les réduisant à un nombre restreint de types, la présentation et la compréhension des différents droits du monde contemporain. L'accord pourtant n'est pas réalisé pour savoir comment effectuer ce groupement, et quelles différentes familles de droits il y a lieu en conséquence de reconnaître. Certains fondent leurs classifications sur la structure conceptuelle des droits ou sur l'importance reconnue aux différentes sources du droit. D'autres, estimant que ces différences d'ordre technique ont un caractère secondaire, mettent au premier plan des considérations de fond: le type de société que l'on entend établir à l'aide du droit, ou encore la place qui est reconnue au droit comme facteur de l'ordre social"³⁹.

E prossegue, após destacar que a noção de 'família de direito' não corresponde a uma realidade biológica, afirmando: "De façon pragmatique, nous nous bornerons à mettre en relief tout d'abord, brièvement, les caractéristiques essentielles qui permettent de reconnaître, dans le monde contemporain, trois groupes de droits principaux: famille romano-germanique, famille de la common law, famille des droits socialistes"⁴⁰.

Finalmente, RENÉ DAVID analisa cada uma das famílias apontadas, às quais acrescenta considerações sobre outros sistemas, a saber, *droits musulman, hindou et juif; Extrême Orient; Afrique noire et Madagascar*⁴¹.

2.3. FELIPE DE SOLÁ CAÑIZARES

Em sua já tantas vezes citada *Iniciación al Derecho Comparado*⁴², SOLÁ CAÑIZARES adverte que "teóricamente, y aun prescindiendo de los derechos que ya no están vigentes, el campo de la comparación es muy vasto, pues puede extenderse a todos los sistemas jurídicos contemporáneos", para, em seguida, entender que "pueden distinguirse tres grandes sistemas basándose en el espíritu común de los derechos que agrupan: sistemas occidentais, sistemas soviéticos y sistemas religiosos"⁴³, os quais, com base em seus ensinamentos, poderíamos estabelecer o seguinte quadro (subdivisões):

I) Sistemas Occidentais:	canos.
1. Common Law	II) Sistemas Soviéticos:
a)- Norteamérica;	1. URSS;
b)- Inglês.	2. Sistemas soviéticos.
2. Sistemas Romanistas.	III) Sistemas religiosos:
3. Sistemas de Derecho Romano.	1. Derecho canónico;
4. Sistemas Escandinavos.	2. Derecho musulmán;
5. Sistemas Íbero-ameri-	3. Derecho Hindu.
	IV) Sistema Chino ⁴⁴ .

42 Instituto de Derecho Comparado, Barcelona, 1954, pp. 169-176.

43 *ob. cit.* p. 169.

44 JOSÉ CASTÁN TOBENAS, em seu livro *Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental* - Instituto Editorial Revis, Madrid, 1957, pp. 13-15, oferece várias críticas ao posicionamento de CAÑIZARES, que merecem ser lidas KONRAD ZWIEGERT e HEIN KOTZ no livro *Introducción al Derecho Comparado - Los Principios Fundamentales* (Gulthé, 1992, pp. 76-92), analisam i) Sistemas jurídicos del mundo, a partir do critério etílico, considerando os elementos origem e desenvolvimento histórico; modo de pensamento característico e predominante; fontes de direito e método da sua utilização; ideologia e institutos jurídicos especialmente distintos.

39 *ob. cit.* pp. 15-16.

40 *ob. cit.* p. 16. Edição brasileira, p. 17.

41 *idem*, pp. 20-24. Edição brasileira, pp. 21-24.

2.4. CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ y MARGARITA VILLANUEVA COLÍN

Em seu já citado livro *Sistemas Jurídicos Comparados*⁴⁵, CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ y MARGARITA VILLANUEVA COLÍN, depois de reconhecerem a impossibilidade de “establecer una forma uniforme que sea ideal para cada punto de vista y que establezca una clara distinción entre familias”, advertem que “cualquiera clasificación resulta imperfecta y debe ser considerada en forma provisional para facilitar las descripción y comparación existente en un sistema legal”, propõem reunir as *famílias* em 5 (cinco) grupos, oferecendo breves comentários para cada um deles, conforme será visto a seguir:

1. *Familia neoromanista*: es la más antigua, la de mayor influencia y la más ampliamente distribuida. Se considera la tradición legal de mayor importancia no sólo por su influencia sobre sistemas legales nacionales, sino también porque há tenido gran impacto sobre el pensamiento legal internacional.
A esta familia pertenecen los países en los que la ciencia jurídica se há constituido sobre la base del derecho romano justiniano, al cual se integraron elementos germanos y canónicos a partir de la Edad Media cuando los invasores germánicos dieron a conocer sus ordenamientos jurídicos por una parte, y por la outra, la creación del *Corpus iuris canonici* (compilación de derecho canónico) basado en el *Corpus iuris civilis* (compilación de derecho romano encomendada por Justiniano). Una delas caracterís-

45 Ob. cit. pp. 6-7.

2. *Familia del Common Law*: Esta familia comprende el derecho inglés y los sistemas basados en él. Históricamente los orígenes del common law se remontan al año 1066 dC (fecha de la conquista normanda). El *common law* evolucionó por necesidad y se enraizó en la administración centralizada de Guillermo El Conquistador; el impacto de la erudición legal sobre el desarrollo del common law historicamente há sido insignificante. Es una tradición que fue diseñada por jueces, para jueces y como tal se há arraigado profundamente em la práctica de los jueces. Sin embargo, al paso de los años la preeminencia del juez dentro de common law há sufrido considerable disminución en términos del número de personas que viven dentro de los países que siguen esta tradición.
3. *Familia socialista*: El derecho de los sistemas que integran esta familia antes de la apación del socialismo tuvieron sus bases en la familia neoromanista. A partir de la Revolución rusa de 1917 se crearon los sistemas socialistas tomando en cuenta el materialismo dialéctico y teniendo como meta la transformación de la sociedad, los bienes de producción se colectivizan, la propiedad privada desaparece y el derecho público se impone sobre el privado. Actualmente esta familia se encuentra en vías de desaparecer.
4. *Sistemas mixtos*: Existen sistemas que por sus características no pueden pertenecer a una familia jurídica determinada ya que tienen elementos de dos o

más sistemas distintos. Por ello se denominan sistemas *mixtos o híbridos* ⁴⁶.

5. *Sistemas religiosos*: Éstos no constituyen una familia jurídica, sob independientes entre sí y ninguno de ellos agrupa una pluralidad de derechos nacionales. La característica de los sistemas religiosos es que no separan lo que los romanos llamaban el *ius* y el *fas* es decir el derecho secularizado y las normas de origen religioso”.

2.5. PATRÍCIA MARCELA CASAL

Em interessante livro intitulado *Sistemas Legales Contemporáneos* ⁴⁷, PATRÍCIA MARCELA CASAL traça importantes considerações sobre o conceito de sistema para, em seguida, e depois de inventariar alguns posicionamentos de outros autores, apresentar uma proposta de classificação que não se limita aos modelos do *Common Law* e do *Civil Law*, ou romanístico.

Assim, começa por afirmar que “las expresiones *Sistemas legales contemporáneos*, *Famílias jurídicas vigentes*, *Sistemas jurídicos contemporáneos* son utilizadas por los comparatistas para aludir a una misma realidad. Tienen para el Derecho Comparado una significación propia” ⁴⁸.

E prossegue: “Cotidianamente hablamos de *Sistema legal o sistema jurídico* argentino, español, francés, etc., para referimos al conjunto de normas o reglas que componen el Derecho positivo de un país (com un grado mayor

de amplitud, a los valores-principios básicos o fundamentales que informan a esas normas o reglas).

Ahora bien, dentro del ámbito próprio del Derecho Comparado estas expresiones implican el reconocimiento de que por encima de la variedad de los Derechos nacionales existe la posibilidad de agruparlos en razón de una cierta identidad. En otras palabras, son utilizadas para denominar a aquellos tipos a los cuales se reducen o agrupan los diversos Derechos positivos sobre la base de caracteres comunes” ⁴⁹.

Em outra passagem, leciona PATRÍCIA MARCELA CASAL: “De nuestra mirada hacia el pasado podemos concluir que:

- El criterio de clasificación no puede conformarse sobre la base de un único elemento.

- Las propuestas de los comparatistas de principios de siglo han quedado superadas, especialmente aquellas que centraban la solución en elementos o factores geográficos o raciales.

- Como expresa Raúl A. Ramayo, la primera característica que aparece en el estudio de los sistemas jurídicos es que no se trata de analizar los valores-principios básicos o fundamentales y dependientes de un determinado Derecho positivo, nacional o extranjero, sino de examinar qué tienen en común los Derechos positivos en cuanto a valores-principios básicos o fundamentales. En otras palabras, proceder a agrupar los Derechos positivos en sistemas, que pongan de relieve el *espíritu* que los une, lo cual permitirá la mejor comprensión de las normas o reglas que lo componen” ⁵⁰.

Finalmente, doutrina que “existe consenso entre los

46 *Idem* *ibidem*.

47 Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1996, pp. 29-53.

48 *Ob. cit.* p. 29.

49 *Idem*, pp. 30-31.

50 *Idem*, p. 39.

comparatistas que la mayoría de los ordenamientos positivos vigentes, vistos no como derechos extranjeros en particular sino amalgamados por una cierta homogeneidad, pueden ser agrupados en *los grandes sistemas legales siguientes*:

- a) Sistema continental europeo, de origen romanista.
- b) Sistema anglosajón (*Common Law*).
- c) Sistemas religiosos.
- d) Sistema marxista⁵¹.

Vale observar, por oportuno e interessante, o que diz a autora com relação ao sistema marxista: "Há muerto el marxismo?"

La historia es una crónica incesante de corrientes de pensamiento que declararon y anunciaron su muerte y otras que afirmaron su vigencia eterna.

Si bien los procesos vividos en la ex URSS hacen pensar que la filosofía marxista está en retirada, el debate sobre la permanencia de Marx y su posible retorno com estrategias distintas a las leninistas está instalado en la comunidad intelectual.

De lo dicho surge la conveniencia de mantener su estudio⁵².

51 *Ibidem*, p. 42.
52 *Ibidem*, p. 44.

2.6. CLÓVIS BEVILÁQUA e CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

Entre os cultores brasileiros do Direito Comparado, a classificação das *famílias de Direito* motivou reflexões de CLÓVIS BEVILÁQUA em seu *Resumo das Lições de Legislação Comparada*⁵³, bem como de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, este no artigo intitulado *Unidade da Cultura Jurídica Ocidental*⁵⁴.

Para CAIO MÁRIO, sem prescindir os aspectos ideológico e morfológico, que se completam mutuamente, os sistemas devem estar agrupados da seguinte forma:

- a) Grupo dos Direitos do sistema *romano-cristão*: abraça todas as legislações de filiação genética romana e de inspiração cristã;
- b) Grupo dos Direitos do sistema do *Common Law*;
- c) Grupo dos Direitos do sistema *soviético*;
- d) Grupo dos Direitos do *sistemas filosófico-religiosos* que subdivide-se em 3 (três) grupos:
 - d.1) - *sistema muçulmano* - direitos da comunidade islâmica e que tem o Alcorão como livro supremo;
 - d.2) - *sistema hindu* - realiza a filosofia bramânica;
 - d.3) - *sistema chinês* - expressão do pensamento filosófico confucionista.

Como dissemos ao iniciar o estudo das *classificações das famílias jurídicas*, há uma enorme quantidade de propostas apresentadas pelos cultores do Direito Comparado, cada um deles amparado em um ou mais critérios.

53 Recife, 1893-97, pp. 69-79.

54 Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, out/54, pp. 25 e seqs.

Essa variedade de posições, entretanto, não nos impede de fazer referência ao mapa organizado por JOHN GILISSEN⁵⁵, quanto à *distribuição dos sistemas jurídicos*, e no qual o referido autor identifica os sistemas que sofreram influência do *common law*, além dos direitos francês, espanhol, português, belga e holandês.

2.7. JOSÉ CRETELLA JÚNIOR

Autor de um pioneiro e importante livro intitulado *Direito Administrativo Comparado*⁵⁶, J. CRETELLA JÚNIOR é um dos defensores da concepção que enxerga o *Direito Comparado* como simples método, posição que retoma em seu *Curso de Filosofia do Direito*⁵⁷.

Nesse sentido, após tecer considerações sobre a *Filosofia do Direito Comparado*, afirma que “nossa classificação dos *sistemas de direito*, em geral, difere da classificação dos outros autores. Para nós, os sistemas são fundamentalmente dois: *sistemas de base romanística e sistemas de base não romanista*”⁵⁸.

E prossegue: “*Os sistemas de base romanística* repousam no direito romano e caracterizam-se por conservarem a nomenclatura daquele sistema do mundo antigo, bem como dos vários institutos que ainda permanecem com ligeiras modificações, como os romanos os estruturaram. Assim, não há que falar-se em *sistema francês*, como querem os autores franceses, nem em *sistema italiano*, nem em *sistema lusitano*, nem em *sistema espanhol* e nem mes-

55 *Introdução Histórica ao Direito*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1979, p. 22.

56 USP, 1972. Em 1973, foi publicada uma edição em francês - *Droit Administratif Comparé*. José Bushatsky Editor, São Paulo. Ver 4ª edição, Forense, 1990.

57 Forense, 1999, 5ª edição, pp. 221-240.

58 Cf. *Filosofia do Direito*, p. 239.

mo em *sistema belga*. Esses são ‘direitos’, não ‘sistemas’.

Todos esses *sistemas* são variações que repousam num *modelo*, *arquétipo* ou *protótipo*, que é o sistema romano. Por isso, tais estruturas são denominadas *sistemas de direito de base romanística*.

Os outros *sistemas* são os que não se fundamentam no sistema romano; portanto, *sistemas de base não romanística*. Como subdivisão desses sistemas temos o sistema do *common law*, que apresenta duas variações: o *sistema inglês* e o *sistema norte-americano*.

Outro ramo do *sistema de base não romanística* é constituído pelo *sistema de direito soviético*, *sistema de direito muçulmano*, *sistema de direito hindu* e *sistema de direito chinês*. Estes são os *sistemas* mais importantes do mundo moderno”⁵⁹.

3. O Direito Constitucional Comparado: algumas questões preliminares

Até o item anterior estivemos voltando nossas atenções para as classificações das *famílias de Direito*, considerando cada sistema jurídico como *um todo*, ou seja, em uma visão global.

Ao partirmos para a análise do *Direito Constitucional Comparado*, uma nova visão norteará nossas preocupações, ou seja, interessar-nos-á apenas uma parte do sistema jurídico total, o *sistema constitucional*, corretamente entendido como *subsistema do ordenamento total*⁶⁰.

59 *Idem*, pp. 239-240.

60 Tal não significa que possamos esquecer a possibilidade de analisar-se, dentro do sistema constitucional, um de seus aspectos, como, por exemplo, as relações entre Estado e Economia, a estrutura da Forma de Estado, etc...

Esta passagem nos impõe que relembremos uma questão preliminar de natureza epistemológica e que foi referida ao longo do capítulo II, ou seja, o de que a simples descrição dos diversos sistemas jurídicos não significa que estejamos fazendo *Direito Comparado*. Nesse caso, quando muito, estamos estudando *Sistemas Jurídicos Estrangeiros*, sem dúvida, elemento indispensável para que possamos empreender análises de *Direito Comparado*. Esse, porém, não deve ser confundido com a simples descrição do sistema. São dois tipos de interesse e só quando estejamos procedendo análises, confrontando e comparando semelhanças e dessemelhanças entre sistemas e/ou institutos, é que se constitui o verdadeiro e correto objeto material do *Direito Comparado*.

Por tudo isso, recordemos o que foi dito nas páginas À Guisa de Introdução: este livro encontrar-se-á composto de três partes, a saber: na primeira, estudamos a Teoria ou Epistemologia do Direito Comparado; na segunda, descreveremos alguns sistemas constitucionais estrangeiros contemporâneos; finalmente, na terceira, faremos algumas análises de institutos constitucionais em diferentes modelos, ou seja, à luz do Direito Constitucional Comparado.

Com uma posição semelhante àquela aqui exposta, JOSÉ GUILLERMO VALLARTA PLATA em livro intitulado *Introducción al Estudio del Derecho Constitucional Comparado*⁶¹, depois de observar que “el Derecho Comparado no es una rama de la ciencia jurídica, ni tiene analogía con otras ramas del derecho, ni tampoco es par-

61 Editorial Porrua, México, 1998, pp. 39-40.

te del Derecho Positivo de una nación”, aduz que “en conclusión, el Derecho Comparado no es otra cosa que la comparación de un sistema de derechos diferentes ao propio; es el método comparativo aplicado y susceptible de las más diversas aplicaciones, tantas, como sea el interés del comparativista”, pelo que, “el Derecho Constitucional Comparado tiene, por objeto, el estudio profundo de los ordenamientos constitucionales de los diversos países.

El método comparativo, en esta materia, se emplea para analizar y cotejar las normas e instituciones consagradas en los ordenamientos constitucionales del país en cuestión, con el evidente propósito de conocer sus características; además, evidenciar símiles o diferencias.

Algunos autores sostienen que cuando el método comparativo constitucional permite la construcción y elaboración doctrinal que transforme, de alguna manera, los principios y reglas de aplicación local, estamos entonces, ante una ciencia jurídica autónoma”⁶².

JORGE REINALDO VANOSSI, em artigo intitulado *Existe un Derecho Constitucional Comparado?*⁶³ distingue “tres niveles de significación” da expressão direito constitucional comparado, a saber:

62 Esta aplicação, em nosso modo de pensar, não é função do Direito Comparado enquanto estudo científico, mas sim, da política legislativa de cada Estado que, evidentemente, poderá e deverá lançar mão dos estudos comparados para aperfeiçoar-se através do fenômeno da Recepção Legislativa e melhor interpretar os institutos de outros ordenamentos que foram por ela (política legislativa) recepcionados.

Ver, a propósito, neste livro, o capítulo *Direito Constitucional como Ciência*, especialmente, o item sobre as *Funções do Direito Comparado*.

63 Revista “El Derecho”, Buenos Aires, t. 66, pp. 617-627.

“1) El derecho comparado como la *yuxtaposición* o el *inventario* de las existencias legales en otros países. Aquí se trata de la descripción de un objeto legal ampliado o ensanchado territorialmente: consiste en una mera confrontación de textos legales de diversos Estados. Es lo que bien puede llamarse legislación extranjera o derecho extranjero, como vía para el conocimiento – casi siempre positivo y no teórico – de las normas vigentes en otros países, a la manera de un mosaico normativo. Su utilidad es grande, aunque más lo es en el ámbito del derecho privado, como forma de incentivar o de asegurar las relaciones jurídicas multijurisdiccionales.

2) El derecho comparado entendido como el necesario punto de referencia para el mejor conocimiento de una o varias *instituciones*. Aquí estamos en la proyección dinámica del conocimiento referido en el punto anterior (que era meramente estático). En los países federales – por ejemplo – esta proyección se manifiesta también en el plano interno, a través de las relaciones entre el derecho público provincial y el derecho federal o nacional, como forma para el conocimiento comparado y en movimiento de las instituciones constitucionales.

3) El derecho comparado entendido como el método para la búsqueda de *sistemas*. Esta es la verdadera grandeza del comparativismo. Estimo que esta perspectiva del derecho comparado (que para mí es la más importante desde el punto de vista científico) es equivalente a una de las tendencias mencionadas por GARCÍA PELAYO, cuando se refiere a: La reducción de las Constituciones de los Estados particulares a grupos colectivos, pero cada uno de ellos dotado de propia singularidad con respecto a los de-

más, de modo que se opera mediante la reducción de singularidades colectivas, de tal modo que forma... conceptos colectivos frente a las individualidades que agrupa en su seno y conceptos individualizados frente a otras formas colectivas de ordenación jurídico-constitucional”⁶⁴.

Em seguida, afirma VANOSSI: “Si examinamos cuidadosamente los tres casos indicados, veremos que en todos ellos el comparativismo no es objeto, sino metodología. En el *primero*, con la dimensión de un simple *enfoque*, o sea, como medio o vía de acceso para el conocimiento del objeto legislado. En el *segundo*, con los alcances de una *técnica*, que es genérica pero también específica de la materia jurídico-constitucional. Pero sólo en el *tercero* tiene la dimensión de un verdadero método. Es recién en la búsqueda de sistemas donde el derecho comparado ofrece sus máximas posibilidades, brindando así el medio imprescindible para la determinación y la clasificación de los sistemas, como asimismo para el estudio próprio de cada uno de ellos” – conclui⁶⁵.

“A Constituição do Estado - afirma SANTI ROMANO em seus *Princípios de Direito Constitucional Geral*⁶⁶ - é objeto de diversas ciências jurídicas, que possam ser indicadas com a expressão '*direito constitucional*' - que designa não só a parte da ordenação estatal que acima se definiu, mas também as ciências que lhe são relativas - acompanhada às vezes de adjetivo que especificam a ciência de que se trata. Fala-se assim de *direito constitucional particular*, *direito constitucional comparado* e *direito constitucional geral*”.

64 *Id.*, cit. p. 819.

65 *Idem*, pp. 819-820.

66 *Ed. RT*, 1977, p. 13.

Realmente, sob a perspectiva jurídica, várias são as disciplinas constitucionais⁶⁷, muito embora, não seja possível traçar uma linha divisória absoluta entre elas, sobretudo, quando defendemos, como o temos feito, que não devemos confundir o *Direito Constitucional* com o *Direito da Constituição*. Porém, aceitando a enumeração apresentada pela Doutrina, vejamos em que consiste cada uma delas, nas quais, segundo GARCIA PELAYO, “se desenvolve o estudo do Direito Constitucional”.

Para o *Direito Constitucional Particular* seu objetivo é a interpretação e a sistematização e, em ocasiões, a crítica das normas jurídico-constitucionais vigentes em um determinado Estado, por exemplo, Espanha, França, Estados Unidos, Brasil. Trata-se, portanto, de uma das disciplinas - ao lado de outras - que estuda um *subsistema* do ordenamento jurídico-positivo total.

“É uma ciência prática, que consiste na verificação, na definição, no desenvolvimento, na coordenação e sistematização dos conceitos, dos princípios, das normas de todos os institutos, que, a despeito de abstratos, são sempre ‘positivos’, no sentido de que estão, efetivamente, contidos numa determinada constituição estatal, devendo em última análise, servir à exata interpretação e aplicação das normas que dele derivam aos casos concretos através da qual a ordenação daquele Estado tem eficácia”, segundo o magistério de SANTI ROMANO⁶⁸.

67 Consulta-se JORGE MIRANDA, *ob. cit.*, pp. 13-34.

68 *Ob. cit.*, p. 14.

É, como dizia PELLEGRINO ROSSI, “la tête de chapitre” de todo o Direito, enquanto que RODRÍGUES-ZAPATA, fixando o seu conteúdo, identifica-o em dois sentidos, a saber:

- a) *Contenido exclusivo*: La organización constitucional del Estado y otras materias que han sido usurpadas por otras ramas del Derecho más antiguas, pero que son genuinamente constitucionales. Así, la nacionalidad, fuentes del Derecho y teoría de la interpretación (materias ocupadas por el Derecho privado) y los derechos fundamentales y libertades públicas (que usurpan los tratadistas de Filosofía del Derecho).
- b) *Contenido concurrente*: Tiene que extenderse a todo lo que contenga la Constitución, ya que hace falta la sensibilidad del constitucionalista para abordar las cuestiones incluidas en ella, pero también otros aspectos anteriores o colindantes con la Constitución⁶⁹.

Em relação ao *Direito Constitucional Comparado*, sua “missão é o estudo teórico das normas jurídico-constitucionais positivas (porém, não necessariamente vigentes) de vários Estados, preocupando-se de destacar as singularidades e os contrastes entre elas ou grupo delas”.

Finalmente, o Direito Constitucional Geral “é uma espécie de teoria geral do Direito Constitucional democrático-liberal, que se faz possível graças a extensão deste regime a todos os Estados civilizados e a conseqüente

69 *Ob. cit.*, p. 52.

unificação na imagem jurídica do mundo expresso em uma espécie de Direito Constitucional Comum”, como ensina PELAYO. A propósito desse último, diz-nos AFONSO DA SILVA” que constituem seu objeto genérico, seu conteúdo, suas relações com outras disciplinas, suas fontes, a evolução do constitucionalismo, as categorias gerais do Direito Constitucional, a teoria da constituição (conceito, classificação, tipos, formação, mudanças, extinção, defesa, natureza de suas normas, estrutura normativa, etc.), hermenêutica, interpretação e aplicação das normas de Direito Constitucional, a teoria do poder constituinte, etc.”⁷⁰.

Aqui, novamente, é fundamental o que nos diz SANTI ROMANO: “no que diz respeito à sua natureza, é mister ressaltar que o direito público ou constitucional geral tem sido, não só inicialmente, mas também nos últimos tempos, concebido freqüentemente como disciplina mais filosófica do que jurídica. Tal caráter lhe é dado, sobretudo quando, deduzindo os seus princípios a priori, se presume que ele delinea o Estado de razão: o direito tomado em exame seria não o direito positivo, mas aquele natural ou ideal. Então, a expressão com que se designa a disciplina assim compreendida tem sido de “direito público universal” e, na verdade, este último adjetivo lhe indicava o caráter melhor que a designação “geral”. E, adiante, continua: “Pelo contrário, assume caráter mais jurídico, quando, tendo por base o direito comparado, delinea uma série de princípios, conceitos, instituições, que se encontram nos vários direitos positivos, para classificá-los e sistematizá-los numa visão unitária.

.....

⁷⁰ Ob. cit. p. 6.

O direito constitucional geral extrai de cada uma das constituições, para uni-las em categorias típicas, conceitos, figuras, princípios jurídicos que, se não absolutos e universais, são ao menos relativamente constantes e, por consequência, gerais e, neste sentido, comuns a um conjunto mais ou menos vasto de constituições tendo caracteres essenciais idênticos ou muito semelhantes”⁷¹.

Pelo visto, o Direito Constitucional Geral poderia ser, ao nosso ver, mais corretamente denominado de *Teoria Geral do Direito Constitucional*, ou seja, visará ele extrair o sumo, o comum a diversos ordenamentos jurídico-positivos. Dito de forma mais direta: o Direito Constitucional Geral ou Teoria Geral do Direito Constitucional irá identificar o que de comum existe em um número tanto quanto possível vasto de constituições no sentido jurídico-positivo. Nisso reside o seu “caráter filosófico” de que nos fala ROMANO, enquanto nós diremos de forma mais especializada, seu *conteúdo epistemológico*, já que não lhe faltariam preocupações com os conceitos da própria ciência constitucional e de seus pilares ou conteúdo.

Aí, mais do que nas outras disciplinas jurídico-constitucionais, as relações com a Teoria do Estado serão bastante íntimas, a ponto de se afirmar que “nos tratados de teoria geral do Estado estão contidos as mais notáveis pesquisas sobre o direito constitucional geral”⁷², do que é exemplo o próprio trabalho do tantas vezes citado SANTI ROMANO.

.....

⁷¹ Ob. cit. pp. 16/17.

⁷² ROMANO, ob. cit. p. 21.

AFONSO ARINOS DE MELO FRANCO no seu *Direito Constitucional - Teoria da Constituição - as Constituições do Brasil*⁷³ afirma, na tentativa de distinguir o *Direito Constitucional Geral do Direito Constitucional Comparado* que o primeiro "é uma projeção doutrinária do Direito Interno, sem que por isto se confunda com o Direito Público Internacional. É uma ciência teórica, e não positiva, pois vale-se das disposições positivas dos diversos Direitos Constitucionais para extrair conceitos, princípios e tendências gerais que servem ao progresso do estudo do direito Público", ao passo que o "Direito Constitucional Comparado analisa não uma, mas diversas Constituições, ou tipos de Constituição, para obter da comparação dessas normas positivas dados sobre semelhanças ou diferenças que são igualmente úteis ao estudo jurídico".

4. O Direito Constitucional Comparado e os critérios de seleção dos sistemas: a posição de RUFFIA.

Em sua clássica *Introducción al Derecho Constitucional Comparado*⁷⁴, PAOLO BISCARETTI DI RUFFIA, após analisar diversas premissas metodológicas referentes ao Direito Comparado, doutrina que "queda ahora por abordar una última y más difícil cuestión, aquella que concierne a la identificación de los criterios generales más convenientes para la orientación de las investigaciones comparativas", após o que faz referências às posições de PIERRE ARMINJON, BARON BORIS NOLDE e MAR-

TIN WOLFF, bem como às de RENÉ DAVID⁷⁵, já por nós expostas nos itens anteriores.

Em seguida, escreve RUFFIA: "Si realizamos un examen preliminar de los ordenamientos constitucionales contemporáneos, podemos comprobar su origen reciente"⁷⁶.

E prossegue: "Ahora bien, las distintas Constituciones expedidas en los países más diversos a partir de 1787 pueden ser distribuidas con facilidad en una serie concatenada de *ciclos constitucionales*⁷⁷ sucesivos, aun cuando es necesario resaltar que las Constituciones contemporáneas que tienen su origen en los primeros de los *ciclos* mencionados han sufrido posteriormente numerosas modificaciones (formales y no formales), de manera que en la actualidad se caracterizan por lineamientos propios de otras Constituciones surgidas en épocas más próximas a nosotros...

En consecuencia, puede demostrarse que la etapa del *constitucionalismo clásico* se desarrolló en el mundo moderno entre 1787 y el fin de la primera Guerra Mundial de acuerdo con cinco *ciclos sucesivos*, por medio de una serie de conceptos y de realizaciones que se perciben fácilmente en su progresividad lineal, incluyendo las siguientes Constituciones: *revolucionarias del siglo XVIII*

75 Ob. cit. pp. 91-92.

76 *Idem*, p. 93.

77 Vale recordar que, entre nós, PINTO FERREIRA nos seus *Princípios Gerais do Direito Constitucional Moderno* (Saravia, 8ª edição, 1983, vol. I, pp. 55-67) refere-se a diversos Ciclos Constitucionais, afirmando: "A doutrina dos ciclos constitucionais tem profunda importância para o direito público, melhor esclarecendo a sua essência e tendências evolutivas. O ciclo constitucional define-se pelo seu traço de originalidade e pela sua expansão no mundo das formas políticas, a exemplo dos ciclos constitucionais inglês, norte-americano, francês, alemão e soviético, como Constituições-típos, que têm servido de figurino ou modelos a outras nações" (ob. cit. p. 66).

73 Ed. Forense, 1976, pp. 15-16.

74 Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1996, p. 91.

(1789- 1799), *napoleônicas* (1799-1815), de la *Restauración* (1815-1830), *liberales* (1830-1848) y *democráticas* (1848-1918), entre ellas varias de de carácter *federal* (1848-1874); pero a partir de entonces las Constituciones se han orientado en direcciones diversas y contrastantes.

Así, al lado de las *Constituciones de la democracia racionalizada* posteriores a la primera Guerra Mundial (1919-1937) y de la *democracia social* de la segunda posguerra (de 1946 a la actualidad) - todas ellas en el ámbito de la mencionada *forma de Estado* de la *democracia clásica u occidental* -, a partir de 1918 han surgido las *Constituciones de la democracia marxista o socialista*, típicas de los países de la Europa centro-oriental y de algunos Estados de Asia, África o América; en tanto que las *Constituciones autoritarias* presentan en la actualidad un valor más bien histórico, ya que habiéndose desarrollado en Europa en el período que transcurre entre las dos guerras mundiales, sobreviven actualmente sólo en algunos países del Tercer Mundo, bajo formas bastante diversas y privadas de toda influencia ideológica seria.

A las anteriores - prossegue RUFFIA - puede agregarse un conjunto de recientes *Constituciones adoptadas por los países en vías de desarrollo*, las que se han inspirado en su mayoría en el constitucionalismo clásico (de acuerdo con el modelo británico, francés o norteamericano), aunque no les faltan aspectos derivados de las Constituciones socialistas, en un intento de recorrer con mayor rapidez, por esta vía, el largo camino que sobre el plano económico y social espera todavía de manera inevitable a estos países - que con frecuencia sólo han alcanzado su independencia recientemente -, si los comparamos con

los más evolucionados del mundo occidental o socialista europeo.

La cuádruple división que se ha mencionado (...) supera en la actualidad las clasificaciones formales determinadas todavía por el diverso origen histórico de los textos constitucionales respectivos, ya que describe una situación contemporánea que no es posible pasar por alto. Los estudiosos del derecho constitucional comparado no puede dejar de tener en cuenta las doctrinas político-económicas que han conducido a estas distinciones, las que determinan con frecuencia la adopción de concepciones totalmente antitéticas acerca de la naturaleza y de los fines del Estado.

También se podrá hablarse, según la preferencia de los diversos autores, ya sea de *formas de Estado*, de *regímenes políticos* o de *formas de organización socioeconómica*, pero debe considerarse que la contraposición sustancial de principios, estructuras y condiciones ambientales admite con dificultad la comparación fructífera de normas e instituciones efectuadas en relación con los ordenamientos estatales de los países pertenecientes a las cuatro categorías mencionadas.

Por el contrario, es posible realizar dentro de cada una de las mencionadas *formas de Estado* una serie de subdistinciones ulteriores, utilizando criterios diversos, como el de formas de gobierno, que no se encuentran determinadas, como en el caso precedente, por las diferencias sustanciales de conceptos y estructuras".

E finaliza RUFFIA: "La certeza de las afirmaciones mencionadas se demuestra también por el hecho de que, con diferencias parciales y algunos matices, han sido acogidas hoy

en día por los comparatistas más actualizados de los países del ámbito socialista”⁷⁸.

5. O posicionamento de L. IÑIGO CAVERO y T. ZAMORA RODRÍGUES

Em livro intitulado *Los Sistemas Políticos*, LATAILLADE IÑIGO CAVERO y TOMÁS ZAMORA RODRÍGUES⁷⁹ afirmam que “los estudiosos del Derecho Constitucional Comparado examinan el Derecho extranjero, en una primera aproximación, procediendo después a su contraste y comparación en grado diverso de profundidad y de técnicas de análisis, con el de su propio país o con los que consideran en su entorno o prototipos”.

Adiante, estribando-se em SÁNCHEZ AGESTA, doutrinam que “el método jurídico no puede llegar a dar explicación suficiente de tantos aspectos de la realidad política como se coligen de los fines y funciones que se le atribuyen. Por eso, al hablar de los contenidos del Derecho constitucional y para apoyar el análisis, han venido incorporándose enfoques de otras ciencias, tales como la Historia, en general, la Historia de las Ideas en particular, la Sociología, la Economía, etc., aunque ello, en estricto rigor científico, ya no constituye una metodología jurídica”⁸⁰, razão pela qual, utilizam, ao longo do trabalho, o conceito de *Sistema Político*.

78 *ob. cit.* pp. 80-84. Vale aqui mencionarmos dois estudos publicados entre nos na década de 80, mas que, apesar das modificações sofridas no mundo atual, continuam sendo de leitura oportuna: PINTO FERREIRA, *Contribuições ao Constitucionalismo Contemporâneo* (Tese 12, apresentada à X Conferência Nacional da OAB, Recife, 1984) e ANTÔNIO CARLOS WOLKMER, *Para um Paradigma do Constitucionalismo Ocidental* (“Revista Brasileira de Estudos Políticos”, Belo Horizonte, 1986, nº 82, pp. 43-53).

79 Editorial Universitas, S. A, Madrid, 1996, p. 6.

80 *ob. cit.* p. 70. Esta mesma posição temos defendido em diversos trabalhos, chegando mesmo a falar em uma Politização do Direito Constitucional. (Ver *Direito Constitucional e Instituições Políticas*, Ed. Jolovi, Bauru, 1986, pp. 63-64).

Partindo deste posicionamento metodológico, IÑIGO CAVERO y ZAMORA RODRÍGUES estabelecem o seguinte quadro, que vai examinado ao longo da obra:

1. Sistemas Políticos

Parlamentares:

- Sistema britânico;
- Sistema italiano;
- outros: Bélgica, Suécia, Portugal.

1.1. Parlamentarismo

Condicionado:

- Alemanha, Áustria, França.

2. Sistemas Políticos

Presidencialistas:

- Estados Unidos da América.

2.1. Presidencialismos

Iberoamericanos:

- México, Venezuela, Chile, Argentina.

3. Sistema Político

Convencional:

- Suíça.

4. Outros modelos de

Sistemas Políticos:

- Rússia, China.

5. Sistemas Políticos

do Terceiro Mundo:

- Islam.

6. O posicionamento de JORGE MIRANDA

Em seu já citado *Manual de Direito Constitucional. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais*⁸¹, JORGE MIRANDA observa que “com perto de 200 Estados formalmente soberanos na actualidade, todos com os seus ordenamentos particulares e quase todos revestidos

81 Tomo I. Coimbra Editora, 1996, 5ª edição, revista e aumentada, pp. 101 e segs.

de Constituições escritas, não é fácil surpreender um quadro suficientemente largo e preciso não só das múltiplas formas e instituições como das grandes coordenadas do Direito Constitucional, das tendências comuns e das aproximações possíveis para lá das semelhanças inevitáveis.

E, não obstante, é necessário levar a cabo tal tarefa quer se trate de trabalhos comparativos *ex professo*, quer (como aqui) de exposição perfunctória antecedente do estudo da formação do Direito constitucional português e dos grandes temas da teoria da Constituição”⁸².

Aponta o referido autor as perspectivas que se oferecem para alcançar a mencionada finalidade, a saber: “o recurso à Teoria Geral do Estado, a tipologia das formas políticas, a observação de experiências constitucionais, a formação de sistemas e famílias de Direito Constitucional”, fazendo a opção pela última das vias apontadas⁸³.

Em seguida, esclarecendo o *método de formação de famílias constitucionais*, ensina que esse “consiste, por um lado, em examinar o Direito Constitucional de um país tal como se apresenta na sua realidade de um sistema dotado de vida própria e, por outro lado, em tentar agrupar sistemas semelhantes ou afins num pequeno número de famílias ou tipos constitucionais”⁸⁴.

E prossegue afirmando que esse método “oferece uma tríplice vantagem. Baseia-se no Direito constitucional como um todo, embora tenha de escolher os elementos sobre que vai incidir a comparação; toma-o integrado no sistema jurídico a que pertence; visa descobrir a conti-

nuidade institucional, mas, ainda mais, a coerência actual de valores, conceitos e normas.

É um método que abre tanto para uma dimensão temporal quanto para uma dimensão espacial (de tendência universalizante) como nenhum outro e que, assim, se situa bem entre as tentativas de agrupamento de ordens jurídicas a que procede o Direito comparado. Contudo, tem de ser usado com prudência, por se terem tomado menos firmes os contornos de sistemas e famílias num mundo em mudança”⁸⁵.

Estabelece JORGE MIRANDA o que denomina “as fases pelas quais se desdobra o processo intelectual de agrupamento dos sistemas em famílias de Direito constitucional”, apontando-as:

- 1º) Observação dos sistemas constitucionais (não de todos necessariamente, mas de uma maior parte e mais significativa, na sua realidade e diversidade);
- 2º) Recolha de caracteres comuns e destrição de caracteres diferenciadores;
- 3º) Procura ou confirmação de sistemas com caracteres semelhantes;
- 4º) Sempre que essenciais os pontos de contacto, inclusão dos sistemas nas mesmas famílias - sendo, porém, imprescindível proceder a análise histórica e sistemática;
- 5º) Averiguação da possível existência de um sistema donde derivem historicamente os outros sistemas, por comunidade de origem, imitação, influência ideológica ou imposição;
- 6º) Com os elementos comuns aos vários sistemas integrados em cada família, construção da unidade dog-

82 *ib. cit.*, p. 101.

83 *idem*, p. 101.

84 *idem*, pp. 102-103.

85 *idem*, p. 103.

mática ideal correspondente a esta e sua consideração como sistema abstracto coerente”⁸⁶.

Por fim, para JORGE MIRANDA “não custa reconhecer a existência de quatro grandes famílias de Direito constitucional no século XX: a inglesa, a norte-americana, a francesa e a soviética”⁸⁷, as quais são por ele analisadas.

7. O posicionamento de BIDART CAMPOS e WALTER CARNOTA

Fiel ao seu entendimento tridimensional do Direito⁸⁸ GERMAN J. BIDART CAMPOS, em co-autoria com WALTER F. CARNOTA,⁸⁹ oferece interessante critério ao qual denominam de *Marcos Generales* para o estudo do Direito Constitucional Comparado, destacando, de logo, que “el derecho constitucional comparado que nosotros propugnamos no se encuentra enclausurado en las normas de la constitución documental”⁹⁰, após o que ensinam: “Por el contrario, fieles al realismo y al trialismo jurídico, visualizamos a un derecho constitucional de cara o solidario com la realidad existencial. Por eso podemos afirmar también que estado, en su sentido dinámico, es sinónimo no sólo a régimen político, sino a *constitución en su acepción material o real*.”

86 *idem*, pp. 107-108.

87 *idem*, p. 109.

88 Veja-se, a propósito, GERMAN J. BIDART CAMPOS, *Filosofía del Derecho Constitucional*, EDIAR, B. Aires, 1979.

89 *Derecho Constitucional Comparado – Tomo I*, Edekar, Buenos Aires, 1998, pp. 29-50.

90 Consultem-se a respeito deste âmbito do Direito Comparado, os capítulos deste livro sobre Direito Comparado como Ciência e a Pesquisa em Direito Comparado, onde a nossa posição está exposta e que é idêntica àquela defendida pelo referido autor.

La preanotada dimensión existencial que le imprimimos al derecho constitucional comparado nos obliga a detenemos, siquiera brevemente, en los marcos en que se despliega su capacidad ordenadora y estructuradora.

Sabemos que el derecho constitucional de cada estado es su causa formal, es decir, es aquel ingrediente aglutinante que lo informa, que le infunde organización y encuadre. Ahora bien, la pregunta clave a formular es ésta: *qué es lo que se organiza, estructura u ordena?*”⁹¹

Com este posicionamento doutrinário, BIDART CAMPOS e WALTER F. CARNOTA analisam “el territorio como uno de los supuestos del régimen político”, “el supuesto humano o población”, “cómo cambia el ejercicio del poder? Su influencia en el derecho”⁹², para, em seguida, já aí tratando “el derecho constitucional comparado como disciplina integradora”, escreverem: “Si hay una rama jurídica que está mejor posicionada para lograr síntesis integradora, es el derecho constitucional comparado. Captando analogías y diferencias, aprehendiendo datos culturales diversos, estableciendo patrones comunes, se logra el avance de los valores de libertad, de pluralismo político y social, y de solidaridad a los que debe aspirar toda comunidad”⁹³.

Já agora tratando de “una visión panorámica e interdisciplinaria”, são incisivos: “El derecho constitucional comparado, en cuanto confronta los ordenamientos jurídicos y los regímenes políticos existentes en el mundo, requiere de un conocimiento interdisciplinario de los

91 *Ídlicos no original*, p. 29.

92 *Ob. cit.* pp. 30-39.

93 *Idem*, p. 39.

marcos donde tales ordenamientos y regímenes se encarnan. El cuadro resulta amplísimo y, en consecuencia, difícil de ser abordado en su totalidad y plenitud. Modestamente hemos de procurar una prieta síntesis”⁹⁴.

Ressalte-se que no seu livro, os autores ao invés de descreverem sistemas constitucionais, utilizam-se da técnica que temos defendido, ou seja, voltam-se para o estudo de determinados temas, a saber, *Clases de Constituciones, Rigidez y Flexibilidad Constitucionales, Supremacia Constitucional, Control de Constitucionalidad, Desde el Constitucionalismo Clasico a la Actualidad, Las Mutaciones Constitucionales, El desarrollo, Estado e Iglesia, Monarquias y Repúblicas*.

Desnecessário dizer-se que todas as análises empreendidas, evidentemente, estão realizadas à luz de comparações dos principais ordenamentos constitucionais contemporâneos.

8. J. ASENSI SABATER e *La Época Constitucional: instituições e princípios no Direito Constitucional Contemporâneo*

Mais recentemente, JOSÉ ASENSI SABATER, em provocante livro intitulado *La Época Constitucional*⁹⁵, no capítulo intitulado *Herencias Constitucionales*, depois de destacar as relações entre o *Direito Constitucional* e o que denomina de *Cultura Constitucional*, amparando em HÄBERLE, leciona que “la constitución es la expresión

y la divulgación de una cultura, un marco para la producción y recepción cultural u un depósito de las transformaciones, experiencias y conocimientos culturales adquiridos. La ciencia del derecho y, encuadrandola, la Teoría de la Constitución, remiten a conexiones tanto de historia social y de las ideas como historias-culturales en general”. E afirma que “aunque la cultura constitucional se manifiesta sobre todo bajo formas jurídicas, dependiendo de ello su operatividad, abarca un contexto valorativo mucho más amplio”⁹⁶.

Não ficam aí, contudo, as observações de SABATER. Assim, em uma síntese que poderá funcionar como roteiro para qualquer macro análise de Direito Constitucional Comparado (repita-se, considerando-se as diversas famílias) identifica no que denomina Direito Constitucional Contemporâneo, “una série de instituciones y principios, entre los cuales, por vía indicativa, de una lista susceptible de ser ampliada y matizada, se podrían enumerar los siguientes: 1) – separación de la iglesia y el estado y, com ella, la esfera de lo moral de la esfera de lo jurídico; 2) – supremacía jurídica de la constitución, expresión de la voluntad soberana del pueblo sobre el resto del ordenamiento jurídico estatal; 3) – igualdad de los ciudadanos ante la ley: la ciudadanía es el título que legitima la adquisición de derechos y obligaciones, no la pertenencia a una corporación, grupo o clase determinada; 4) – los derechos humanos detentan el primado entre os valores que impregnan el ordenamiento jurídico, a cuyo servicio se subordina el poder po-

94 *Ibidem*, p. 40. Desta dificuldade do Direito Comparado tratamos quando estudamos o Micro e a Macro-Comparações, no capítulo Direito Comparado como Ciência.

95 Tirant lo blanch alternativa, València, 1996, p. 13.

96 *Ob. cit.* p. 15.

lítico; 5) – el principio de la mayoría es la técnica principal para la adopción de decisiones; 6) – garantía de la división de los poderes del estado; 7) – el poder legislativo reside en el parlamento electo; 8) – los derechos ciudadanos están tutelados frente a la actuación de los poderes públicos por medio de jueces independientes; 9) – las leyes pueden ser objeto de control para asegurar su adecuación a la constitución”⁹⁷.

O quadro traçado por ASENSI SABATER, evidentemente, que é resultado de análises macrocomparativas entre aquilo que chama de *Discursos Constitucionales* (expressão equivalente a *modelos constitucionais*), leva-nos muito próximos a uma *Teoria do Direito Constitucional Contemporâneo enquanto processo ou ordenamento*. Tal aspecto, entretanto, ao invés de se apresentar como algo negativo, apresenta-se-nos altamente positivo, visto que, a partir do instante em que comparações possam ser estabelecidas, inevitável será uma síntese a ser feita sobre o tema, considerando-se as realidades estudadas.

Nesse sentido, o referido livro de SABATER é de leitura indispensável ao correto exercício do Direito Constitucional Comparado, sobretudo porque, não fica a simples enumerações de características soltas, mas as agrupa, a ponto de poder falar, como já o dissemos, em *Discursos Constitucionales*.

97 *Idem*, pp. 24-25.

9. Civil Law e Common Law: semelhanças e dessemelhanças. Colocação inicial. As questões terminológica e geo-política

Ao estudarmos as denominadas *Famílias de Direito*, chamamos a atenção no sentido de que diversos autores apresentam propostas de classificação e que essas, em última análise, são explicáveis pelo fato de que o ordenamento jurídico representa, “un conjunto organizado y completo de normas de carácter coactivo y su función es la de ordenar la vida en sociedad com arreglo a una *determinada axiología*”, como observam RICHARD PLENDER e JOSÉ PEREZ SANTOS em seu livro *Introducción al Derecho Comunitario Europeo*⁹⁸.

Por ora, nossas preocupações estarão voltadas para uma análise da formação e dos principais aspectos que estão presentes nos sistemas do *Civil Law* e do *Common Law*⁹⁹, destacando, desde logo, e como assinala PATRÍCIA MARCELA CASAL¹⁰⁰, que “*la contraposición Civil law* (sistema continental europeo, de origen Romanista) – *Common Law* (sistema anglo-sajón) tiene vigencia y la confrontación (comparación) entre ambos surgirá claramente de la información aportada, aunque la aproximación entre ellos es en la actualidad cada vez más visible. El profundo acercamiento entre los diversos Estados y pueblos va atenuando las diferencias. Así, por ejemplo, si una diferenciación de la principal fuente del Derecho, centrándose en la ley (continental) y en el precedente ju-

98 Editorial Civitas, S. A, Madrid, 1995, pp. 32-33. Destaque nosso.

99 A análise da estrutura do modelo constitucional vigés encontra-se no capítulo O *Common Law*: os sistemas constitucionais da Inglaterra e dos EUA.

100 *Sistemas Legales Contemporáneos*. Editorial de Belgrano, Buenos Aires, 1996, pp. 45-46.

dicial (anglosajón), la realidad nos muestra la jerarquización de la jurisprudencia en el mundo continental romanista así como el aumento de la producción legislativa en los países del *common law*.

La Europa de la *supranacionalidad*, con Gran Bretaña integrando la Unión Europea, nos presenta un Derecho comunitario, com leyes (fruto de la obra de juristas que en su mayoría poseen formación continental romanista) que rigen en forma directa en la cuna del mundo anglosajón¹⁰¹.

No mesmo sentido, nos fala ROLAND SÉROUSSI (Introducción al Derecho inglés y norteamericano¹⁰¹) ao escrever que "el clásico debate de fondo en el que el *Common Law* se opone conceptualmente al Derecho escrito parece hoy, a finales del siglo XX, reductivista, si no simplista, ya que cada una de estas dos familias de Derechos, de acuerdo con su historia y sus intereses propios, ofrece numerosas ventajas, no exentas de grandes inconvenientes. Sin embargo, y debido a los numerosos rumbos del Derecho, se puede afirmar que el continental no está tan alejado del *Common Law*. Dentro de la rivalidad histórica de estas dos familias jurídicas se encuentran, en muchos puntos, claros espacios para la aproximación y la complementariedad (extensión de conceptos, armonización de textos jurídicos, comparación de las soluciones jurisprudenciales y de los procedimientos, intercambio de juristas).

Queda por saber si las fuerzas convergentes de los dos sistemas de Derecho se aprovecharán en un futuro próximo para solucionar los retos nacidos de los desco-

nocimientos mutuos. A estos efectos, el Derecho comunitario europeo puede ser un excelente laboratorio válido, a la vez, para la observación y el mestizaje¹⁰².

Apesar desta aproximação de que nos falam os citados autores, é inegável que tanto o *Civil Law* quanto o *Common Law* mantêm algumas características que são próprias de cada uma das famílias, podendo-se afirmar que o estudo do sistema do *Common Law*¹⁰², sem dúvi-

101 Editorial Ariel, S. A. Barcelona, 1998, pp. 9-10. Há uma 2ª edição francesa, *Introduction aux Droits Anglais et Américain* (Dumod, 1996), onde o A. já não repete o texto acima transcrito, e que constava da edição anterior (1994) e mantida, como visto, na edição espanhola.

102 Para maior aprofundamento, oferecemos a seguir uma pequena bibliografia sobre o sistema inglês: JOHN ALDER, *Constitutional & Administrative Law* The Macmillan Press Ltd., Second Edition, 1994; CARLETON KEMP ALLEN, *Las Fuentes del Derecho Inglés*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1969; CARLO AUGUSTO CANATA, *Historia de la Ciencia Jurídica Europea*, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, especialmente, cap. XIII - "La Transformación del Common Law y de la Equity en Inglaterra" (pp. 208-237. *Att. na Conclusão faz um paralelo entre o Common Law e o Civil Law*); HILAIRE BARNETT, *Constitutional & Administrative Law* Cavendish Publishing Limited, London, 1996; ANDREW BEALE, *Essential Constitutional Law* Cavendish Publishing Limited, London, 1994; JACQUES CADART, *Régime Electoral et Régime Parlementaire en Grande Bretagne*, Librairie Armand Colin, Paris, 1948; JORGE CARPIZ, *Lineamientos Constitucionales de la Commonwealth*, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas, 1971; ORLANDO M. CARVALHO, *O Mecanismo do Governo Britânico*, Ed. Os Amigos do Livro, Belo Horizonte, 1943; GIOVANNI CRISCUOLI, *Introduzione allo Studio del Diritto Inglese - Le Forme*, Giuffrè Editore, Milano, 1994; RUPERT CROSS and J. W. HARRIS, *Precedent in English Law* Clarendon Press, Oxford, 1991; JÚLIO CUETO RUA, *El "Common Law" - Su estructura normativa - su Enseñanza*, La Ley, Buenos Aires, 1967; INIGO DEL GUAYO CASTIELLA, *Judicial Review y Justicia Cautelar*, Marcial Pons, Madrid, 1997; ENRICO DELL'AQUILA, *Introducción al Estudio del Derecho Inglés*, Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992; JOSE LUIS DE LOS MOZOS, *Derecho Civil - Métodos, Sistemas y Categorías Jurídicas*, Editorial Civitas, Madrid, 1968 (especialmente, pp. 189-210); HELEN FENWICK, *Constitutional & Administrative Law*, Cavendish Publishing Limited, London, 2nd edition, 1995; JESUS ANGEL FUENTETAJA PASTOR, e JAVIER CARAMÉS GUILLEN, *La Regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña*, Editorial Civitas, Madrid, 1996; WILLIAM GELDART, *Introduction to English Law*, Oxford University Press, 1995; GREER, HOGAN, *Constitutional & Administrative Law*, Sweet & Maxwell, London, Fourth Edition, 1996; VICTORIA ITURRALDE SESMA, *El Precedente en el Common Law*, Editorial Civitas, Madrid, 1995; PHILIP JAMES, *Introducción al Derecho Inglés*, Editorial Temis, Bogotá, 1998; CARLOS JAUREGUI, *Generalidades y Peculiaridades del Sistema Legal Inglés*, Depalma, Buenos Aires, 1990; R. G. LEE, & M. STALLWORTHY, *Constitutional & Administrative Law* Blackstone Press Limited, 4th edition, London, 1995; JORGE MIRANDA, *Manual de Derecho Constitucional - Tomo I. Preliminares. O Estado e os Sistemas Constitucionais*, Coimbra Editora, 5ª edição, 1996; ALBERT NOBLET, *La Democracia Anglaise*, Librairie Delegrave, Paris, Edição portuguesa intitulada *A Democracia Inglesa*, Coimbra Editora Ltda., 1963; MENAUT PEREIRA, *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho - Universidad Complutense, Madrid, 1992; JOSE JULIO SANTA PINTER, *Sistema del Derecho Anglosajón - Análisis esquemático*, Depalma, Buenos Aires, 1956; LORDE LESLIE SCARMAN, *O Direito Inglês - Nova Dimensão*, Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1978; E. C. S WADE, and A. W BRADLEY, *Constitutional & Administrative Law* Longman Group Limited, London, Fifth Impression, 1995.

da alguma, é bastante interessante para nós que vivemos o *Civil Law*, diretamente ligado ao denominado sistema romanista. Por outro lado, a vivência junto a um dos modelos faz com que a compreensão do outro se apresente dificultada, como observa R. CH. VAN CAENEGEN no livro *El Nacimiento del Common Law Ingles*¹⁰³ ao escrever que “para los juristas de países no anglosajones, el *Common Law* tradicional es casi incomprensible – Bentham habló de su ‘incognoscibilidad’ – porque no hay códigos que lo abarquen, circunstancia que hizo que los japoneses le dieran la espalda bajo el gran modernizador Meiji a cambio de los códigos continentales. Aunque los ingleses por su parte también comparten plenamente esta incomprensión mezclada con aversión, en todo lo que se refiera a la ‘jungla extranjera del Code Civil’ – cito la frase usada por un corresponsal de la BBC en un programa sobre las consecuencias jurídicas de Gran Bretaña al adherirse al Mercado Común Europeo”.

Referindo-se a esta dificuldade do jurista continental em relação ao *Common Law*, CARLOS JÁUREGUI (Generalidades y Peculiaridades del Sistema Legal Inglés¹⁰⁴) escreve que “debo señalar, desde ya, que comprender o entender este mundo jurídico inglés no es fácil, ya que aparte de tratarse de un sistema legal que se aparta en gran medida del sistema romanista, nos encontramos com que las fuentes de la ley inglesa están dispersas (costumbre, *common law*, equidad, precedentes obligatorios, legislación). Además la ley inglesa no está codificada, al menos en el estilo dogmático y sistemático en que lo es-

tán las leyes de los países continentales, corporizadas en códigos civiles, penales, procesales y administrativos.

Y outro inconveniente para la cabal comprensión – entre muchos otros – es la traducción al castellano de las palabras y frases legales inglesas”¹⁰⁵.

NORBERT ROULAND, em sua *Introduction historique au droit*¹⁰⁶ é taxativo: “Le droit anglais doit être abordé avec précaution par le juriste française, tant il est éloigné de ses catégories mentales”, o que, igualmente, se aplica, ao jurista brasileiro.

A dificuldade apontada por JÁUREGUI no tocante ao domínio das “palabras y frases legales inglesas”, se não é privilégio aplicável àqueles que irão estudar o modelo britânico, mas a todo ordenamento jurídico estrangeiro, indubitavelmente nesse caso assume posição acentuada, exatamente, em razão dos elementos caracterizadores deste.

Aliás, a esse aspecto já fizemos referência em diversas oportunidades quando destacamos o domínio da língua como necessário aos estudos comparados, razão pela qual, deverá o pesquisador voltar-se sempre para aqueles

103 Bastante interessante é o livro de ENRIQUE ALCARAZ VARO intitulado *El Inglés Jurídico – Textos y documentos* (Editorial Ariel, 1996, 3ª edición revisada y actualizada), no qual o autor, antes de entrar nos assuntos referentes ao título da obra (cap. V e seq.), aborda os seguintes temas: El Derecho y las Leyes (pp. 1-14), Organización y Administración de la Justicia Inglesa (pp. 15-34), El Procedimiento Penal (pp. 35-55) e El Procedimiento Civil (pp. 56-71).

Mencione-se, ainda, quanto à terminologia, que PATRÍCIA KINDER-GEST, em livro intitulado *Droit Anglais – 1/ Institutions Politiques et Judiciaires* (LGDJ, Paris, 3ª edición, 1997), mas escrito em inglês, faz constar do mesmo um Glossary, no qual relaciona a terminologia jurídica utilizada no texto, dando seu correspondente em francês (pp. 567-622).

Identicamente, no livro de CAENEGEN existe um glossário, organizado por J. L. MORENO-TORRES SÁNCHEZ.

106 Presses Universitaires de France, 1998, p. 306.

103 Universidad Complutense – Facultad de Derecho, Madrid, 1998, p. 131.

104 Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 4.

sistemas cujo idioma seja conhecido, sendo que, em nosso livro Instituições de Direito Constitucional Brasileiro¹⁰⁷, tratando da questão de forma mais ampla, porém, aplicável ao presente caso, escrevemos: Diferentemente do que ocorre com outras áreas do ensino universitário, a formação do futuro Bacharel em Direito traz em si um ponto que a torna ímpar: referimo-nos ao fato de que, enquanto nos demais cursos universitários o estudante defrontar-se-á com um *prolongamento* daquelas disciplinas que já foram vistas no curso secundário, no curso de Direito encontrará ele uma realidade que lhe é, totalmente, inédita, ou seja, que não guarda nenhuma relação com aquelas informações com que já tivera contato antes de ingressar na Universidade.

Em outras palavras: enquanto, por exemplo, em um curso de Medicina o aluno encontrará, de um lado, algumas disciplinas que lhe são desconhecidas (ex: Cirurgia), por outro, mesmo nessas trabalhará ele através de conceitos que já adquirira em outros campos do conhecimento científico (ex: Biologia); na Engenharia o fato se repete, pois, em última análise, trabalhará ele com elementos que lhe são conhecidos desde os primeiros anos dos bancos escolares, a saber, a Matemática, ao lado da qual, os conhecimentos de Física e Química serão necessários, mas já conhecidos (embora em nível mais elementar), desde muito antes de entrar na Universidade.

Nesse quadro, pode-se afirmar que o estudante do curso jurídico estaria em posição idêntica àquela de um aluno de língua estrangeira, que, apesar de saber falar a

sua, ao iniciar os estudos ingressa em um universo totalmente novo, no qual o primeiro passo a ser obtido será o conhecimento do vocabulário necessário para o futuro domínio do idioma.

JAVIER PÉREZ ROYO (*Curso de Derecho Constitucional*¹⁰⁸), utiliza de uma simbologia, ao afirmar que o Direito é "*un estudio que se hace en un idioma 'extranjero'*", e escreve: "El Derecho es simultáneamente una ciencia y una ingeniería social y el jurista tiene que contemplar, en consecuencia, su objeto de estudio de la misma manera que el científico y el ingeniero contemplan la naturaleza: de una manera científica y técnica. La diferencia entre unos y otros radica en que, mientras el científico y el ingeniero disponen de instrumentos cada vez más sofisticados para analizar su objeto de estudio, el jurista no dispone nada más que de la palabra".

E prossegue: "El jurista tiene además que dominar el lenguaje jurídico. Tiene que acabar moviéndose con comodidad y fluidez en dicho lenguaje, si quiere ejercer su oficio con solvencia. Hacer uso del vocabulario jurídico con precisión es lo que denota la presencia de un buen jurista, lo que diferencia ante todo al buen jurista del que no lo es"¹⁰⁹.

E finaliza PÉREZ ROYO¹¹⁰: "Justamente por eso, porque el aprendizaje del Derecho es el aprendizaje de un idioma extranjero, es por lo que las técnicas de enseñanza y estudio se asemejan bastante a las técnicas de enseñanza y estudio de un idioma extranjero".

107 Jurid Editora, vol. 1, 1999, pp. 29-30.

108 Marcial Pons, Madrid, 2ª edición, 1995, p. 17.

109 *Id.* cit. pp. 17-18.

110 *Idem*, p. 18.

As dificuldades apontadas, entretanto, não retiram a observação feita pelo próprio CARLOS JÁUREGUI no sentido de que "la ley inglesa puede ser considerada como uno de los sistemas más grandes conocidos. En importancia, posiblemente iguale a su más grande rival, esto es, el derecho romano"¹¹¹, sendo que ENRICO DELL'AQUILA em sua *Introducción al Estudio del Derecho Ingles*¹¹² escreve que "para el jurista que se haya formado dentro de un ordenamiento comprendido en la que há sido llamada la familia romanista, ofrece un interés extraordinario el estudio del Derecho ingles. En efecto, su aprendizaje le permite adquirir un conocimiento más amplio del fenómeno jurídico en sus diferentes aspectos y, estando en condiciones de mirarlo desde un punto de visto distinto, puede ahondar más en el mismo Derecho con el cual comenzó sus estudios".

Um ponto preliminar deverá ser destacado: a expressão *Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda* (United Kingdom of Great Britain and Ireland) é o nome oficial do Estado constituído por ambos, após o *Ato da União*, datado de 1800, sendo que a *Grã-Bretanha* (a maior das ilhas), abrange a Inglaterra, o país de Gales e a Escócia.

A propósito, escreve ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT, em monografia intitulada *El Ejemplo Constitucional de Inglaterra*¹¹³: "Comenzaremos com una aclaración previa acerca del empleo de las palabras Inglaterra, Gran Bretaña y Reino Unido. El Reino Uni-

111 Ob. cit. p. 4.

112 Secretariado de Publicaciones, Universidad de Valladolid, 1992, p. 41.

113 Servicio publicaciones Facultad Derecho, Universidad Complutense Madrid, 1992, p. 3.

do de la Gran-Bretaña e Irlanda del Norte es, como su nombre indica, una unión bajo una Corona, que al revés que la Union americana, no tiene carácter federal. La forman, como su nombre indica, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, y la Gran Bretaña se divide, a su vez, en las siguientes unidades políticas menores: Inglaterra, que es un reino; Escócia, outro reino y Gales, que es un principado. Irlanda del Norte o Ulster (Ulster: antigua provincia que resultó partida, quedando una pequeña parte al outro lado de la actual frontera) es una provincia. Los extranjeros llamamos a menudo Inglaterra a todo ese conjunto, pero, en realidad, *England* es sólo Inglaterra; *Britain o Great Britain* es la Isla entera (o sea, Inglaterra, Gales y Escócia), y *United Kingdom* ('Reino Unido') es la Isla, más Irlanda del Norte. Las pequeñas islas del Canal y Man, en sentido estricto, no pertenecen a Inglaterra, si siquiera al Reino Unido, pero sí a la Corona. El término 'Islas Británicas', que incluye también Irlanda y disgusta a los irlandeses, es puramente geográfico y no dice nada, por tanto, desde el punto de vista constitucional".

Adiante, já com os olhos mais voltados para a realidade constitucional, prossegue PEREIRA MENAUT: "La costumbre continental de usar intercambiablemente Inglaterra, Gran Bretaña y Reino Unido, debería evitarse, al menos cuando pueda inducir a confusiones serias. Com todo, conviene tener en cuenta que, aunque hoy lo más exacto sería decir siempre *Constitución del Reino Unido*¹¹⁴, la Constitución es, o al menos fue, más inglesa que de las otras partes: el *Common Law* es específica-

114 Destaque nosso.

mente inglês – Escócia, por exemplo, no es un país de *Common Law* -, el *Rule of Law* y el principio de la soberanía o supremacía del Parlamento, también; lo que no impide que la influencia inglesa sea la dominante en todo el Reino Unido”¹¹⁵.

Insista-se: neste esquema a que chamaríamos *geopolítico*, o *Reino Unido da Grã-Bretanha e a Irlanda*¹¹⁶ adotam o *Common Law*, enquanto a Escócia encontra-se vinculada ao sistema de tradição românico-canônica. A propósito, ensina o já citado ENRICO DELL’AQUILA¹¹⁷: “Conviene aclarar en seguida que por ‘Derecho inglés’ queremos indicar el ordenamiento jurídico que rige en Inglaterra y en Gales. Es sabido, en efecto, que en Escocia el Derecho nada tiene que ver com el common law inglés ya que, análogamente a lo que ocurrió en Europa continental, aquél deriva de la tradición romano-canónica y pertenece por consiguiente a la familia de los Derechos romanistas”.

Finalmente, RENÉ DAVID na monografia *Le Droit Anglais*¹¹⁸ ensina que “le droit anglais est le droit applicable en Angleterre et au Pays de Galles. Ce n’est ni le droit des pays de langue anglaise ou de Commonwealth, ni même celui du Royaume-Uni ou de Grande-Bretagne. Les droits du Commonwealth sont parfois proches du droit

anglais, mais ils peuvent aussi en différer profondément. Le droit de l’Irlande du Nord et celui de L’île de Man sont très proches du droit anglais, mais celui de l’Ecosse en est très différent, comme en diffère aussi le droit des îles anglo-normandes”.

9.1. O *Common Law*: sentidos da expressão

Uma observação preliminar deve ser trazida à colação, no momento em que passaremos a estudar a expressão *Common Law*, qual seja a de que essa não deve ser confundida nem entendida como o *sistema inglês*, exatamente em razão de vários motivos, a saber: a) – embora nascido na Inglaterra, o *Common Law* se aplica a vários Estados; b) – não deve ser confundido como *britânico*, tendo-se em vista que essa expressão diz respeito a Grã-Bretanha, entidade política que engloba a Escócia, a qual, por sua vez, adota e está incluída no sistema românico-germânico; c) – finalmente, não deve ser identificado com a expressão *anglo-saxão*, em razão de que essa refere-se ao sistema de direitos que regiam as tribos, antes da conquista normanda da Inglaterra, ou seja, anterior à criação do *Common Law* naquele país.

DANIÈLE FRISON (*Droit Anglais, Institutions Politiques*¹¹⁹) ao tratar das *Définitions*, adverte que “par ‘droit anglais’ (*English law*), on entend le droit appliqué en Angleterre (*England*) et au Pays de Galles (*Wales*). Ce n’est pas le droit de l’ensemble du Royaume-Uni (*the United Kingdom*), ni même de la Grande-Bretagne (*Great Britain*). Le droit anglais n’inclut pas, em effet, les

115 *Op. cit.*, p. 4. Interessante é a análise que faz MARTA MORINEAU em seu livro *Uma Introdução ao Common Law* (Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 35-65), quanto à Penetración del Derecho Inglés en el mundo y Formación de la Familia Jurídica del Common Law.

116 Vale lembrar que os ingleses chamam seu sistema de governo de United Kingdom of Great Britain and Northern Island.

117 *Op. cit.*, p. 41.

118 *Presses Universitaires de France, Col. Que sais-je?, septième édition révisée, 1994, p. 3. Há uma edição brasileira da Martins Fontes, O Direito Inglês, 1997.*

119 *Edition Marketing, Paris, 1993, p. 5.*

droits em viger em Irlanda do Nord (*Northern Ireland*) ou dans l'Île de Man (*the Isle of Man*), qui sont très proches du droit anglais, à quelques variantes près, ni le droit de l'Écosse (*Scotland*), qui en est très différent dans plusieurs domaines, notamment en matière de contrats et de successions.

Le droit anglais n'est pas non plus le droit de l'ensemble des pays de langue anglaise ni des pays du Commonwealth, même si ceux-ci s'en sont inspirés dans une large mesure.

Une chose est sûre: en dépit de son champ d'application géographiquement limité, le droit anglais constitue la base du droit de la plupart des pays de langue anglaise. Même lorsque ces pays sont devenu indépendants de l'Angleterre et ont élaboré leur droit propre, l'influence du droit anglais est demeurée: ils ont conservé la même manière de concevoir le droit, les mêmes concepts juridiques et les mêmes méthodes que les juristes anglais. Ce sont tous des 'pays de *common law*' (*common law countries*), influencés par la *common law* anglaise, même si, aujourd'hui, chacun dispose d'un système juridique qui lui est propre".

Em seguida, prossegue: "Par 'institutions britanniques' (*British institutions*), il faut entendre, au delà des institutions juridiques, l'ensemble des institutions communes à l'ensemble du Royaume-Uni, entité politique, constitutionnelle, qui regroupe l'Angleterre, le Pays de Galles, l'Écosse et l'Irlande du Nord. Sous cette rubrique, entrent donc celles des institutions judiciaires qui sont communes aux pays qui forment le Royaume-Uni (comme, par exemple, la Chambre des lords em formation judici-

aire), et les organes législatifs et exécutifs britanniques, à savoir: le Parlement d'une part et les différentes composantes du pouvoir exécutif d'autre part"¹²⁰.

GUIDO FERNANDO SILVA SOARES, (*Common Law – Introdução ao Direito dos EUA*¹²¹), por sua vez, observa que "são incorretas as denominações que se seguem para designar a *common law*: não é um direito anglo-saxônico (pois este era o direito das tribos e reinos da Inglaterra, antes da conquista normanda no século X, e que conviveria com a *Common Law* nos seus primórdios e que até hoje pode ser invocado em matéria de usos estritamente locais na citada Inglaterra); igualmente não é direito inglês, porque engloba outros países independentes, como a República da Irlanda (Eire) e vários outros, como os EUA".

Em seguida, arrematando essa questão a que denominamos de geo-política, escreve: "Isso dito, é mister enumerar os países que pertencem à família da *Common Law*: Austrália, Nova Zelândia, Canadá (Província de Quebec), Índia, Paquistão, Bangladesh, Quênia, Nigéria, Hong Kong, Guiana, Trinidad e Tobago e Barbados, dentre outros. Os EUA, salvo o Estado da Louisiana, são considerados um sistema misto, conquanto pertencente à *Common Law* (e a Escócia, Israel, África do Sul e Filipinas). Nos EUA, as antigas possessões espanholas, como a Califórnia e o Texas, embora reflitam, em alguns aspectos dos direitos de família, algo das leis dos antigos colonizadores, certamente são do sistema da *common law*; a Louisiana, contudo, dentro dos EUA, é o único Estado da

120 *Ob. cit.*, p. 8.
121 *Id. RT*, 1999, p. 51.

Federação que se conservou fiel aos primeiros colonizadores franceses e espanhóis, uma vez que pertence à família dos direitos romano-germânicos (da mesma forma, Porto Rico, que é um Estado Associado)¹²².

JOSÉ HUMBERTO ZÁRATE, PONCIANO OCTÁVIO MARTÍNEZ GARCIA, y ALMA DE LOS ÁNGELES RÍOS RUIZ, no livro *Sistemas Jurídicos Contemporâneos*¹²³ apontam diversos sentidos da expressão *Common Law*, a saber¹²⁴:

- como uma tradição jurídica surgida na Inglaterra no séc. XI e ao qual aderem numerosos sistemas jurídicos que integram a família do mesmo nome;
- conjunto de precedentes ditados pelos tribunais de um determinado sistema jurídico (ex.: Inglaterra, Estados Unidos, Canadá) e que se emprega para distingui-lo da normatividade legislada, produzida pelo Poder Legislativo desse mesmo sistema;
- entendido como subsistema de jurisprudência diferenciado da *equity*;

122 *Ob. cit.* p. 52. Interessante é a leitura do texto em que o A. compara o sistema inglês com o sistema americano, *ob. cit.*, pp. 31-53. OLIVIER DUHAMEL (*Droit Constitutionnel et Politique*, Éditions du Seuil, Paris, 1993) escreve que "quatre nations, un royaume: l'Angleterre, le pays de Galles sur son flanc ouest, l'Irlande du Nord au-delà, l'Écosse du Nord, les Îles Britanniques réunissent quatre nations jadis indépendantes au sein d'un État unitaire: le Royaume-Uni. The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland, la dénomination officielle de cet État devrait nous conduire à ne parler que du 'Royaume-Uni', comme on le fait à Bruxelles ou sur la scène internationale. Le langage courant préfère souvent l'expression 'Grande-Bretagne', ou se contente du terme 'Angleterre' (England), synecdoque pour désigner le tout par sa principale composante - les intéressés disent plutôt Britain ou, plus simplement encore, our country".

123 Mc Graw Hill, México, 1997, pp. 102 e 103.

124 Interessante análise sobre o tema é feita por ARTHUR R. HDGUE no livro *Origins of the Common Law*, Liberty Fund, Indianapolis, 1986, no qual, o autor discute o que não é e o que é o Common Law (pp. 186-190).

- concebido como o direito antigo dos sistemas jurídicos, com o objetivo de diferenciá-lo do direito moderno.

Em livro intitulado *El Derecho Angloamericano*¹²⁵, ÓSCAR RABASA, depois de observar que a expressão *Common Law* pode ser traduzida como *direito comum*, adverte, entretanto, que não deve ser confundida com a mesma expressão quando tomada no direito mexicano, para, em seguida, doutrinar em texto longo, mas esclarecedor: "El término *common law* se emplea en varios sentidos para designar: a) – El derecho angloamericano en su totalidad, distinto del sistema jurídico romano y sus derivados tanto en Europa como en América, así como de los demás sistemas en el mundo; b) – El elemento casuístico del derecho angloamericano constituido por los precedentes judiciales, o sea, la jurisprudencia de los tribunales angloamericanos, a distinción de las leyes promulgadas formalmente por el legislador; c) – El derecho formado por las decisiones y precedentes judiciales aplicados por los clásicos tribunales ingleses llamados *common law courts* (*King's Bench*, *Common Pleas* y *Exchequer*) y los modernos tribunales de igual categoría tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos, en contraposición con el derecho constituido por la jurisprudencia de los tribunales de *Equity* (Derecho-Equidad), almirantazgo, derecho marítimo, derecho canónico, etc. d) – El antiguo derecho en Inglaterra y en los Estados Unidos, a distinción de los preceptos introducidos en épocas recientes, por la legislación o la jurisprudencia"¹²⁶.

125 Editorial Porrúa S/A, México, 1982, segunda edición, pp. 25-30.

126 *Ob. cit.* pp. 25-26.

E prossegue: "Ademais, en la fraseología legal angloamericana se advierten como términos contrapuestos estos otros: *common law*, o sea, el derecho común anglosajón, y *civil law*, cuya traducción literal es: derecho civil. En el léxico jurídico angloamericano la denominación *civil law* tiene dos significados diversos; uno quiere decir simplemente la rama civil del derecho angloamericano, lo mismo que en el nuestro, y el outro es la denominación que tanto en Inglaterra como en los Estados Unidos se da en general a todo sistema legal de origen romano. En suma, esos países aplican a su próprio derecho el nome genérico de *common law*, y al tipo romano vigente en todo el resto del mundo civilizado lo denominam *civil law* en general.

Se distinguen, asimismo – continua RABASA –, entre sí, *common law*, que es el derecho común estricto angloamericano, e *equity*, que en el sistema jurídico a que aludo no es el concepto ético, filosófico o científico de justicia universal, como usualmente es conocido este concepto en los otros sistemas, sino el nombre técnico de la rama del derecho anglosajón que se formó a través de la jurisprudencia de los jueces ingleses y norteamericanos, primitivamente mediante la aplicación de los principios abstractos de la equidad para suavizar el rigorismo del viejo derecho común inglés, y en etapas subsecuentes, por una categoría especial de principios de la jurisprudencia inglesa y norteamericana supletorios del *common law*, o derecho estricto. De manera que *equity*, en la actualidad, es esa rama del derecho angloamericano, tan técnica y jurídica como la outra denominada *common law*, que aplican en Inglaterra y en los Estados Unidos los

tribunales de equidad, llamados *courts of chancery* en Inglaterra y *courts of equity* en los Estados Unidos. Por ser, pues, um derecho técnico en realidad y no una ley de orden moral o ético únicamente, considero conveniente llamarlo, para evitar la confusión mental que la connotación de ese término en nuestra fraseología jurídica pudiera ocasionar, no 'equidad' a secas, sino 'derecho-equidad', pues su contenido está formado por estos dos elementos".

Finalizando, arremata o referido autor: "Otras denominaciones del lenguaje jurídico inglés que deben distinguirse son: *common law*, *statute* y *act*. Los anglosajones emplean las palabras *statute* y *act*, generalmente, para denominar las leyes concretas que expiden el Parlamento en Inglaterra y el Congreso y las legislaturas estatales en los Estados Unidos; así que se caracterizan estas palabras en que señalan la parte legislativa del derecho anglosajón, para distinguirla de la jurisprudencia, o ley de los precedentes y decisiones judiciales, que particularmente queda comprendida dentro de la denominación de *common law*, en una de sus acepciones técnicas especiales antes mencionadas"¹²⁷.

As considerações feitas por OSCAR RABASA – em texto longo, como se disse – tiveram em si, não só o mérito de esclarecer os sentidos da expressão *common law* no Direito Inglês, mas o de comparar seu uso pelo Direito Americano, além de enfrentar outros vocábulos existentes no primeiro dos sistemas mencionados.¹²⁸

127 Cfr. *id.* pp. 26-27.

128 É recomendável a leitura total do livro, sobretudo porque abordando os direitos inglês e americano, o autor o faz de forma bastante profunda sem, contudo, deixar de ser clara e didática. Ademais, na Quarta Parte enfrenta as Analogias Constitucionais entre el Derecho Mexicano y el Norteamericano (pp. 583-656). Ver ainda, GLAUCO SOARES, *ob. cit.* pp. 32-47, o paralelo feito entre o Common Law e outros institutos, como Equity Law, Statute Law e Civil Law.

Finalmente, registrem-se as qualidades apontadas por E. ALLAN FARNSWORTH em relação ao sistema da *Common Law*¹²⁹: “1ª) – *equality* (possibilidade de que, em futuros casos iguais ou semelhantes aos julgados, a solução tenderá a ser a mesma); 2ª) – *predictability* (virtualidade de que futuros casos com elementos factuais semelhantes aos julgados serão julgados da mesma maneira, o que permite ao advogado, em particular ao consultor, melhor aconselhamento de seus clientes na prevenção de futuros pleitos); 3ª) – *economy* (o que denominamos economia processual, uma vez que já há *issues* decididos, as matérias novas serão resolvidas com mais rapidez); 4ª) – *respect* (soluções que dão grande responsabilidade, pela sua força suásória, ao próprio Poder Judiciário)”.

10. O *Civil Law*: Introdução. Formação histórica

A família de direito conhecida como *Civil Law* ou *Romano-Germânica* tem o seu nascedouro na Europa, apresentando como principal elemento definidor ter-se construído sobre a base do direito romano.

RENÉ DAVID et CAMILLE JAUFFRET-SPINOSIS¹³⁰ referindo-se ao tema, escrevem que nela (*Famille romano-germanique*) “les règles du droit sont conçues dans ces pays comme étant des règles de conduite, étroi-

tement liées à des préoccupations de justice et de morale. Déterminer quelles doivent être ces règles est la tâche essentielle de la science du droit; absorbée par cette tâche, la ‘doctrine’ s’intéresse assez peu à l’application du droit qui est l’affaire des praticiens du droit et de l’administration.

Depuis le XIX siècle un rôle prépondérant est attribué, dans la famille romano-germanique à la loi, les divers pays appartenant à cette famille s’étant dotés de ‘codes’.

Une autre caractéristique des droits de la famille romano-germanique réside dans le fait que ces droits ont été élaborés avant tous, pour des raisons historiques, en vue de régler les rapports entre les citoyens; les autres branches du droit n’ont été que plus tardivement et moins parfaitement développées en partant des principes du ‘droit civil’. Qui est demeuré pendant longtemps le siège par excellence de la science du droit”.

Depois de recordar que a *Família Romano-Germânica* é conhecida como “la tradición del Derecho Civil”, JOSÉ GUILLERMO VALLARTA PLATA¹³¹, com profunda influência de RENÉ DAVID, afirma que “ésta es una combinación de varias subtradiciones distintas con orígenes separados y desarrollos en distintos períodos de la historia”, para, depois, informar que “estas subtradiciones se pueden precisar de la siguiente manera:

- a) Derecho Civil Romano.
- b) Derecho Canónico.

¹³¹ *Introducción al Estudio del Derecho Constitucional Comparado*. México: Porrúa, 1998, p. 11. Mantida a formatação original.

¹²⁹ Cf. GUIDO SOARES (oti. cit. p. 41), o qual ressalva que, embora estas razões de vitalidade sejam apontadas para o *Common Law* nos EUA, “no fundo, são qualidades do sistema”.

¹³⁰ *Les grands systèmes de droits contemporains*. 10ª ed., Paris: Éditions Dalloz, 1992, pp. 16-17. Há uma versão em português, intitulada *Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo*. Lisboa: Meridiano, 1972.

- c) La Ciencia Jurídica.
- d) La Codificación.
- e) El Derecho Mercantil”.

Finalmente, PATRÍCIA MARCELA CASAL¹³² adverte: “Contrariamente a lo sucedido en el proceso histórico del sistema anglosajón, la formación del sistema continental-romanista no se encuentra vinculada con ningún poder político. Al momento de su nacimiento (situado en los siglos XII y XIII) Europa no constituía una unidad política, de modo tal que no existe autoridad soberana que haya intervenido en su proceso gestacional.

Tal como enseñara René David, el sistema jurídico romano germánico siempre *se ha fundado exclusivamente sobre una comunidad de cultura*.

En la construcción de la identidad que caracteriza a los países que integran el sistema existen dos hitos¹³³ fundamentales: a) La actividad desarrollada por las universidades (especialmente la Universidad de Bolonia), focos de cultura que durante siglos se abocaron a la búsqueda y elaboración de un derecho que no reconoció fronteras nacionales. b) La codificación”¹³⁴.

132 Ob. cit. pp. 59-60.

133 O vocábulo hito, em espanhol, pode ser utilizado no sentido figurado de “fato histórico de gran importancia o transcendencia”. Veja-se o *Diccionario básico de la lengua española*. Sociedad General Española de Librería S. A. Madrid, 1987, verbete, p. 471.

134 Sobre os Direitos de Cultura Ocidental, ver JOSE CASTAN TOREÑAS, *Los Sistemas Jurídicos Continentales del Mundo Occidental*. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1957, pp. 19-22.

10.1. As Universidades

Já foi referido linhas acima, que a *Família Romano-Germânica* foi constituída tendo como base o Direito Romano.

Pois bem, nesse quadro, grande influência foi desenvolvida pelas Universidades, à medida que os professores, na busca de um *Direito Justo*, desligado das diversidades de costumes locais, passaram a se interessar por *princípios*, o que motivou o estudo do Direito Romano, especialmente, a compilação justiniana, ou seja, o *Corpus Juris Civilis*, composto pelo *Digesto*, pelas *Institutas*, pelo *Código* e pelas *Novelas*.

Nesse quadro, os *Glosadores*, os *Pós-Glosadores* e a *Escola do Direito Natural* desempenharam um papel de notável importância¹³⁵.

10.2. A Codificação¹³⁶

“Produto do juracionalismo – doutrina FRANCISCO AMARAL¹³⁷ – é a concepção do direito como sistema, conjunto unitário e coerente de princípios e normas jurídicas. Partindo da formulação de conceitos gerais e utilizando o método dedutivo, através de uma *demonstratio more geometrico*, aplica-se o método cartesiano ao

135 Para uma análise destes temas, veja-se PATRÍCIA MARCELA CASAL, ob. cit. pp. 60-69.

136 Consultem-se, sobre o tema, BRUNO OPPETIT, *Essai sur la Codification*. Paris, 1908; GIOVANNI TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto*. Il Mulino, Bologna, 1976; FABIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – Crônica de um conceito*. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997; ARTHUR VARMOND DE LACERDA, *História Breve das Codificações Jurídicas*. Jurud Editora, 1997; S. A. BAYITCH, *La Codificación en el Derecho Civil y en el Common Law*. In *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México – Nueva Serie* - UNAM México, a. III, nº. 7, enero-abril, 1970, pp. 3-57.

137 *Direito Civil – Introdução*. Renovar, 2ª edição aumentada e atualizada, 1998, pp. 115-116.

direito e chega-se à idéia de sistema jurídico, do que a jurisprudência dos conceitos, de Puchta e Windscheid, e a parte geral dos códigos civis são a melhor expressão”.

FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE¹³⁸, por sua vez, depois de referir-se a algumas considerações históricas, escreve: “A codificação é, em essência, um conceito que se desenvolve em vários momentos. Não é exclusivamente de um determinado período histórico. É forçoso reconhecer, porém, que a partir do jusracionalismo consolidam-se determinadas características que, praticamente, iriam ser associadas ao conceito de código”. E prossegue: “Afim, se se pode dizer que os códigos representam, em um momento, um sistema, isto é, um modo de ordenar as matérias do Direito, ou de um determinado setor do Direito, é certo que não se pode desconsiderar toda sorte de razões históricas que conduzem a sua realização. Identificam-se, portanto, na teoria da codificação, um elemento técnico, o sistema, e um elemento político”¹³⁹.

Bastante interessante, a respeito do tema, é o que afirma GIOVANNI TARELLO, nos seguintes termos: “L'ultimo terzo del secolo XVIII è il periodo delle codificazioni iluministiche. Il fenomeno, così a lungo preparato dagli auspici dei dotti, dallo stato delle istituzioni, dalle ragioni dei sovrani, si manifesta finalmente nelle sue forme moderne, dando luogo alle strutture organizzative a diritto codificato”¹⁴⁰.

138 Ob. cit. pp. 26-27.

139 *Idem*, p. 27.

140 Ob. cit. p. 485.

Em verdade, quando se fala no fenômeno da *Codificação* como fenômeno característico do séc. XIX, limitam-se os autores às análises dos *Códigos Civis*, muito embora, não se possa esquecer das *Codificações Constitucionais*, também conhecidas como *Surgimento das Constituições Escritas*, as quais, não temos dúvidas em afirmar, foram representativas da ideologia liberal¹⁴¹.

Nesta linha de análises, relacionem-se o *Código Civil Francês* (1804), o *Código Civil Austríaco* (1811), o *Código Civil Italiano* (1865), o *Código Civil Alemão* (1900), e o *Código Civil Suíço* (1912), dentre outros, inclusive, na América Latina¹⁴².

10.3. Características da Família Romano-Germânica

Apesar de não se poder esquecer que os sistemas jurídicos levam em conta os *condicionamentos históricos e temporais*¹⁴³, podemos identificar algumas características comuns àqueles que formam a *Família Romano-Germânica*¹⁴⁴.

141 Veja-se TARELLO, La codificazione costituzionale in America, ob. cit., pp. 559-620.

142 Sobre estes Códigos, vejam-se, dentre outros: JOSE CASTAN TOBEÑAS, *Los Sistemas Jurídicos Contemporáneos del Mundo Occidental*, pp. 28-41; PATRICIA MARCELA CASAL, ob. cit. pp. 72-86; FRANCISCO AMARAL, ob. cit. pp. 116-119 e FÁBIO SIEBENEICHLER DE ANDRADE, *Da Codificação – Crônica de um conceito*, pp. 69-108.

143 Consulte-se, neste sentido, IVO DANTAS, *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro – vol. I*, Jurvet Editora, 1999, cap. 4, pp. 75-99.

144 Escreve SILVIO DE SALVO VENOS (*Direito Civil – Teoria Geral, Introdução ao Direito Romano*, Ed. Atlas, São Paulo, 1989, 5ª edição, p. 77) que “nesses países as normas surgem vinculadas a preocupações de justiça e moral. Há predominância de lei como fonte do Direito. As obras de doutrina, e isto é uma constante entre nós, preocupam-se em ser dogmáticas e interpretar os textos legislativos, relegando a jurisprudência e a prática do Direito a plano secundário. Essa constante se nota com frequência no ensino do Direito em nossas faculdades. As aulas são conferências. Timidamente, em nossos currículos, surgem disciplinas para um ensino prático. A tradição romana ainda pesa muito para esse tomado de posição”.

Nesse sentido, cremos que podemos identificar os seguintes elementos que marcam os sistemas jurídicos do *Civil Law*:

- Supralegalidade do texto constitucional*, e consequente sistema hierarquizado de normas, com *Controle de Constitucionalidade*;
- Divisão entre Direito Público e Direito Privado*;
- Predomínio da Lei escrita*;
- A atuação do Poder Judiciário fica restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das Leis*.

No tocante à *Supralegalidade da Constituição*, têmo-la analisado em diversos trabalhos¹⁴⁵, sendo que nas *Instituições de Direito Constitucional Brasileiro – vol. I*¹⁴⁶ escrevemos que é ela a garantia jurídica oferecida àquelas matérias a que a Constituição confere uma *supremacia ou superioridade* - opção política - frente às demais que o ordenamento regula, e isso por entendê-las essenciais ou fundamentais à própria configuração ou estrutura do Estado, ou à estabilidade social do grupo que a elas deverá submeter sua conduta coletiva e/ou individual de seus membros.

CARLOS S. FAYT (*Derecho Político*) estudando *superlegalidad y supremacia constitucional* escreve que “por *superlegalidad constitucional* podemos entender dos cosas distintas: 1º) que la Constitución, como ley fundamental de la organización, no sólo es la ley primera y

suprema, sino que se encuentra por encima de todas las demás leyes en posición subordinante. Su carácter y naturaleza, el mecanismo especial previsto para su formulación y reforma, depositado en um ‘superlegislador’ para distinguirlo de los órganos ordinários encargados de la legislación comun, su primacia sobre todas las otras leyes, que deben subordinarse a ella, la hacen que revista el carácter de ‘superley’. En este sentido, el término *superlegalidad* se nos presenta como equivalente a *supremacia*, expresión tradicional en el derecho y la doctrina constitucional americana que ha determinado con precisión su contenido; y 2º) que existe un conjunto de principios situados por encima de la constitución escrita. Este es el sentido que asigna al término ‘superlegalidad’ la doctrina europea. Así, Maurice Hauriou denominó *superlegalidad constitucional* a los principios fundamentales de la organización del Estado, a los que colocaba por encima de la Constitución escrita, como inherentes al orden social y político dinamicamente como limites del poder constituyente no originario”¹⁴⁷.

As colocações feitas por FAYT trazem em si dois pontos importantes: em primeiro lugar, por apontar, em poucas palavras, o problema da *supralegalidade* nas duas perspectivas ou doutrinas dominantes a nível de Direito Constitucional, quais sejam, a americana e a europeia; em segundo lugar, porque nos oferece oportunidade para algumas afirmativas e observações preliminares que serão retomadas mais adiante.

145 O Valor da Constituição (Do Controle de Constitucionalidade como Garantia da Supralegalidade Constitucional). Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1996.
146 pp. 129-130.

.....

147 Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 4ª edición, pp. 282-283.

Em nosso modo de entender, não se deve restringir a *supralegalidade aos limites materiais à reforma do texto constitucional*, isto porque, e já o dissemos, toda a matéria constitucional sendo portadora de uma *supremacia*, estará amparada pela *supralegalidade*. Em outras palavras: ao mesmo tempo em que o constituinte, como poder obrigatoriamente originário, ou o legislador no exercício do poder de emenda ou revisão elegeram determinadas matérias para integrarem a Constituição (sob o ponto de vista material), conferiram, *ipso facto*, a essas mesmas matérias, uma proteção jurídica que se manifesta, de um lado, no controle da constitucionalidade, e de outro na exigência de processos formais próprios para que possam ser atingidas ou retiradas do bojo do documento constitucional.

A segunda das características por nós apontadas diz respeito à *Divisão entre Direito Público e Direito Privado*, consagrada por todos os sistemas, apesar de que, nos dias atuais, se verifica uma publicização, cada vez maior, do *Direito Privado*.

Nesse sentido, basta lembrarmos a *Constitucionalização do Direito Civil* como um dos traços mais destacados dos últimos anos, a ponto de já se falar de um *Direito Civil Constitucional*¹⁴⁸.

O *Predomínio da Lei escrita na família romano-germânica* significa, como observa PATRÍCIA MARCELA CASAL,¹⁴⁹ que “las disposiciones normativas escritas

148 São exemplos, dentre outros, os livros seguintes: JOAQUÍN ARCE y FLÓREZ-VALDES, *El Derecho Civil Constitucional* (Editorial Civitas S/A, Madrid, 1991, 1ª reimpresión); PIETRO PERLINGIERI, *Feris do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional* (Renovar, 1997) e RENAN LOTUFO (Coord.), *Direito Civil Constitucional* (Max Limonad, 1999).

149 Ob. cit. p. 89.

emanadas del poder legislativo (que los jueces interpretan y aplican para la solución del caso concreto) tienen un lugar de preeminencia en su calidad de fuente del Derecho.

Las autoridades tienen, conforme a los mecanismos de cada país, la facultad de dictar leyes. El estilo en cuanto a la forma de formulación puede variar (técnico, lenguaje comprensible para iniciados, vulgar, de lectura fácil y accesible para el público en general)”.¹⁵⁰

A propósito, ressalta-se que a Constituição Brasileira de 1998, em seu art. 59, menciona as espécies normativas que integram o *processo legislativo*, enquanto que a Lei Complementar nº 95 de 26.02.98 (DOU 27.02.98) “dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona”.

Por último, vale lembrar que a *atuação do Poder Judiciário fica restrita à interpretação e aplicação da Constituição e das Leis*, devendo, como é óbvio, verificar sempre a compatibilidade dessas com a Constituição Federal.

Ressalte-se que em seu art. 5º, inciso LXXI, a Constituição Federal de 1988, entre nós, determinou que “conceder-se-á *mandado de injunção* sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”¹⁵⁰.

Lamentavelmente, o entendimento que vem sendo dado ao instituto pelo Supremo Tribunal Federal fez com que a Relatora do Projeto de Reforma do Judiciário pro-

150 Sobre o instituto, IVO DANTAS, *Mandado de Injunção - Guia Teórico e Prático*. Aide Editora, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1994, 1ª edição, 1989.

pusesse nova redação ao referido inciso, nos seguintes termos: “conceder-se-á *mandado de injunção* sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, *destinando-se o provimento judicial a suprir a norma para o interessado, no âmbito do pedido*”¹⁵¹.

Finalmente, segundo a lição de JOSÉ GUILLERMO VALLARTA PLATA são as seguintes as características que informam o sistema ora sob análise:

- * El derecho es elaborado a fin de ordenar las relaciones sociales.
- * La base fundamental de los derechos es el Civil.
- * La doctrina se interesa, fundamentalmente, por la determinación de la normatividad que tiene como fin la moral y la justicia.
- * La administración y la aplicación del derecho se dejan a la jurisprudencia”¹⁵².

11. Breve paralelo objetivo entre as famílias do *Common Law* e *Civil Law*

Apesar de termos feito referência¹⁵³ às convergências que, atualmente, existem entre as famílias do *Common Law* e do *Civil Law*, cumpre-nos estabelecer, de maneira mais objetiva, que cada uma delas possui suas características próprias, a ponto de RENÉ DAVID concluir que, embora ambas sejam de origem europeia, diferem entre si, profundamente.

151 Parecer da Deputada ZULAIÉ COBRA, datado de 30.09.99, à Proposta de Emenda à Constituição nº 96-A, de 1992. A posição aqui adotada é, exatamente, aquela que sempre defendemos no livro já referido.

152 Ob. cit. p. 11. Mantida a formatação original.

153 Ver item 9.

Evidentemente, que não será fácil fixar-se de modo completo todas as características que individualizam ambos os sistemas. Mesmo assim, R. CH. VAN CAENEGEM (*El Nacimiento del Common Law Inglés*¹⁵⁴) depois de indagar “por qué es el *Common Law* tan diferente del Derecho del continente europeo”, discute o problema em longas páginas, sendo que ROLAND SÉROUSSI, por sua vez, no livro *Introducción al Derecho Inglés y norteamericano*¹⁵⁵ traça um interessante quadro, no qual, lado a lado, as características que lhe parecem identificar a *Família do Common Law* e a *Família do Civil Law*, por ele denominada de *Família Romano-germânica*, visando com esse comportamento apontar o que qualifica como uma *Visión comparada de los dos Derechos occidentales: las familias del Common Law y las de Derecho romano-germánico*, que passamos a transcrever:

Características	Família del Common Law	Família romano-germánica
• Concepto de orden social.	• Individualismo: el individuo posee derechos subjetivos.	• Ídem.
• Liberalismo.	• El individuo está protegido por principios jurídicos muy fuertes.	• La Constitución y la ley protegen al individuo.
• Estado de Derecho (limitación de los poderes públicos a la ley).	• Separación de poderes y clara independencia de la justicia. • “ <i>Ignorance of the law is no defense.</i> ”	• Separación de poderes, aunque con una independencia de la justicia menos pronunciada. • “La ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento.”
• Control de la constitucionalidad de las leyes.	• Inexistente en Gran Bretaña.	• Órgano independiente y respetado (por ejemplo: en Francia, le <i>Conseil constitutionnel</i>).

154 Universidad Complutense – Facultad de Derecho, Madrid, 1998, p. 131.

155 Pp. 8-9.

Características	Familia del Common Law	Familia romano-germánica
• Preponderancia de la ley como primera fuente del Derecho.	• No	• Legislación superabundante (Derecho escrito de leyes y de reglamentos).
• Preponderancia de los precedentes judiciales como primera fuente del Derecho.	• Derecho esencialmente jurisprudencial (acumulación multicitentaria de precedentes).	• No
• Nociones abstractas de Derecho.	• Pocos conceptos abstractos (los jueces pueden atenuar el carácter abstracto de las leyes, por medio de normas jurisprudenciales, como la de la proporcionalidad, la sensatez o la razonabilidad) (razonableness).	• Numerosos conceptos abstractos.
• Formulación de normas jurídicas generales.	• Débil.	• Frecuente (en lo penal la ley tipifica los delitos así como las penas relacionadas con los mismos).
• Distinción entre Derecho privado y Derecho público.	• Concepto desconocido.	• Es uno de los puntos básicos y característicos de este Derecho.
• Imbricación de las normas jurídicas de fondo y de procedimiento.	• Muy marcada.	• Casi inexistente.
• Proceso penal de carácter inquisitivo.	• No. El Common Law coloca en condiciones de igualdad a la acusación y a la defensa.	• Sí.
• Derecho administrativo.	• Existe un contencioso cuasi judicial (Board, Tribunal y Commission).	• Orden administrativo autónomo separado del orden judicial.
• Separación de las normas de fondo y de procedimientos.	• Poco marcada.	• Muy diferenciada.

12. A classificação das *Famílias Jurídicas* e nossa posição

Ficou claro nos itens anteriores que a doutrina não é pacífica quando se trata de classificar as *famílias jurídicas*, o que, de resto, ocorre todas as vezes em que se tenta, no âmbito dos estudos jurídicos, apresentar qualquer classificação sobre qualquer instituto.

No nosso caso, teremos de partir de uma observação, ou seja, o sentido que se deseja oferecer à expressão *famílias jurídicas*, aqui entendida no sentido diferente de *sistema*, como já mencionado por CONSUELO SIRVENT GUTIÉRREZ y MARGARITA VILLANUEVA COLÍN¹⁵⁶ ao afirmarem: “El vocablo *sistema* se usa para hacer referencia al derecho nacional y el de *familia* para denominar al conjunto de sistemas que desbordan las fronteras de una Nación.

Aunque ninguna Nación tenga leyes iguales a otras, algunos sistemas legales son similares en algunos aspectos y esto permite la clasificación en familias”.

E prosseguem: “Existen diferentes criterios para realizar la agrupación de los sistemas en familias, entre ellos están los siguientes: antecedentes históricos, teoría y jerarquía de las fuentes del derecho, conceptos característicos empleados por el sistema, metodología operante de los juristas dentro del sistema legal y los principios que lo inspiran, esto es la fundamentación filosófica, económica y política, derivado de ello el tipo de sociedad a la

¹⁵⁶ *Sistemas Jurídicos Comparados*. Oxford University Press / Haria México, 1996, p. 5. Méxicos rossos.

No entanto, essa não é a verdadeira forma de construção da argumentação judicial. Toda a doutrina retórica analítica é cética quanto à aplicação de silogismos na aplicação do Direito. Reconhece-se, ao revés, o caráter entimemático dessa argumentação. Autores como João Maurício Adeodato partem de certas premissas para refutar a concepção tradicional, aduzindo que não seria o silogismo o meio lógico ou retórico utilizado para decidir, sendo apenas forma de exteriorização de uma decisão previamente estabelecida - "não é um método de decisão, mas sim um estilo de apresentação da decisão legal"². Além disso, a doutrina fundamenta a conclusão pela natureza entimemática da decisão judicial no fato de que algumas normas permanecem ocultas, as quais, nas localidades periféricas³, são evidentes e pressupostas, bem como úteis à manipulação⁴.

Quanto ao caráter oculto de tais normas, esse é tido por alguns doutrinadores como necessário.

Normalmente, não ficam expressas as premissas maiores dos silogismos pretensamente utilizados em uma decisão judicial. Seria, para aqueles, até mesmo destrutivo para o sistema explicitá-las.

Como tais silogismos se apresentam incompletos, são denominados de entimemas (silogismos retóricos), conceito proposto por Aristóteles em sua Retórica.

2. SOBOTA, Katharina, *idem*, p. 257.

3. Para compreender tal conceito, cf. NEVES, Marcelo. "A Crise do Estado: da Modernidade Central à Modernidade Periférica - anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão". Anais do Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil de 1992. Recife: Tribunal de Contas - PE, 1992, pp. 157-170.

4. Cf. ADEODATO, João Maurício. "O Silogismo Retórico (Entimema) na Argumentação Judicial". Anuário do Mestrado em Direito, n. 9 Recife: pp. 135-136, 1998.

Etimologicamente, a palavra "entimema" vem do grego *enthymēisthai*, que significa "considerar, ponderar, refletir", tendo sido Isócrates o primeiro a introduzi-la na retórica⁵. Tal espécie de silogismo evita a enfadonha repetição de truísmos e de textos explícitos na legislação. Como outras vantagens de sua utilização, elencam-se: ocultação de inconsistências do sistema; possibilidade de modificação do significado alegado da norma para adaptá-lo ao caso concreto; e conexão entre as "valorações sociais subjacentes" e o texto explicitado⁶.

Reportamo-nos à discussão existente entre as perspectivas subsuntiva e casuísta. A primeira acredita na existência de uma conclusão correta e segura, resultado da interpretação. Por outro lado, a norma geral, numa tendência mais cética (defendida pelos que adotam a segunda doutrina), não produziria a decisão, assim como não fixaria parâmetros para atuação do intérprete. Apenas se prestaria a justificar, posteriormente, uma determinada escolha realizada diante do caso concreto e produzida de forma diferente⁷.

Outro aspecto salientado é que as normas apenas seriam dotadas de completude após sua aplicação. Denomina-se, inclusive, a interpretação de "concretização da norma" (*Normkonkretisierung*), a qual decorreria da mencionada interpretação (*Normtextauslegung*) e de dados componentes do âmbito da norma, como técnicas, teorias

5. Cf. ADEODATO, João Maurício. *idem*, p. 140.

6. Cf. SOBOTA, Katharina. "Não Mencione a Norma". Anuário do Mestrado em Direito, n. 9 Recife: p. 259-260, 1998.

7. Cf. ADEODATO, João Maurício. "O Silogismo Retórico (Entimema) na Argumentação Judicial". Anuário do Mestrado em Direito, n. 9 Recife: pp. 151-152, 1998.

e ideologias (*Normbereichselemente*)⁸. A conexão entre o texto da norma jurídica - proposição normativa⁹ - e a realidade é que constituiria a norma jurídica. Para comprovar tal teoria, poderemos nos utilizar da hipótese em que uma mesma proposição normativa, em diferente contexto, pode gerar normas com conteúdos absolutamente díspares.

Não apenas as normas individuais, mas também as gerais seriam construídas a partir do caso concreto. Na verdade, seriam os *topoi* os verdadeiros fundamentos das decisões jurídicas. Esses seriam juízos de certa forma indefinidos aos quais a maioria adere. Exemplos desses *topoi* seriam os chamados conceitos jurídicos indeterminados. A desconstrução da decisão revelaria seus verdadeiros fundamentos alopoiéticos¹⁰, notadamente nas localidades terceiro-mundistas. Isso é tido como verdadeira ameaça ao efeito legitimador da decisão concreta e às bases da sociedade. Seria a teoria do entimema apta à compreensão do Direito, revelando que determinados dogmas seriam apenas estratégias discursivas.

Desta feita, a argumentação entimemática está frequentemente presente nas decisões jurídicas. Nas localidades periféricas, objeto de nosso trabalho, o entimema muitas vezes esconde influências alopoiéticas, tão pre-

sentes no ordenamento jurídico quanto prejudiciais a esse. Propomo-nos, pois, ao estudo das influências exteriores em relação à discrecionalidade administrativa, vislumbrando a argumentação utilizada.

2. Discrecionalidade administrativa e alopoiese na argumentação entimemática.

Os atos administrativos são aqueles atos jurídicos expedidos por agentes públicos no exercício das atividades de administração, cuja regência há de ser matizada por normas juspublicistas. No caso dos atos vinculados, o administrador não tem qualquer liberdade, ficando ligado ao cumprimento dos ditames legais, não podendo emitir juízos de conveniência e oportunidade. Em outros casos, no entanto, permanece a Administração com certa discricção, devendo-se observar limites gerais.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, discrecionalidade é "a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente uma solução unívoca para a situação vertente."¹¹

¹¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discrecionalidade e Controle Judicial*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p.48

⁸ Cf. MÜLLER, Friedrich. *Strukturierende Rechtslehre*. Duncker & Humboldt, 1994 apud ADEODATO, João Maurício. "A 'Concretização Constitucional' de Friedrich Müller", in DIMAZ, José Janguê Bezerra (org.) *Direito Constitucional*. Brasília: Consulex, 1998, pp.16.

⁹ Cf. VILANOVA, Louival. "Norma Jurídica - Proposição Jurídica". *Revista de Direito Público*, a. XV, n. 95. São Paulo, jan./mar. pp. 12-26, 1982.

¹⁰ Sobre o tema, cf. NEVES, Marcelo. "Da Alopoiese à Alopoiese do direito". *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 5. Recife: pp. 273-298, 1992.

Antigamente, eram os chamados atos discricionários, em contraposição aos vinculados, aqueles a respeito dos quais não cabia qualquer crítica quanto à legalidade, ficando dispensados de todas as formas de controle¹². Tal distinção entre atos vinculados e discricionários não é absoluta, uma vez que existem infinitos graus de liberdade discricionária e de condicionamento jurídico.¹³

Como já observado, da leitura e aplicação de uma proposição normativa, podem ser extraídas diversas normas, com conteúdos extremamente díspares. Isso resulta do fato de que a norma jurídica apenas é inteiramente caracterizada após sua interpretação. O intérprete não seria apenas um mediador entre a regra e o fato, mas um verdadeiro "co-autor da norma"¹⁴. Tal não é diferente em se tratando de comandos emanados para regular a atuação do administrador público. Esse tem margem de liberdade ampla, apenas delimitada por certos elementos (a exemplo dos princípios constitucionais), para dar completude às normas de forma que sejam atendidas finalidades, como o interesse público - conceito este, como se observará, indeterminado. Além disso, as próprias proposições normativas não raro concedem tal margem de liberdade.

No entanto, o poder discricionário pressupõe a acatamento, pelo ordenamento jurídico, daquilo que for julga-

do oportuno pela Administração. Tal poder deve ser exercido para consecução do interesse público, não devendo o administrador agir livremente, de maneira arbitrária. Não goza esse de liberdade para agir prescindindo dos princípios do sistema, seja qual for a situação. Entretanto, nem sempre é fácil atacar as arbitrariedades existentes.

Os limites ao exercício das faculdades discricionárias são considerados relativos ou elásticos, ao passo que aqueles que se relacionam à atividade vinculada são chamados de concretos. Isso decorre da maior ou menor facilidade em identificá-los. Como principais limites à discricionariedade, Agustín Gordillo elenca: "la razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropria), y la buena fe."¹⁵ Além desses, pode-se enunciar os princípios gerais do Direito, na medida em que aplicáveis à situação.

O desvio de poder, ao contrário da razoabilidade, é de difícil identificação por se relacionar ao aspecto subjetivo, às intenções do agente administrativo. Faz-se mister encontrar provas, indícios ou elementos probatórios circunstanciais para comprovar que houve desvio de finalidade. Na maior parte dos casos, a prova residirá em um conjunto de circunstâncias alheias ao âmbito externo do ato, mas que estão na realidade e nos antecedentes do caso.¹⁶

Desta feita, diversas espécies de vícios se relacionam ao exercício do poder discricionário. Dentre eles, pode-se

12 Cf. GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. T. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, p. X-26, 1998.

13 Cf. FREITAS, Juarez. "Os Atos Administrativos de Discricionariedade Vinculada aos Princípios". *Boletim de Direito Administrativo*, t. XI, n. 6. São Paulo, jun. pp. 324-327, 1998.

14 FERREIRA, Sérgio de Andréa. "Atos Administrativos: elementos, poder discricionário e o princípio da legalidade, limites da convalidação, formas de extinção". *Boletim de Direito Administrativo*, t. XIII, n. 5. São Paulo: NDJ, mai. p.325, 1997.

15 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. T. 1. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p.X-29.

16 Cf. GORDILLO, Agustín. *idem*, p. X-34.

elencar: transgressão dos limites da discricionariedade; abuso ou desvio do poder discricionário e ausência do exercício ou exercício deficiente do poder discricionário.

A primeira hipótese verifica-se nos casos em que o agente público afronta as balizas legais fixadas como limites à discricionariedade. O segundo caso de vício ocorre quando o agente pratica ato visando a fim diverso daquele previsto na regra de competência ou para a qual o poder discricionário foi instituído. Finalmente, a terceira possibilidade se dá quando o agente público julga que sua liberdade de escolha é menor do que a lei efetivamente lhe concede ou que sua competência é vinculada ou, ainda, que não dispõe de competência alguma, estando investido do poder discricionário.

Como será observado, a existência de qualquer dos vícios pode ser objeto de controle, notadamente pelo Poder Judiciário. E é exatamente nas duas primeiras hipóteses que se pode verificar a influência de fatores externos ao Direito, na argumentação utilizada em relação à atuação discricionária da Administração Pública, objeto deste estudo.

3. Conceitos jurídicos indeterminados versus discricionariedade.

A teoria dos conceitos jurídicos indeterminados, apesar de provocar até os nossos dias diversos debates, está sendo discutida há cerca de um século. Foram Edmund Bernatzik e Friedrich Tezner os primeiros estudiosos do tema.¹⁷ Formularam os referidos autores opiniões con-

trárias sobre a matéria. Desde então, o assunto ganhou grande impulso, notadamente na Alemanha.

O Direito, em algumas situações, não pode realizar adequadamente sua função ordenadora condensando numa fórmula rígida todos os aspectos das relações jurídicas. Essa é a razão pela qual o legislador emprega conceitos mutáveis, indeterminados, a serem moldados a cada caso concreto.¹⁸ Exatamente por serem vagos e imprecisos, podem tais conceitos ser preenchidos por conteúdos diversos. São exemplos corriqueiros de tais espécies de conceito, no Direito Administrativo, as noções de interesse público, comportamento moralmente reprovável, probidade do administrador público, dentre outros.

Alguns autores pregam a existência de diferenças entre poder discricionário e conceito jurídico indeterminado, aduzindo que o controle judicial, no primeiro, restringe-se a aspectos formais ou a seus pressupostos de validade, não entrando na apreciação o juízo de conveniência ou oportunidade da medida. Por outro lado, quanto aos conceitos indeterminados, o controle judicial seria total, sendo apenas limitado pela impossibilidade cognitiva de declarar se a aplicação foi correta ou não.¹⁹

Sainz Moreno advoga que existe discricionariedade quando a autoridade administrativa pode escolher entre várias decisões, de forma que, na vontade do legislador, qualquer delas é juridicamente admissível e tem o mesmo valor. Haveria conceito jurídico indetermina-

17 Cf. COSTA, Regina Helena. "Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade de Administrativa". *Justitia*, a. 51, v. 145. São Paulo, p. 43 jan/mar. 1989.

18 Cf. RODD, L. Lopes. "O Poder Discricionário de Administração - evolução doutrinária e jurisprudencial". *Revista Forense*, a. 52, v. 157. Rio de Janeiro: jan/fev. p. 77, 1955.

19 Cf. SILVA, Almir do Couto e. "Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro". *Revista de Direito Administrativo*, v. 179. Rio de Janeiro: jan./jun. pp. 59-60, 1990.

do, por outro lado, quando apenas uma decisão é juridicamente admissível.²⁰

No entanto, há autores que, de forma mais lúcida, sustentam a existência da discrecionariiedade como decorrência do emprego, pela lei, de conceitos jurídicos indeterminados. Isso ocorreria nos casos em que a situação é descrita na norma geral "por palavras que recobrem conceitos *vagos*, dotados de *certa imprecisão* e por isso mesmo irredutíveis à objetividade total, refratários a uma significação unívoca inquestionável."²¹

Nessas hipóteses, em primeiro lugar, seria desenvolvida pelo agente da Administração uma interpretação e, como a norma não poderia regular tudo de forma absoluta, não mais se tem que verificar a incerteza da vontade legal. Após a atividade interpretativa, remanesceria um campo circunscrito de liberdade quanto à determinação de sua competência e de seu conteúdo de agir. O poder discrecionário seria exatamente a faculdade de escolha entre uma das várias significações contidas em um conceito normativo prático relativo às condições de fato do agir administrativo, escolha essa feita dentro dos lindes legais.²²

Nesses conceitos fluidos, sempre existirão uma zona de certeza positiva, em que não há dúvida quanto ao cabimento de sua aplicação, e uma zona de certeza negativa, na qual é certo o não cabimento da aplicação do conceito. Por outro lado, igualmente há a chamada zona cir-

cundante. É exatamente nessa que proliferam as incertezas, sendo impossível sua eliminação objetiva.²³

Muitas arbitrariedades podem ser cometidas através do mau emprego de vocábulos, em virtude de originária imprecisão lingüística ou de apropriação intencionalmente desviada de sua função precisa. E a isso se prestam os conceitos jurídicos indeterminados, sendo verdadeiras fontes de abusos por parte de agentes do Poder Público.

Para o controle de tal situação, mister ser exigida a motivação dos atos, notadamente daqueles cuja nota característica é a discrecionariiedade. Deve-se estender o art. 93, IX e X, CF/88, também aos agentes administrativos individuais, não organizados em tribunais administrativos, até mesmo para facilitar o controle de seus atos. Embora alguns autores²⁴ apregoem a desnecessidade de motivação quando discrecionário o ato, julgando-a necessária apenas nos atos vinculados, sob pena de tolher a discrecionariiedade, tal motivação é de suma importância.

Na verdade, a discrecionariiedade é apenas o "expe-diente operacional, fruto da opção do legislador, destinado a otimizar a prática administrativa, impondo deveres até maiores de motivar as escolhas assumidas com probidade e correção técnica."²⁵

Portanto, em se tratando de discrecionariiedade administrativa, especialmente no tocante aos conceitos ju-

20 Cf. SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discrecionariiedad Administrativa*. Madrid: Editorial Civitas, 1976, p. 234.

21 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 309.

22 Cf. QUEIRO, Afonso Rodrigues. "A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo". *Revista de Direito Administrativo*, v. VI. Rio de Janeiro, pp. 77-78.

23 CIMELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999, pp. 310-311.

24 Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Curso de Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 158-161.

25 FREITAS, Juarez. "Os Atos Administrativos de Discrecionariiedade Vinculada aos Princípios". *Boletim de Direito Administrativo*, a. XI, n.6. São Paulo, p. 336 jun. 1995.

rídicos indeterminados, os quais podem ensejar, segundo parcela da doutrina, o emprego do poder discricionário da Administração Pública, deve ser particularmente exigida a motivação dos atos, até mesmo para facilitar o controle, objeto de estudo do próximo tópico.

4. O controle judicial do poder discricionário.

O controle, em geral, da atuação do administrador público é absolutamente necessário. Dessa forma, à medida que se dá certa liberdade a esse para a emanção de determinados atos, é restringido seu poder de atuação. Algumas das restrições mais veementes são exatamente os princípios elencados em nossa Lei Magna. Ao exarar um ato administrativo discricionário, não pode o administrador olvidar aspectos como legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e - após o advento da EC 19/98 - eficiência, todos referenciais de controle da atividade administrativa discricionária. Para alguns, inclusive, "à luz da atual redação do art. 37 da Constituição, a atividade administrativa pode, para fins de controle jurisdicional, ser objeto de três ordens distintas de consideração, a saber, legalidade, moralidade e, agora, eficiência."²⁶

Além dos princípios constitucionais expressos, outros critérios para o controle da discricionariade são a razoabilidade, a proporcionalidade, a lealdade e a boa-fé, os quais são conceitos jurídicos indeterminados, sendo possível sua utilização para fins escusos, dada a possibilidade de serem cometidas arbitrariedades a partir da interpretação dos con-

ceitos, como já foi observado. Tendo em vista essa situação, a discricionariade, para que não resulte em abuso, "deve provir da valoração do intérprete dentro de critérios de razoabilidade e da principiologia do ordenamento,"²⁷ conforme propõe a professora Lúcia Valle Figueiredo.

Os atos discricionários são aqueles que mais rigorosamente devem ser controlados. Isso não é tolher o administrador ou lhe usurpar sua função, mas, ao revés, serve para coibir a impunidade de manifestos desvios de poder. Quanto maior a liberdade, mais intenso deve ser o controle, segundo o sistema de recíprocos contrapesos entre os Poderes.

Quanto ao controle judicial relativo aos atos administrativos discricionários, a história, no Brasil, evidencia uma constante ampliação da revisão judicial. As diretrizes gerais do assunto foram determinadas, no início da República, pela Lei 221, de 1894. Nesta, os limites do controle judicial começavam onde se iniciava o mérito ou o merecimento do ato administrativo, não se permitindo que o exame se estendesse a aspectos como conveniência e oportunidade.

Após a edição da referida lei, contrapuseram-se duas correntes, uma inspirada no Direito americano e outra com base no Direito francês. Para a primeira, o controle dos tribunais comuns deveria ser estendido sobre os atos administrativos. A segunda tendência adotava o princípio da dupla jurisdição, impedindo o exame dos atos do Executivo pelos tribunais comuns. Como se pode observar, a primeira orientação até hoje é a prevalente.

O Supremo Tribunal Federal, desde os primórdios, entendia que os limites da investigação do Judiciário se-

26 PESSOA, Roberto Santos. Princípio da Eficiência e Controle dos Atos Discricionários. <http://www.jus.com.br/doutrina/preficia.html>, 30 de outubro de 1999.

27 FIGUEIREDO, Lúcia. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 124.

riam o mérito dos atos administrativos. O problema residiria exatamente na definição do que seria o mérito.

Há tendência no sentido de que, quando a norma concede poder discricionário, tal poder deveria ser exercido de forma que a decisão melhor atendesse ao interesse público. No entanto, essa idéia tem contra si as várias situações em que a própria proposição normativa claramente equipara as alternativas possíveis. A definição dos limites da discricionariedade é tarefa árdua, dada a multiplicidade de elementos que devem ser considerados.²⁸

Na realidade, o controle judicial diz respeito à forma do ato, à competência da autoridade que o exarou e à existência ou não de desvio de finalidade. É justamente nesse último elemento que podem ser vislumbradas a influência da alopoiese em tais tipos de atos, a qual deve ser repudiada.

O Judiciário apenas deve anular um ato administrativo discricionário, no que concerne ao objeto, quando haja violação aos limites relativos ao exercício das faculdades discricionárias (razoabilidade, causa, proporcionalidade, boa-fé, dentre outros).

Caso uma norma exclua a possibilidade de controle judicial de certos atos, por considerá-los discricionários, tal norma indubitavelmente padecerá do vício de inconstitucionalidade. No entanto, não cabe ao Judiciário, sob pena de afronta ao princípio da separação dos Poderes, anular um ato por considerá-lo inoportuno ou inconveniente, mas poderá anulá-lo quando esse seja ilegítimo. Deve, portanto, tal controle verificar os limites da discricionariedade, e não estabelecê-los.

28 Cf. SILVA, Almir do Couto e "Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro", *Revista de Direito Administrativo*, v. 179, Rio de Janeiro, p.66, jan./jun. 1990.

Na realidade, tanto da argumentação entimemática utilizada pelo administrador público em se tratando de atos administrativos discricionários, quanto aquela exarada pelo Judiciário, quando do controle da atuação discricionária daquele não podem estar permeadas de critérios alopoiéticos, sob pena de não serem qualificadas como ontologicamente jurídicas.

5. Conclusões.

Como se pode observar da análise do tema, muito se discute acerca da possibilidade ou não de ser a atividade discricionária da Administração controlada pelo Poder Judiciário. Ademais, há divergências quanto à extensão de tal controle, quando admitida sua existência.

No entanto, considerar como intocáveis determinados atos, por terem como nota característica a discricionariedade, significa dar poderes demasiadamente amplos ao administrador público. Esse, em todos os atos, em maior ou menor grau, deve ser controlado, visto que nem sempre a finalidade última de sua prática é o interesse público. Em diversas ocasiões, a Administração se utiliza de argumentação entimemática, obtendo por via transversa soluções que mais atendem ao interesse particular egoísta do administrador do que aos anseios da sociedade.

É exatamente nesse passo que cabe o controle de seus atos, ainda que discricionários, intervindo tanto as autoridades hierarquicamente superiores como o Judiciário. Como se constatou, há limites à discricionariedade, cuja observância deve ser verificada por ocasião do controle, tendo em vista que a liberdade concedida ao administrador público não deve ser utilizada em proveito próprio ou

de forma desviada da finalidade legal. Essa parcela de liberdade apenas representa o reconhecimento de que a Administração está em melhor condição para adotar o comportamento mais adequado à satisfação do interesse público, considerado ideal no caso concreto.²⁹

O controle, dessa forma, igualmente pode incidir sobre certas condutas do administrador que são discricionárias exatamente pelo fato de serem norteadas por conceitos jurídicos indeterminados.

Embora parcela da doutrina diferencie ambos os temas, não se pode olvidar que, em muitos casos, são exatamente aquelas espécies de conceitos que ensejam o surgimento de faculdades discricionárias. Também nessa hipótese, pode a Administração, com base em interpretação equivocada de algum conceito exposto em lei, atuar arbitrariamente. Caso isso aconteça, deve ser efetivado o controle de sua atuação, sendo anulado o ato, tendo em vista a ocorrência de desvio de finalidade.

A omissão quanto ao controle de atos discricionários, especialmente quando permeados por entimemas, é conduta reprovável e inconstitucional. Nessas hipóteses, deve-se observar detidamente, notadamente o Judiciário, se foram respeitados os limites à atuação discricionária e se foi correta a exegese dos conceitos jurídicos indeterminados.

29 Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p.311.

6. Referências bibliográficas

- ADEODATO, João Maurício. A Concretização Constitucional de Friedrich Müller. In: DINIZ, José Janguê Bezerra (org.). *Direito Constitucional*. Brasília: Consulex, 1998, pp. 15-20.
- _____. O Silogismo Retórico (Entimema) na Argumentação Judicial. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 9, 1998, pp. 135-156.
- COSTA, Regina Helena. Conceitos Jurídicos Indeterminados e Discricionariedade Administrativa. *Justitia*, a. 51, v. 145, Ministério Público Estadual, jan./mar. pp. 34-54, 1989.
- FERREIRA, Sérgio de Andréa. Atos Administrativos: elementos, poder discricionário e o princípio da legalidade, limites da convalidação, formas de extinção. *Boletim de Direito Administrativo*, a. 13, n. 5. Maio, pp. 321-326, 1997.
- FIGUEIREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1994.
- FREITAS, Juarez. Os Atos Administrativos de Discricionariedade Vinculada aos Princípios. *Boletim de Direito Administrativo*, a. 11, n. 6. jun. pp. 324-337, 1995.
- GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 5. ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.T.I.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999
- _____. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed.

- São Paulo: Malheiros, 1998.
- NEVES, Marcelo. A Crise do Estado: da Modernidade Central à Modernidade Periférica - anotações a partir do pensamento filosófico e sociológico alemão. *Anais do Congresso dos Tribunais de Contas do Brasil*, 1992. Recife, 1992, pp. 157-170.
- _____. Da Autopoiese à Alopoiese do direito. *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 5. pp. 273-298, 1992.
- PESSOA, Robertônio Santos. *Princípio da Eficiência e Controle dos Atos Discricionários*. [Http://www.jus.com.br/doutrina/precificie.html](http://www.jus.com.br/doutrina/precificie.html), 30 de outubro de 1999.
- QUEIRÓ, Afonso Rodrigues. A Teoria do Desvio de Poder em Direito Administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, v. VI. pp. 41-78.
- RODÓ, L. Lopes. O Poder Discricionário da Administração - evolução doutrinária e jurisprudencial. *Revista Forense*, a. 52, v. 157. jan./fev. pp. 74-78, 1955.
- SAINZ MORENO, Fernando. *Conceptos Jurídicos, Interpretación y Discricionariad Administrativa*. Madrid: Editorial Civitas, 1976.
- SILVA, Almiro do Couto e. Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro. *Revista de Direito Administrativo*, v. 179. jan./jun. pp. 51-67, 1990.
- SOBOTA, Katharina. Não Mencione a Norma! *Anuário do Mestrado em Direito*, n. 7. p. 251-273, 1995.
- VILANOVA, Lourival. Norma Jurídica - Proposição Jurídica. *Revista de Direito Público*, a 15, n. 65. jan./mar. pp. 12-26, 1982.

O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES – Uma Análise sob a Ótica do Direito Comparado (Alemanha, Portugal e Brasil)

Lúcio Grassi de Gouveia

Juiz de Direito da Capital, Doutorando em Direito pela Universidade Clássica de Lisboa, Mestre em Direito pela UFPE, Professor de Direito Processual Civil da Esmape, Professor de Direito Processual Civil da UNICAP, Coordenador de Divulgação Científica e Cultural da Esmape.

SUMÁRIO

1. Importância e Origem 2. Espelhos do Gênero Cooperação dos Tribunais com as Partes. 2.1. O dever de esclarecimento 2.2. O dever de prevenção 2.3. O dever de consultar as partes 2.4. O dever de auxiliar as partes 3. Deveres comuns do Tribunal e das Partes 4. A Violação do Dever de Cooperação pelo Tribunal 5. Referências Bibliográficas

1. Importância e Origem

Algo digno de nota na legislação de processo civil europeia é a ênfase dada por algumas legislações ao instituto-princípio da cooperação intersubjetiva na sua face - cooperação dos juízes e tribunais com as partes.

No que diz respeito à posição dos tribunais, em diversos dispositivos do Código de Processo Civil português, o legislador fixou normas que dirigem a atividade dos tribunais diante do princípio da cooperação, se bem que em alguns casos não tenha ido às últimas consequências, como o fez o legislador alemão. Porém, como veremos, a limitação não é tão extensa, como pretendem alguns autores portugueses.

De origem alemã, o princípio da cooperação corresponde ao direito de perguntar do juiz (*Fragerecht*), que corresponde a um dever de perguntar e esclarecer (*Frage und Aufklärungspflicht*). Admite inclusive o direito alemão recurso, que em termos práticos equivale ao recurso de revista português, quando não tenha sido exercido, devendo tê-lo sido, isto é, nos casos em que fosse aconselhável o esclarecimento das posições, de fato e de direito, das partes e a introdução de eventuais perspectivas judiciais dela divergentes.

Regula a ZPO alemã que "o juiz deve, nomeadamente, solicitar o esclarecimento ou o completamento de alegações de fato ambíguas ou incompletas, promover a alegação de todos os fatos relevantes com interesse para a causa, fixar com as partes o sentido dos conceitos de direito por elas utilizados (a fim de determinar divergências que possam levar à necessidade de alegar os fatos que neles se subsumem, pois que, não sendo controvertido um conceito de direito da linguagem vulgar que não constitua do "thema decidendum" essa alegação pode ser dispensada), dar a conhecer às partes e com elas discutir as possibilidades de solução do pleito, quer no plano da apreciação da prova, quer no do direito a aplicar (prevenindo assim as decisões-surpresa) e, excepcionalmente, aconselhar as partes à alteração da causa de pedir ou do pedido (de modo a evitar a propositura duma segunda ação). Embora a lei não distinga, para o efeito, entre os processos em que as partes se fazem representar e aqueles em que não se fazem representar por advogado, o dever de perguntar e esclarecer adquire, obviamente, mais importância nos segundos. Os limites do dever judicial

são controvertidos, mas afirma-se inequivocamente que o juiz não pode assumir o papel de consultor jurídico de uma das partes (não lhe é lícito, por exemplo, aconselhar a dedução da exceção de prescrição). O § 139 da ZPO é corretamente considerado conter um dos aspectos de regime mais importantes do direito processual civil.¹¹

O § 139 do Código de Processo Civil Alemão (ZPO) dispõe que "o presidente deve fazer com que as partes se expressem inteiramente sobre os fatos decisivos (*Erhe-llliche Tatsachen*) e formulem pedidos úteis e particularmente completem as alegações insuficientes dos fatos invocados e indiquem meios de prova. Neste objetivo, ele deve, se necessário, trazer às partes a situação litigiosa em seus aspectos factuais e jurídicos e fazer perguntas. O presidente deve chamar a atenção para os meios que devem ser levantados de ofício pelo tribunal. Ele deve permitir a todos os agentes processuais, sobre suas pretensões, que formulem perguntas"¹².

Assim, tem o juiz a obrigação de esclarecer os fatos do litígio (*Aufklärungspflicht* ou *Hinweispflicht*) e de incitar as partes a trazerem para os autos os complementos de informação ou as provas necessárias à solução do litígio. Essa obrigação - que logicamente se realiza mais frequentemente no momento em que as partes não estão representadas por advogados, não deve ser excluída no caso contrário - tende a permitir uma solução correta do conflito nas hipóteses em que as partes não tenham invo-

¹¹ FREITAS, José Leite. *Introdução ao Processo Civil - Conceitos e Princípios Gerais à Luz do Código Revisado*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 152. (transcreve Rosenberg-Schwab, *Zivilprozessrecht*, cit. ps. 456-459, e Jauernig, *Zivilprozessrecht*, cit. pp. 76-79.)

¹² FERRAND, Frédéric. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, 1997, p. 199.

cado e provado suficientemente para poder atingir seus objetivos no processo. Dessa forma, o juiz terá a obrigação de advertir o autor da insuficiência da motivação do seu pedido (*Klagebegründung*) ou o réu do fato que suas negativas insuficientes irão remeter a causa à procedência do pedido, ou ainda que suas defesas não estão claramente definidas. O juiz tem, portanto, um papel ativo tendente a fazer com que as partes se expressem completamente sobre os pontos necessários à solução do litígio. Em matéria de prova, o tribunal deve igualmente advertir o litigante que suporta o ônus da prova que, por exemplo, não pode deixar de trazê-la quando referente a um fato decisivo contestado: efetivamente, as partes - ou seus defensores - têm diante das incertezas a necessidade de trazer concretamente a prova de tal ou tal fato da demanda. Essa intervenção do juiz não modifica, em princípio, o objeto do litígio. Ela pode, apesar disso, ocorrer de forma diferente, até que o juiz incite as partes a "formular pedidos úteis" (*sachdienliche Anträge zu stellen*), pois ele pode aconselhar a parte a modificar seu pedido (*Klageänderung*) se aquele for o único meio para que o autor atinja seu objetivo processual, ou o réu de expor um novo meio de defesa - tal como a prescrição da ação (nesse ponto a autora dá interpretação mais abrangente ao dispositivo, o que Lebre de Freitas não admite - observação nossa). Porém, a jurisprudência é bastante reticente em aceitar uma intervenção persecutória do juiz, porquanto ela teme a perda da neutralidade desse último, caso ele se intrometa excessivamente no pedido ou defesa de uma parte. A obrigação de esclarecimento do tribunal se acompanha logicamente de um direito - e dever - de questionamento

decorrente da necessidade de clarificar os fatos a fim de alcançar uma solução concreta do litígio. Essa obrigação não contraria o princípio dispositivo na medida que esse impõe de não fazer entrar no objeto da demanda que faz com que as partes tenham que trazer, o que significa que o tribunal não pode por ele mesmo introduzir fatos e provas novos, mas tem o direito de solicitar das partes que completem informações ou provas a partir dos fatos alegados por elas³.

O § 139 - 1 da *Zivilprozessordnung* dispõe que ao juiz cabe assegurar que as partes se pronunciem completamente e apresentem os respectivos articulados sobre todos os fatos relevantes da causa e, em especial, que completem as deficiências dos fatos feitos valer e indiquem os meios de prova. Para esse fim, deve, na medida do necessário, ouvir as partes, de fato e de direito, sobre a relação controvertida e fazer perguntas⁴.

K. G. Deubner faz, porém, uma crítica ao judiciário alemão, alegando que "parece porém que o princípio contido no § 139 ZPO seja com bastante freqüência ignorado na prática dos tribunais e que os juízes reduzam freqüentemente sua importância a algumas perguntas aos advogados das partes. Com efeito, o dever de esclarecimento supõe que o magistrado dirija e controle o processo e o prepare metodicamente; ou ele não terá freqüentemente o tempo em razão da carga de trabalho e do número de litígios que lhe são apresentados. É certo que quanto mais o juiz tem processos a decidir e mais aja desta forma,

³ Idem

⁴ FREITAS, *op.cit.* p.152

mais passivo, como um simples árbitro encarregado de desempatar os interesses que se apresentam”⁵.

Tal previsão legal de um posicionamento ativo e assistencial do juiz alemão ocorre na esteira de sucessivas reformas que vieram consolidar essa orientação. Inicialmente, o chamado *Emminger Act* de 1924 veio reforçar os poderes do juiz, acabando com a concepção liberal do processo, tendo tais poderes sido ainda ampliados em 1933, regulação inspirada em concepção publicística do processo. Uma importante reforma veio ainda a ter lugar em 1955. O Prof. Fritz Baur havia efetuado, nos seus escritos teóricos, várias sugestões em ordem à concentração do julgamento oral, sugestões essas que foram acolhidas pelo então juiz presidente do tribunal de Estugarda, tendo passado a apelidar-se de “modelo de Estugarda” o sistema que daí resultou. Tratava-se de concentrar os atos num julgamento oral, em que as provas seriam ali apresentadas ininterruptamente, e o réu encorajado a defender-se em tempo útil, sob pena de preclusão. Baseado nessa experiência, o processo civil alemão foi alterado pela chamada “Emenda de simplificação”, que entrou em vigor em 1 de julho de 1977. O essencial dessa forma simplificada de processo consiste em conceder-se ao tribunal bastante flexibilidade na respectiva orientação, cabendo ao juiz a fixação dos limites temporais para a realização dos atos das partes e das audiências. O juiz tem a faculdade de marcar uma primeira audiência após a recepção da petição inicial, na qual poderá ser realizada a instrução e proferida a sentença final, caso a ação não seja contestada. Após a apresentação das peças processuais, o juiz pode convidar as partes a completarem ou cot-

rigirem as suas alegações, donde resulta que aquelas não ficam definitivamente vinculadas às suas peças escritas iniciais, havendo ainda, nessa fase preparatória do julgamento, um contato direto e oral entre o juiz e as partes. Logo após a abertura da audiência de julgamento, o juiz fixa os fatos que considera relevantes para a decisão da causa e relativamente aos quais se produzirá a prova oferecida pelas partes, no prazo que o tribunal, previamente, também fixou⁶.

2. Espécies do Gênero Cooperação dos Tribunais com as Partes

O direito processual civil português, na esteira da modernização-publicização do processo civil mundial, fixa um poder-dever ou dever funcional do Tribunal de colaborar com as partes. Esse desdobrar-se-ia, segundo Miguel Teixeira de Sousa, em quatro deveres essenciais: dever de esclarecimento, dever de prevenção, dever de consultar as partes e dever de auxiliar as partes⁷.

2.1 O dever de esclarecimento

O dever de esclarecimento consiste no dever do tribunal de se esclarecer junto às partes quanto às dúvidas que tenha sobre as suas alegações, pedidos ou posições em juízo (cfr. art. 266º, nº 2 do CPC português), de molde

6 VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. *Novas Tendências do Processo Civil no Âmbito do Processo Declarativo Comum (Alguns Aspectos)* - In: FGA, 1995, II, p. 880/881.

7 SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*, 2. ed. Lisboa: Lex, 1997, p. 65.

5 FERRAND, *op. cit.*, p. 200.

a evitar que a sua decisão tenha por base a falta de informação e não a verdade apurada. Implica um dever recíproco do tribunal perante as partes e destas perante aquele órgão: o tribunal tem o dever de se esclarecer junto às partes e essas têm o dever de o esclarecer (cfr. art. 266º - A do CPC português). Quanto ao primeiro aspecto, encontra-se consagrado no art. 266, nº 2 do CPC português: o juiz pode, em qualquer altura do processo, ouvir qualquer das partes, seus representantes ou mandatários judiciais, convidando-os a fornecer os esclarecimentos sobre a matéria de fato ou de direito que se afigurem pertinentes e dando-se conhecimento à outra parte dos resultados da diligência. O segundo dos referidos aspectos (dever de esclarecimento do tribunal pelas partes) está previsto no art. 266º, nº 3 do CPC português: as pessoas às quais o juiz solicita o esclarecimento são obrigadas a comparecer e prestar os esclarecimentos que lhes forem pedidos, salvo se tiverem uma causa legítima para recusar a colaboração requerida. Deve considerar-se legítima a recusa baseada em qualquer das circunstâncias do art.º 519º, nº 3 do CPC português.

Com a reforma, suprimiu-se a expressão "nos termos da lei" (art. 266, nº 3 do CPC português), o que afasta o entendimento que havia em alguns tribunais de que a parte não teria dever de prestar esclarecimentos senão quando uma norma especialmente o impusesse.

Observe-se que esse tipo de atuação assistencial do juiz favorece o que a doutrina moderna chama de igualdade de armas no processo civil. A parte financeiramente mais débil, que não possui recursos para contratar bons escritórios de advocacia, vê-se assistida pelo juiz de for-

ma a propiciar a diminuição do abismo que a separa de uma atuação eficaz. A ampliação dos poderes do juiz propicia a justiça social, desde que, evidentemente, não se choque com os direitos fundamentais do cidadão. Nessa linha, "a intervenção do juiz tende a provocar o clareamento das questões de fato e de direito que fundamentam a pretensão da parte. O exemplo mais conhecido de intervenções deste tipo é o interrogatório da parte com a finalidade de clarificar as alegações, que teve sua aplicação mais importante nos códigos processuais alemão e austríaco e que foi estudado por Mauro Cappeletti como instrumento direto a promover a efetiva igualdade das posições das partes no processo. Esse tipo de poder do juiz se presta a, além da assistência prestada ao litigante débil, por suprir a deficiência da sua defesa, também sob o plano de uma verdadeira e própria "inquisição" para além dos limites formais das alegações das partes. É significativo o fato, que é próprio de uma norma desse tipo, de acentuar o caráter inquisitório do processo civil na República democrática alemã, onde vigora até hoje (texto do ano de 1971 - observação nossa) a *Zivilprozessordnung* alemã, certamente inspirada em princípios liberais tradicionais. Pelo que interessa, de qualquer modo, não há dúvida de que o poder de clarificação, no seu uso assistencial direto a obter a melhor defesa das razões do litigante débil, regressa no quadro do emprego da técnica do processo por finalidade social"⁸.

No processo civil brasileiro, no que diz respeito ao dever de esclarecimento, ou seja, a oitiva das partes pelo

8 DENTI, Vittorio, *Processo civile e giustizia sociale* Milano: Edizioni de, Comunità, 1971, p. 64.

juiz, para que forneçam esclarecimentos sobre matéria de fato ou de direito, é perfeitamente possível, diante do disposto nos arts. 340, inc. I e 342 do CPC brasileiro, aquele ao prescrever o dever da parte de comparecer em juízo, respondendo ao juiz o que lhe for interrogado e este permitindo que o juiz, de ofício, em qualquer estado do processo, determine o comparecimento pessoal das partes, a fim de interrogá-las sobre os fatos da causa. Não podem ter outro desiderato tais dispositivos se não propiciar ao juiz obter esclarecimentos junto às partes, para julgar adequadamente o processo. Além desses dispositivos legais e outros presentes no nosso Código de Processo Civil, regem tal atividade os dispositivos dos arts. 130, 131 e 339 do CPC brasileiro: o primeiro referente à possibilidade de determinação de produção de provas pelo juiz; o segundo propiciando que o julgamento seja orientado pelo princípio do livre convencimento motivado e o último determinando que todos têm o dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade.

Assim, a chamada neutralidade do juiz, no sentido de não utilizar seu poder assistencial, longe de garantir a justiça, confirma e reflete no processo a supremacia financeira de uma parte sobre a outra e deve ser evitada num processo orientado pelo princípio da cooperação intersubjetiva que deve primar pela igualdade de armas.

2.2. O dever de prevenção

É o dever do tribunal prevenir as partes sobre eventuais deficiências ou insuficiências das suas alegações ou pedidos (cfr. arts. 508, nº 1, al. b, 508º-A, nº 1, al. c, 690º,

nº 4, e 701º, nº 1 do CPC português). Tem finalidade assistencial do tribunal e não implica qualquer dever recíproco das partes perante aquele. Consagra-se no convite ao aperfeiçoamento pelas partes dos seus articulados (arts. 508º, nº 1, al. b e 508º - A, nº 1, al. c do CPC português) e nesse caso, deve ser promovido pelo tribunal sempre que o articulado possua irregularidades (art. 508º, nº 2 do CPC português) ou mostre insuficiências ou imprecisões na matéria de fato alegada (art. 508º, nº 3 do CPC português). O dever de prevenção tem âmbito mais amplo: vale genericamente para todas as situações em que o êxito da ação a favor de qualquer das partes possa ser frustrado pelo uso inadequado do processo. São quatro áreas fundamentais, em que o dever de prevenção se justifica: a explicitação de pedidos pouco claros, o caráter lacunar da exposição dos fatos relevantes, a necessidade de adequar o pedido formulado à situação concreta e a sugestão de uma certa atuação⁹. Assim, por exemplo, o tribunal tem o dever de sugerir a especificação de um pedido indeterminado; de solicitar a individualização das parcelas de um montante que só é globalmente indicado; de referir as lacunas na descrição de um fato; de se esclarecer sobre se a parte desistiu do depoimento de uma testemunha indicada ou apenas se esqueceu dela e de convidar a parte a provocar a intervenção de um terceiro (cfr. art. 265º, nº 2 do CPC português).

Quanto ao dever de prevenção, o nosso Código de Processo Civil admite, por exemplo, que se o juiz verificar que a inicial não preenche os requisitos dos arts. 282 e 283,

⁹ SOUZA, *op.cit.*, p.66

ou que apresenta defeitos ou irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, **determinará** que o autor a emende, ou a complete, no prazo de dez (10) dias. Nesse ponto vislumbramos um evidente **dever** de cooperação do tribunal com as partes, que corresponde a um direito subjetivo do autor, cujo descumprimento é suscetível de causar cerceamento de defesa e consequente nulidade de sentença de indeferimento da exordial.

Não concede, porém, o legislador brasileiro oportunidade para que a parte ré emende ou corrija a contestação, o que poderia ser enxergado como uma quebra do princípio da isonomia, ferindo inclusive norma constitucional. Observo ainda que no que diz respeito aos dispositivos reguladores da alteração do pedido ou causa de pedir, nosso diploma legal tem ainda mecanismos bastante limitados.

Na aplicação prática do princípio da cooperação - na sua modalidade dever de prevenção - nossos juízes chegam a determinar que as partes explicitem pedidos pouco claros e que colmatem lacunas existentes na exposição de fatos relevantes. Mas dificilmente determinam que elas adaptem o pedido formulado à situação concreta. E raramente sugerem uma certa atuação da parte, como ocorre na Alemanha. É que persiste em nosso direito o dogma da imparcialidade que muitas vezes leva o possuidor do melhor direito, aquele que deve sair vitorioso na demanda, a sair derrotado por não dispor de meios econômicos para custear uma boa defesa.

Podemos falar aqui também em garantia da igualdade de armas no processo. Em consequência, a parte não poderá ser prejudicada por uma posição passiva do tribunal, pois as deficiências e insuficiências apresentadas poderão ser sanadas na oportunidade a ser concedida.

Privilegia-se a verdade material em detrimento de uma verdade meramente formal.

2.3. O dever de consultar as partes

O tribunal deve consultar as partes sempre que pretenda conhecer a matéria de fato ou de direito sobre a qual aquelas não tenham tido a possibilidade de se pronunciarem (cfr. art. 3º, nº 3 do CPC português), porque, por exemplo, o tribunal enquadra juridicamente a situação de forma diferente daquela que é a perspectiva das partes ou porque esse órgão pretende conhecer oficiosamente certo fato relevante para a decisão da causa. É dever de caráter assistencial do tribunal perante as partes. Encontra-se estabelecido no art. 3º, nº 3 do CPC português: "salvo no caso de manifesta desnecessidade, o tribunal não pode decidir uma questão de direito ou de fato, mesmo que seja de conhecimento oficioso, sem que as partes tenham tido a possibilidade de se pronunciarem sobre ela". Assim, evitam-se as "decisões-surpresa", isto é, as decisões proferidas sobre a matéria de conhecimento oficioso sem a sua prévia discussão pelas partes.

O texto legal exige que seja dada oportunidade à parte para se manifestar. Se concedida a oportunidade, a mesma deixa o prazo decorrer sem qualquer manifestação sobre a questão, não há que se falar em infração pelo tribunal do dispositivo legal nem em decisão-surpresa.

Toda essa questão há muito tempo vem sendo estudada na Alemanha. Na jurisprudência do Bundesverfassungsgericht alemão, o direito ao "rechtliches Gehör" resulta portanto delineado como direito de incidir em or-

dem a qualquer questão, de fato ou de direito, de rito ou de mérito, cuja solução possa influir na decisão jurisdicional. E essa solução vem compartilhada também por grande parte da doutrina, a qual vai, enfim, convencendo-se de que as alegações ou deduções jurídicas dos interessados não são um acréscimo inútil ou supérfluo, mas o exercício da garantia de ação e de defesa e que a individualização e a interpretação da norma a aplicar não constituem uma prerrogativa intangível e exclusiva do magistrado¹⁰.

Vislumbra-se o dever do juiz de informar as partes da orientação jurídica a ser adotada antes mesmo do proferimento da decisão, para que possam influir diretamente sobre a mesma, evitando-se assim que sejam surpreendidas por fundamentos até então inesperados.

Evidencia-se de forma incontroversa que o direito de influir sobre o desenvolvimento da controvérsia e sobre o conteúdo da decisão restará inevitavelmente oprimido se os interessados não tiverem a oportunidade de acompanhar e examinar previamente os fundamentos jurídicos do órgão julgante.

Para Arndt, tal debate não deve transformar-se em espécie de seminário para análise teórica de hipotéticas questões jurídicas e não pode sacrificar valores de independência e imparcialidade do juiz. O objetivo de fundo que anima a tese é simplesmente aquele de assegurar de maneira adequada a exigência de efetividade inerente à

garantia de ação e de defesa, precavendo-se as partes do perigo das decisões - surpresa (*Überraschungsentscheidungen*)¹¹.

Defende a doutrina alemã a necessidade de manifestação das partes de forma a evitar decisões - surpresa como corolário do princípio constitucional do direito de ação e de defesa e não somente como emanção direta de normas infraconstitucionais. No caso alemão, ressalte-se ainda a importância do § 139 da ZPO, que dispõe sobre o dever do juiz de discutir com as partes os aspectos de fato e de direito da relação material, bem como da processual. Segundo Rosenberg, "não deve suceder que uma certa decisão venha proferida pelo simples motivo de que uma dada alegação (*Behauptung*) não tenha sido feita, um meio de prova não tenha sido indicado, um determinado requerimento não apresentado; o juiz deverá agir com cuidado. Isso vale, em particular modo, se o juiz valora o material processual (*Streitstoff*) sobre um perfil jurídico diverso daqueles expostos pelas partes. Em tal caso a Corte deverá informar à parte da mudança de valoração jurídica e convidá-la a adequar suas próprias alegações. Isso porque deve haver discussão também do aspecto do direito em causa; o juiz não deve fazer mistério da sua opinião jurídica; a sentença não deve consistir em surpresa para as partes"¹².

A doutrina costuma salientar a importância significativa da experiência do "processo-modelo" praticado já há vários anos com notável sucesso do Tribunal de Estugarda, no qual os juízes comunicam formalmente às par-

10 TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco* # Italiano. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974. p. 647.

11 *Idem*, p. 659.

12 *Idem*, p. 660.

tes a conclusão jurídica alcançada na deliberação preliminar da causa. "O sucessivo debate oral permite um aprofundamento das discussões quanto aos aspectos de fato e de direito da controvérsia. Parece assim um modo extremamente válido para afastar o perigo das "decisões-surpresa" e colocar os interessados em condições de atuar eficazmente sobre o desenvolvimento e sobre o êxito do julgamento. O desprezo ao contributo crítico e construtivo das partes estimula um uso excessivo dos instrumentos de recurso, com todas suas conseqüências negativas. Uma tempestiva comunicação da própria *Rechtsauffassung* da parte do órgão judicante favorece, obviamente, também a concentração das operações processuais e um mais rápido desenvolvimento do juízo. O resultado do "modelo de Estugarda" confirma que o diálogo aberto e sem preconceitos facilita a obra de seleção dos elementos relevantes, agiliza a reconstrução do caso concreto e garante também uma decisão mais correta, enquanto o "prestigioso" silêncio do juiz constrange as partes a alegações supérfluas e dificulta a "busca da verdade". É apenas o caso de constatar-se que celeridade e concentração do processo e correteza da pronúncia são valores estritamente conexos à própria garantia de ação e de defesa"¹³.

A necessidade de que a decisão seja fruto da colaboração dos intervenientes processuais é muitas vezes ressaltada. Entende-se que não basta que o órgão judicante esteja convencido da exatidão da solução, se tal solução não é obtida em maneira correta e verificável. E a sentença não deve ser aceita somente pela sua natureza

¹³ *idem*, p. 667.

de ato imperativo, mas pela sua força intrínseca de persuasão obtida através da colaboração dos protagonistas do processo. Calamandrei recordava: "se o processo deve servir sobretudo para garantir a paz social, decependo a todo o custo o litígio com uma solução de força, qualquer procedimento obrigatório, porque obedece a uma solenidade formal que pode deixar a marca da autoridade, pode servir a esse escopo. Mas se o escopo do processo se coloca não em qualquer resolução autoritária do litígio, mas na decisão deste, segundo verdade e segundo justiça, agora então os mecanismos processuais devem adequar-se a essa questão mais delicada e profunda e o interesse do processo se concentra nos métodos de que esse se cerca, e se adentra, sem contentar-se com a forma externa, nos sutis meandros lógicos e psicológicos da mente a quem essa investigação está confiada"¹⁴.

Enfatiza Trocker que "o *Rechtsgespräch* tende mesmo a redescobrir o homem sob a toga do magistrado", por dar ao cidadão a sensação de encontrar no "guardião da lei" um verdadeiro interlocutor que aceita a cooperação para a formação da decisão, e não um simples representante do poder público que do alto emite uma pronúncia vinculante. Em tal senso o "diálogo" garante a democratização do processo e impede que o princípio do "iura novit curia" seja fonte de uma atitude autoritária ou instrumento de opressão. Ao mesmo tempo, isso atenua o caráter "burocrático" e "tecnicístico" da justiça, cujas repercussões negativas são particularmente graves no nos-

¹⁴ *idem*, p. 670.

so ordenamento, no qual também a questão existencial mais delicada e importante possa encontrar no processo a própria sede de tratamento e definição. A idéia de *Rechtsgespräch* qualifica portanto a própria concessão do relacionamento entre cidadão e Estado e, superando a perspectiva estreita de um singular preceito constitucional, procura transferir no campo da função jurisdicional e da administração da justiça os valores e exigências de fundo nos quais se inspira a Constituição¹⁵.

Acentua-se ainda a possibilidade de uma atuação dos agentes processuais, organizada nesses moldes, poder propiciar ainda uma maior evolução do direito objetivo, posto que "se é verdadeiro que o processo jurisdicional determina não só a posição jurídica das partes mas precisa e delimita também o conteúdo e alcance de uma norma geral e abstrata contribuindo para elaboração de nova "norma" potencialmente geral, uma estreita colaboração entre juiz e partes pode indubitavelmente tornar a vantagem da evolução do direito objetivo. E isto em particular modo se - como se encontra sempre mais difusamente nos ordenamentos jurídicos modernos - a lei se limita a ditar a "diretiva" ou a "cláusula vaga e genérica", para propiciar aos intérpretes o delicado trabalho de concretizá-la e precisá-la¹⁶.

No referido "processo-modelo" de Estugarda foi inserido o diálogo direto entre juiz e partes, com parcial exclusão dos advogados do centro das operações processuais. E os resultados práticos demonstraram que a pre-

sença ativa dos litigantes põe o juiz em um mais imediato contato com a realidade, torna mais ágil uma rigorosa reconstrução dos fatos deduzidos em juízo e favorece a composição amigável da lide. Inútil dizer que esse último modo de resolução da lide permite regular e neutralizar ou superar o conflito social que se encontra na base da controvérsia judicial, mais facilmente que no caso de uma sentença proferida autoritariamente por um "terceiro".

E em estreita ligação com a participação pessoal das partes em juízo, se coloca a reavaliação do princípio da oralidade. O processo modelo de Estugarda colocou o debate oral, seguindo o modelo praticado no processo penal, como centro das operações processuais. Mas como a oralidade é um símbolo que não significa somente forma oral de manifestação do pensamento, deve agir correlacionada com os princípios da imediatividade, com contato direto do juiz e as partes e concentração dos atos processuais, evitando-se um processo excessivamente dilatado no tempo, que repercuta negativamente na efetividade do direito de ação e defesa.

Uma colaboração entre juiz e partes na valoração jurídica do caso concreto não desprestigia a Corte e proporciona uma eficaz e pronta administração da justiça, como ocorre nos tribunais alemães mencionados.

Os próprios juízes ingleses, apesar da tradicional imagem de passividade, não hesitam (sobretudo nos juízos de apelo) em descer aos litigantes para buscar e interpretar junto com eles a regra a ser aplicada ao caso concreto¹⁷.

15 *Idem*, p. 670

16 *Idem*, p. 671

17 *Idem*, p. 730.

Calamandrei, em seu livro *Processo e Democrazia*, no Tema III desse mesmo livro (intitulado *Indipendenza e senso di responsabilità del giudice*), e aludindo ao tradicional caráter secreto das decisões dos tribunais italianos, começa por afirmar que esse caráter constitui um "dogma" tão "rigoroso" que se o juiz, antes de pronunciar a sentença, deixasse de qualquer modo transparecer durante o processo a sua opinião, "cometeria uma irregularidade que talvez o expusesse a sanções disciplinares" - Esclarecendo, a tal propósito, que segundo "o costume (judiciário) italiano o juiz deve manter-se em todo o processo mudo e impenetrável como uma esfinge", pois que um simples "sorriso" poderia aparecer como "uma infração à majestade da função". Mas, a seguir o mesmo eminente autor logo obtempera que tudo isso está em contraste com os princípios modernos do processo oral: - "o qual pretende, sobretudo, fundar-se sobre a colaboração direta entre o juiz e os advogados, sobre a confiança e naturalidade das suas relações, sobre o diálogo simplificador de quem no pedir e no dar explicações procura esclarecer a verdade". - Acrescentando ainda que a "tendência do juiz italiano para se encerrar no seu impenetrável silêncio serve muitas vezes para demorar o processo; pois que o advogado que fala diante de um juiz que obstinadamente se cala e que mede até os seus próprios gestos para não trair aquilo que pensa, é constrangido a falar às cegas, com o risco de se demorar a expor argumentos acerca dos quais o juiz já está convencido, e de não responder a objeções que ele tem no seu espírito mas evita cautelosamente traduzir por palavras" E elucidando de igual sorte no mesmo sentido, que certos juízes, ligados à

tradição, crêem que, para melhor conservarem a sua dignidade e a sua autoridade defronte dos advogados, seja indispensável assumirem na sua função uma impassível solenidade de ídolos: - colocando entre si e os defensores um diafragma de incompreensão e de fatuidade; mas que "por fortuna" são em Itália "cada vez mais numerosos os magistrados que sentem a necessidade e têm a coragem de romper essa barreira de desconfiança e de tomar parte ativa no debate, sem terem medo de cortar ao meio a alegação do defensor para lhe propor quesitos e objeções e para trazerem à discussão as questões essenciais da causa". Salientando, por outro lado, que "estes são os magistrados que verdadeiramente entendem as exigências modernas da sua função"; e que "os advogados deveriam estar particularmente gratos a estes juízes que ousam romper a regra monástica do seu silêncio para transformarem a audiência, de inútil soliloquio de um retórico em face de uma assembléia de ensonados, num diálogo entre interlocutores vivos que procuram, através da discussão, compreender-se e convencer-se". E Calamandrei conclui, afirmando em muito impressivas palavras, que "importa ainda aqui, para que as instituições judiciárias correspondam às exigências de uma sociedade de homens livres, que seja abolido o seu tradicional caráter secreto, e deixar que também no processo circule entre magistrados e advogados este sentido de confiança, de solidariedade e de humanidade que é em todos os campos o espírito animador da democracia"¹⁸.

¹⁸ VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Poderes e deveres do juiz na conciliação judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976 p.514

É esse espírito que foi buscado pelo legislador na última reforma do Código de Processo Civil português. Pelos fundamentos supra-expostos, devem os tribunais portugueses, tendo em vista o caráter dialógico que é atribuído ao processo civil moderno e em consonância com o atual ordenamento jurídico português, atuar de forma a evitar a prolatação de "decisões surpresa", de acordo com o princípio da cooperação intersubjetiva.

No direito brasileiro, por ausência de previsão legal expressa, não estão proibidas as decisões-surpresa, nos moldes português e alemão, máxime quando se trata de matéria de apreciação oficiosa pelo juiz ou tribunal. Somente exemplificando, para aplicá-lo teríamos inclusive que retornar ao antigo sistema de anunciar o julgamento antecipado da lide, dando oportunidade para que as partes fossem intimadas da decisão e se manifestassem sobre ela.

2.4. O dever de auxiliar as partes

Consiste o dever de auxiliar as partes na remoção das dificuldades ao exercício dos seus direitos ou faculdades ou no cumprimento de ônus ou deveres processuais. Sempre que uma das partes alegue justificadamente dificuldade séria em obter documento ou informação que condicione o eficaz exercício de uma faculdade ou cumprimento de um ônus ou dever processual, o juiz deve, sempre que possível, providenciar a remoção do obstáculo (art. ° 266° do CPC português). Assim, a parte não virá a ter uma decisão desfa-

vorável pelo simples fato de não ter conseguido obter documento ou informação, devendo ser auxiliada pelo tribunal.

O texto legal exige que a dificuldade seja séria. Tenho defendido a compatibilização dessa previsão legal com o princípio constitucional da tutela jurisdicional efetiva, previsto no art. 20° da Constituição da República Portuguesa. Ou seja, a dificuldade deverá ser avaliada em consonância com o que seja um processo ágil, expedito. Dessa forma, se a obtenção do documento é possível pela própria parte, mas com um grau de dificuldade passível de comprometer a celeridade processual prevista no art. 20°, n° 4 do CPC português, deverá o tribunal mesmo assim solicitar a remessa do mesmo a juízo, cooperando com a parte.

No processo civil brasileiro, permite o nosso CPC que o juiz ordene a exibição de documento ou coisa em poder da parte ou de terceiro (arts. 355 e 360), possa inspecionar pessoas ou coisas para esclarecer fato que interesse à decisão da causa (art. 440), entre outros poderes. Deve-se, assim, impedir que a parte venha a ter contra si uma decisão por não ter conseguido obter documento ou informação imprescindíveis ao julgamento do processo.

Nesses termos, o dever de auxílio proporciona uma maior aproximação da verdade material, desprestigiando decisões puramente formais baseadas na ausência de provas que a parte não logrou êxito em obter.

3. Deveres Comuns do Tribunal e das Partes

No direito português, todos os intervenientes no processo devem agir em conformidade com um dever de correção e urbanidade (art. 266º-B, nº 1 do CPC português) e a marcação do dia e hora de qualquer diligência deve resultar de acordo entre o juiz e os mandatários judiciais (art. 155º, nº 1 do CPC português).

Miguel Teixeira de Sousa entende ter sido tacitamente revogado o Decreto-Lei nº 330/91, de 5/9, quanto à dispensa de justificação da falta de advogado a um ato judicial, por ser tal dispositivo contrário à efetivação e ao espírito dos princípios da cooperação e da correção recíproca, tendo em vista ainda o que dispõe o art. 155º, nºs 2 e 5 do CPC português, que exige que os mandatários impedidos em consequência de outro serviço judicial já marcado e que a marcação da diligência não tenha resultado de prévio acordo entre juiz e mandatários das partes, devem comunicar o fato ao tribunal¹⁹.

A marcação de diligência em comum acordo entre juiz e mandatários judiciais reflete a orientação adotada pelo legislador português de proporcionar à parte uma atuação real e efetiva em juízo. Não basta que seja preenchido o requisito legal de as partes estarem representadas em juízo por advogados. É necessário que sejam proporcionados meios para que os mandatários possam eficazmente defender os interesses das partes. Como já se disse, cooperação intersubjetiva implica atuação competen-

te e zelosa por parte dos advogados e essa não poderá ser obtida quando esse profissional, geralmente assoberbado de trabalho, tenha que compatibilizar realização de diligências em horários inconvenientes e inadequados, o que poderá impedir que o mesmo "dê o melhor de si" na defesa dos interesses de seu cliente.

No ordenamento jurídico brasileiro não existe previsão legal para que as audiências sejam marcadas em comum acordo com os advogados, sendo ato de mera liberalidade do juiz.

4. A Violação do Dever de Cooperação pelo Tribunal

Quanto à violação do dever de cooperação pelo tribunal no direito português, devemos distinguir duas situações:

- a) Pode se tratar de previsão fechada, que não deixe ao tribunal qualquer margem de apreciação quanto à sua verificação. Nesse caso, a omissão constitui nulidade processual, se, como em regra sucederá, essa irregularidade puder influir no exame ou decisão da causa (art. 201º, nº 1 do CPC português).
- b) Pode ainda tratar-se de previsão aberta, que necessita de ser preenchida pelo tribunal de acordo com sua ponderação. Cai no âmbito da discricionariedade do tribunal, não havendo, em caso de omissão, nulidade processual.

19 SOUSA, op.cit., 64.

No direito brasileiro, o grande problema é que geralmente as atribuições dos tribunais vêm previstas em lei como poderes (que podem ser usados ou não pelo juiz ou tribunal) e mesmo quando se apresentam como deveres não há geralmente (vimos, porém, caso em que defendi existência de nulidade) cominação de sanções como a nulidade processual para casos de descumprimento do dever de cooperação com as partes. Tal postura deveria ser repensada pelo legislador, que deve dotar nosso processo civil de instrumentos que propiciem a aplicação plena do princípio da igualdade de armas no processo civil, aproximando as decisões do que se convencionou chamar de verdade material.

5. Referências Bibliográficas

- DENTI, Vittorio. *Processo civile e giustizia sociale*. Milano: Edizioni de Comunità, 1971.
- FERRAND, Frédérique. *Droit privé allemand*. Paris: Dalloz, 1997.
- FREITAS, José Lebre de. *Introdução ao Processo Civil - Conceitos e Princípios Gerais à luz do Código Revisito*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- GOUVEIA, Lúcio Grassi de. *Interpretação Criativa e Realização do Direito*. Recife: Bagaço, 2000.
- SOUSA, Miguel Teixeira de. *Estudos Sobre o Novo Processo Civil*. 2. ed. Lisboa: Lex, 1997.
- TROCKER, Nicoló. *Processo Civile e Costituzione - Problemi di Diritto Tedesco e Italiano*. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 1974.
- VAZ, Alexandre Mário Pessoa. *Podere e Deveres do Juiz na Conciliação Judicial*. Coimbra: Coimbra Editora, 1976. vol I, Tomo I, p. 514.
- VAZ, Teresa Sapiro Anselmo. *Novas Tendências do Processo Civil no Âmbito do Processo Declarativo Comum (Alguns Aspectos)*. In: *ROA*, n.2, p. 880/881, 1995.

AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA

Lulz Carlos de Freitas Medeiros
Desembargador do Tribunal de Justiça de Pernambuco

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LV, dispõe que “ aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Discorrendo sobre esse dispositivo, Nery da Silveira põe em relevo que essa garantia implica “ no fundamento lógico do contraditório” (In Código de Processo Civil Comentado, nota ao art. 5º, LV, da Constituição Federal, 3ª ed. RT, 1997).

Nesse tema, é princípio de nosso direito positivo serem recorríveis todas as decisões terminativas e interlocutórias, elencando o Código de Processo Civil, em seu art. 496, II, o agravo como recurso específico das deci-

sões interlocutórias. Aliás, enquanto a primitiva redação desse dispositivo consignava, apenas, o agravo de instrumento, sua nova redação, dada pela lei nº 8.950/94, passou a denominar o recurso simplesmente de agravo, deixando claro que agravo é o gênero e que agravo regimental é uma espécie.

No agravo regimental, além dos regimentos dos tribunais e leis de organização judiciária, a lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, que institui normas procedimentais para os processos que especificam, perante o STF e STJ, em seu art. 39 dispõe: "Da decisão do Presidente do Tribunal, de Seção, de Turma ou de Relator que causar grave dano à parte, caberá agravo para órgão especial, seção ou turma, conforme o caso, no prazo de cinco dias".

Nesse sentido, observa o festejado processualista José Carlos Barbosa Moreira: "Agora, para a Corte Suprema e para o Superior Tribunal de Justiça, há a regra expressa no art. 39 da lei nº 8033/90, a nosso ver, susceptível de extensão, por analogia, aos outros Tribunais" (comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, art. 490, nº 109, pág. 187, sétima edição - Editora Forense).

No nosso caso, além da invocada extensão analógica, há a previsão expressa do art. 74, § 1º, do Regimento Interno deste Tribunal: "Das decisões do relator caberá agravo regimental para o órgão competente para o julgamento do feito".

Com efeito, a decisão do relator é, como de regra, impugnável, quer defira, quer indefira o requerimento.

Como bem acentua o mencionado processualista, José Carlos Barbosa Moreira: "... a tanto não obsta seu caráter discricionário. Diversamente do que às vezes se supõe, por insuficiente reflexão sobre o assunto, discricionariedade não implica inexistência de controle, que a converteria em arbitrio... De qualquer sorte, aqui como alhures, o relator age na qualidade de porta-voz do colegiado, ao qual não se afigura razoável subtrair, em termos definitivos, o exame da matéria, inclusive para verificar se o relator usou bem ou mal sua discricionariedade" (Op. cit. 647).

Assim, atento à aplicabilidade subsidiária das normas do Código aos processos regidos por leis especiais, cabe o recurso de agravo previsto na legislação processual civil contra decisão do relator que concede o provimento liminar em mandado de segurança. Como ensina, com manifesta propriedade, o ilustre processualista, "O cabimento em contrário, ou quando o repela claramente a sistemática da lei especial" (Op. Cit. Art. 530 CPC, volume V, nº 284, pág. 5020).

In casu, cuida que nem a lei especial o exclui especialmente, nem ocorre tal incompatibilidade.

Ademais, a Corte Especial do Colendo STJ, na Recl. 460/PE, sendo relator o Ministro José Dantas, decidiu, em acórdão, publicado no DJU de 14.09.98: "A decisão do juiz de Tribunal que concede liminar em mandado de segurança originário comporta agravo para o próprio Tribunal" (In Theotônio Negrão, Nota 26ª ao Art. 7º da lei nº 1533/51" (Idem, Corte Especial, In RSTJ, 40/202).

Acrescento, ainda, que o pedido de suspensão de liminar não exclui o recurso de agravo regimental, pois tal pedido é cabível, apenas, nos casos previstos no art. 4º, da lei 4.348/64, para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, enquanto o agravo regimental tem por finalidade atacar decisão liminar por outros e distintos fundamentos.

Comungo do entendimento de que o fato de a lei do mandado de segurança conter normas de direito processual não importa inadmitir outro recurso nela não expressamente presente, eis que, salvo as chamadas de mero expediente, porque não causam gravame, toda decisão é recorrível, conforme prevê lei posterior àquela - CPC, arts. 504 e 522- e especialmente porque a Constituição assegura ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes - CF, art. 5º, LV- (TJ-PR-Ac. Unan. da 1ª CC, de 12 de maio de 1998- AI 64.098-4-Rel. Des. Sydney Zappa).

A limitação recursal, nos processos de MS, pois os recursos cabíveis, em 1ª instância, são os previstos no art. 8º e 12º da lei específica, transparece entrar em confronto com o princípio da ampla defesa, previsto na Carta Magna, o que, como argumento, supera aquele utilizado, até então, para inadmitir o recurso.

Segundo o art. 252, do Regimento Interno deste Tribunal, o agravo regimental é cabível contra decisão monocrática do Presidente do Tribunal, dos Presidentes de seus Órgãos Fracionários, do Presidente do Conselho da Magistratura e dos Relatores, dentro de cinco dias, a contar de sua ciência.

Ora, não se trata de matéria processual, mas, simplesmente, regimental, como o próprio nome diz: agravo regimental, portanto, previsto no Regimento Interno de cada um dos Tribunais do país.

Acrescente-se, ainda, que compete privativamente aos Tribunais eleger seus órgãos diretivos e elaborar seus regimentos internos, com observância das normas de processos e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos, nos termos do art. 96, inciso I, letra 'a', da Constituição da República Federativa do Brasil.

A jurisprudência pátria, em sua quase universalidade, segue o diapasão de que cabe agravo regimental contra decisão monocrática de relator, quer conceda ou negue a liminar em sede de mandado de segurança, senão, vejamos:

SUSPENSÃO DE SEGURANÇA - AGRAVO REGIMENTAL - LEGITIMIDADE - CARGOS PÚBLICOS

- 1. Decisão que determina a suspensão da liminar concedida. 2 - Para agravar, por quem não é parte na suspensão de segurança e nem no mandado de segurança. Terceiro prejudicado. Sindicato na qualidade de substituto processual. Possibilidade reconhecida por voto de desempate do plenário. 3. Provimento por meio de ascensão funcional. Impossibilidade a partir da Constituição de 1998. Suspensão concedida para evitar grave lesão à ordem jurídica e a economia popular, considerando a jurisprudên-

cia já consolidada do Plenário da Corte. (STF - AGRSS 564 - MG - T.P. - Rel. Min. Paulo Brossard - DJU 09.06.1995).

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO REGIMENTAL - LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA - MULTA POR OCUPAÇÃO IRREGULAR DE IMÓVEL FUNCIONAL - INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA - PENDÊNCIA DE DIVERSA IMPETRAÇÃO NA JUSTIÇA FEDERAL - POSSIBILIDADE DE DECISÕES CONFLITANTES - MANUTENÇÃO DA LIMINAR ATÉ JULGAMENTO DEFINITIVO - 1 - Concedida liminar em mandado de segurança, a fim de que os impetrantes, servidores públicos, ex-sargentos da força aérea brasileira não tivessem seus nomes inscritos em dívida ativa da união, por débito relativo à multa por ocupação irregular de próprio nacional residencial, há de ser mantida a liminar até o julgamento definitivo da impetração, na medida em que tramita no âmbito da justiça federal outro *mandamus*, ajuizado pelos impetrantes, tendo por objeto o direito de preferência à aquisição dos imóveis que ocupam, bem como ação de reintegração de posse movida pela União Federal, de modo a evitar que um possível pronunciamento jurisdicional emanado desta corte, entre em contradição com decisões provenientes da Justiça Federal, o que o tornaria inócuo. 2 - Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg-MS 4950 - DF - 3ª S. - Rel. Min. Anselmo Santiago - DJU 19.10.1998 - p. 16).

Em recente julgamento, emanado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, publicado no dia 1º de

julho de 1999, assim se pronunciou: "Da decisão monocrática do relator nos autos de mandado de segurança suspendendo efeitos de liminar, cabe agravo para o próprio Tribunal, não se configurando usurpação da competência do STJ, sendo inadequada a reclamação".

Finalmente, tendo em vista o disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal e do princípio de que não deve haver decisão judicial sem possibilidade de recurso, cabível é o agravo regimental contra concessão ou indeferimento de liminar.

A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS(*)

Marupiraja Ramos Ribas

Juiz de Direito da 1ª Vara da Comarca de Belo Jardim - PE
Membro Eletivo da Academia Pernambucana de Letras Jurídicas, Coordenador do Núcleo de Prática Jurídica, da Faculdade de Direito de Caruaru. Especialista, Professor de Direito Processual Penal, na Faculdade de Direito de Caruaru, e Professor de Direito Penal e Processual Penal do Trabalho, na Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco. Autor do livro - União Estável - "Anotação Crítica à Lei n.º 9.278/96".

SUMÁRIO

1. A Despenalização. 2. As Penas Alternativas e Critérios de Sua Aplicação. 3. A Impunidade. 4. Conclusões

1. A Despenalização

A introdução no cenário jurídico de diplomas penais com natureza despenalizadora notabiliza uma sucessão histórica de erros no estabelecimento pelo Estado, através do judiciário, das sanções penais, traduzida no manifesto da pena privativa de liberdade.

* Palestra proferida no I Simpósio Regional de Direito Constitucional e Filosofia do Direito, realizado de 29 a 30 de outubro de 1998, na Faculdade de Direito de Caruaru - PE.

Deixar de aplicar a pena privativa de liberdade ou buscar situações para diminuição de sua aplicabilidade teria sido a razão de ser da despenalização, que poderia assim expressar um novo tratamento de ordem Constitucional para o Direito Penal, enquanto conjunto de normas esculpadas com o espírito de reprimir a reiteração de atos delituosos e conter a violência, fenômeno social que ocupa atualmente espaço infinito na mídia nacional, e representa, desde os primórdios da evolução do homem na terra, um fato social de proliferação ocasional e determinante.

Porém, quanto à real aplicação da Despenalização, no Brasil, não é verdade que se deixou de aplicar menos a pena privativa de liberdade, mesmo com o surgimento dos crimes de menor potencial ofensivo, das penas alternativas e dos institutos da composição de danos, transação e da suspensão do processo.

Em verdade, não houve avanços no trato da criminalidade, reservando-se ainda como meio mais hábil e comum de combate à violência a pena privativa de liberdade ou seja, a punição mais adequada e utilizada para a repressão criminal, ainda é a cadeia, não se conseguindo com o sentimento despenalizador uma efetividade processual, nem muito menos a diminuição da violência, estando assim longe de também alcançarmos uma satisfatória e verdadeira Justiça Penal.

2. As Penas Alternativas e Critérios de sua Aplicação

A recente lei n.º. 9.714/98, sistematizou a elevação em dobro do prazo de suspensão da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, passando de dois anos para quatro e determinou que ocorra a suspensão inde-

pendente da pena, se o crime for culposo, determinando ainda a incidência ou ampliação das penas restritivas de direito, ocasionando a aplicação de penas alternativas.

Inexoravelmente, o novo texto penal não espelha uma nova égide criminal, apesar de propiciar uma seletividade na repressão carcerária, a partir da determinação dos fatos delituosos compreendidos como menos graves para a sociedade ou em face da quantidade de pena aplicável.

O sentimento de despenalizar o Direito Penal, o mesmo verificado na lei n.º. 9.099/95, também permeia a defesa crescente de um Direito Penal Mínimo, que é pouco diferente daquele, sendo razoável citar as inclinações doutrinárias da Prof. Graça Belov que, além de defendê-lo, sustenta também a adoção do perdão no Direito Penal Brasileiro.

Porém, existem contradições que são facilmente detectadas ao compararmos a despenalização do Direito Penal com as garantias constitucionais.

A denominada pena alternativa e a consequência de extinção da punibilidade, nas sentenças que homologam a suspensão do processo ou a transação penal, terão que ser feitas com seriedade e critérios, para não gerar a institucionalização da impunidade, pois o uso indiscriminado desse caráter despenalizador pode, perversamente, propiciar tal situação.

Pessoalmente defendo a redução dos crimes previstos no nosso Código Penal, como sedução e adultério, em razão de estarem dissociados da realidade em que vivemos; todavia, é interessante a redução gradativa da incidência da norma penal, resguardando-a para a proteção da vida humana.

É desnecessário afirmar que o nosso diploma penal em vigência enfatiza o patrimônio, quando em verdade, caberia ao particular, em diversos casos, dizer se deseja ou não a reparação criminal em delitos que ofendam apenas sua esfera patrimonial.

Despenalizar não poderá significar não punir, pois se assim for, não haverá aplicação da norma penal, gerando assim, a incomodante impunidade.

3. A Impunidade

A impunidade muitas vezes reflete um sentimento natural do povo brasileiro, pois quando pesquisado sobre o seu conceito de injustiça, de logo, responde, que injustiça é ver alguém praticar um delito e não sofrer a força punitiva do Estado por sua ação ou omissão.

Na verdade, a população notabiliza que existirá impunidade se alguém não for recolhido à cadeia, não procurando entender outros institutos que tratem de delitos de pequeno porte com outro de tipo de repressão, ou seja, com a reeducação pedagógica do autor de tais ações delituosas.

Assim, devemos, com cautela, evitar a glorificação da despenalização, sem que junto a essa nova ordem penal se respeite o caráter pedagógico e obrigatório das reprimendas que se aplicam aos autores de infrações penais, mesmo que a sanção não seja privativa da liberdade, sendo necessário que as penas alternativas não sejam banalizadas e dissociadas da realidade punitiva, fator determinante para a manutenção da ordem pública e para assegurar a paz social.

Nessa vertente, é interessante fazer uma abordagem objetiva em defesa da instituição de um caráter pedagógico obrigatório ou seja, educador nas penas alternativas, pois não se pode suspender uma pena privativa de liberdade, substituí-la por uma alternativa, ou deixar de aplicá-la, aplicando penas que não impliquem a privação de liberdade do indivíduo, sem que a pena alternativa tenha um sentido de repressão educadora para o destinatário da referida sanção.

Desconheço a defesa ou o questionamento a respeito da necessidade de se cobrar um caráter pedagógico nas penas alternativas, impedindo algumas aberrações já cometidas na aplicação dessa forma de sanção penal, como uma sentença que obrigou um cidadão a cantar 1.000 (mil) vezes o hino nacional brasileiro, por ter cometido uma fraude no seu emprego.

Qual a relação que terá a cantoria do hino nacional, com a ação delituosa cometida pelo referido apenado, e pergunta-se: a pena alternativa citada servirá para que ele se abstenha ou fique inibido de voltar a cometer delitos semelhantes ?...

Responde-se de logo, sem aquele sentimento acima comentado, que nesse caso haverá impunidade, pela inutilidade da pena alternativa, ou melhor, pela falta de caráter pedagógico na referida pena aplicada.

4. Conclusões

Apreende-se do novo enfoque dado à matéria, que a pretensão é simples, chamar a atenção daqueles que aplicam no seu dia-a-dia as Leis n.º. 9.099/95 e n.º. 9.714/98,

para que ao ser estabelecida pena alternativa, seja com critérios seletivos, para que essa seja uma forma de inibir o autor da infração penal atingida pela aplicação desse tipo de sanção, de voltar a cometer tais tipos de delitos, posição reeducadora, que busca efetivar na punição esculpida um caráter punitivo semelhante ao da pena privativa de liberdade e, muitas vezes, de alcance social e moral para o apenado, superior ao da pena tradicional.

Vejam os exemplos em contraponto ao exemplo acima citado, e fruto da minha experiência profissional, que numa aplicação de pena alternativa, fazendo uso da Lei n.º 9.099/95, um indivíduo com 19 (dezenove) anos e residente na área rural de uma cidade do interior do estado de Pernambuco, desempregado, analfabeto, condenado pela prática de ato obsceno que teve como vítima uma senhora de 83 anos de idade, teve como sua sanção a pena de prestação de serviços à comunidade, pelo prazo de um ano, em asilo próximo à sua residência, onde passou a conviver com pessoas idosas, as quais ele freqüentemente espoliava, passando a apreender uma nova convivência, que o renovou, pois após o cumprimento da referida pena, foi inclusive integrado profissionalmente às tarefas do abrigo dos velhos, aprendendo, além de respeitar os mais velhos, a ter um espaço profissional novo, para quem a grosso modo não haveria tal alternativa, tudo fruto do conteúdo pedagógico da referida pena aplicada.

As próprias penas pecuniárias, cestas básicas e outros exemplos de penas alternativas precisam ser estabelecidas com critérios, nada adiantando se não estiverem relacionadas com o fato cometido pelo apenado, sua condição financeira e social e o alcance dos danos sofridos

por sua vítima, mesmo quando essa não for identificada.

Nesse esteio, torna-se basilar além da prudência do magistrado, coerência e respeito à integridade do apenado.

Todavia, logo após a vigência dos novos diplomas que permitiram a ampliação da aplicação de penas restritivas de direitos e substituição das penas privativas de liberdade, muitos exageros foram cometidos, alguns até com caráter abusivo e recheados de ilegalidade, como obrigar alguém a usar um boné com o escrito: "**só as penas alternativas e Jesus salvam !**".

Assim, exponho que não se deve, por exemplo, punir com apenas uma cesta básica para uma entidade social, aquele que tem uma renda mensal superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), por ter feito ameaças a vizinhos ou esbofetado um colega de trabalho, pois nesses casos, pela desproporção, estará sendo infinitamente abalado o instituto das penas alternativas e proporcionado um estímulo a esse tipo de pessoa, superior ao " Viagra", para que se motive a cometer outros delitos semelhantes aos citados.

Com tal alerta, o que se quer com o caráter pedagógico obrigatório na aplicação de uma pena alternativa é estabelecer proporções que dignifiquem esse tipo de sanção, que não deve apenas servir para esvaziar presídios, mas para garantir a redução da violência urbana nos casos em que os fatos delituosos são considerados de menor gravidade, mas nem por isso devem deixar de ser punidos, inibindo os cometedores de tais fatos e controlando esse tipo de violência, impedindo a impunidade e cumprindo assim a ordem constitucional estabelecida após a Carta Magna de 1988.

DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL (*)

Michèle Taruffo

Professor Catedrático da Universidade de Pavia

SUMÁRIO

1. *Multiculturalismo processual*. 2. *Globalização e processo civil*. 3. *Diferenças culturais e justiça civil*. 4. *Interpretação transcultural*. 5. *Uma experiência mental*. 6. *Relevos conclusivos*.

1. Multiculturalismo processual

Se olharmos o panorama geral do direito processual das últimas décadas, podemos localizar duas grandes tendências que parecem mover-se em direções diversas e até opostas, se bem que possam aparecer – numa análise mais profunda – de alguma forma ligadas. Em consequência, emerge uma contraposição, que se torna mais clara a um ritmo sempre mais rápido no campo da administração da justiça e da cultura processual.

(*) Este escrito é a versão italiana com algumas integrações e acréscimos de notas do texto de uma conferência feita na Chuo University of Tokyo, no dia 4 de junho 1999.
Tradução de Pierino Sani

Uma dessas tendências pode ser definida como “multiculturalismo”, com a finalidade de sublinhar o emergir de uma particular atenção nos confrontos de culturas diferentes no interior dos próprios contextos sociais, políticos e também jurídicos.¹ Essa percepção das diferenças culturais existentes no mesmo contexto é um fenômeno generalizado que se refere a qualquer cultura, (independente daquilo que se entende por cultura), mas esse tema, sem limites, não pode ser aqui enfrentado². De qualquer forma, um aspecto importante desse fenômeno é o que se pode chamar de “multiculturalismo jurídico”, para entender a crescente responsabilidade do fato de que, no campo do direito, existe uma variedade de culturas jurídicas³. Fato idêntico verifica-se dentro de outras áreas mais específicas, como a da administração da justiça e da solução das controvérsias.

É sabido que o conceito de “cultura jurídica” pode ser vago e de qualquer forma indeterminado, e que ele é também objeto de discussão a partir do momento em que Lawrence Friedman o propôs⁴. Todavia, esse conceito

pode oferecer alguma utilidade eurística – pelo menos para os juristas – a fim de superarem o nível da pura e simples análise técnica de específicas normas e precedentes e de se ocuparem também de valores, atitudes, orientações e ideologias⁵ que circundam, fundamentam ou passam através das instituições e dos conceitos jurídicos, em geral, assim como no campo do direito processual⁶. De outra forma, várias idéias de “cultura jurídica” são usadas comumente no direito comparado, todas as vezes que a comparação não se limita aos detalhes técnicos dos institutos. Vale também a pena sublinhar que fatores culturais são freqüentemente importantes em várias situações na prática do direito, como por exemplo, quando se trata de decidir se uma causa deve ser iniciada e sobre qual objeto, em vez de transigir⁷.

De fato, o estudo comparativo do direito foi e é ainda hoje, um fator muito relevante na descoberta do multiculturalismo jurídico; não é de surpreender, portanto, a responsabilidade da existência de uma multiplicidade de culturas como condição fundamental para uma idônea comparação jurídica⁸. Contudo, alguns aspectos do mul-

1 Cf. em particular Friedman, *The Horizontal Society*, New Haven-London, 1999, p. 112 seq., onde se sublinha que “each country has its own precise mix of multicultures” e que “nothing remotely resembling a global identity has emerged”, malgrado “the rampant growth of consensus about fundamental human rights”. Em sentido idêntico cf. as considerações de Taylor, *La política del reconocimiento*, Habermas-Taylor, *Multiculturalismo. Lotta per il riconoscimento*, tradução italiana, Milano 1999, p. 24 seq., 28 seq., 51.

2 Para uma recente e interessante análise desses temas, cf. Friedman, op. cit., especialmente p. 12 seq., 21 seq.

3 Cf. principalmente Friedman, *The Republic of Choice: Law, Authority and Culture*, Cambridge, Mass., 1990, p. 213, mas já *id.*, *The Legal System: A Social Science Perspective*, New York 1975, p. 199 e mais recentemente *id.* *Is There a Modern Legal Culture?*, in 7 *Ratio Juris* 1994, p. 117.

4 Cf. por exemplo Cotterrell, *The concept of Legal Culture*, in *Comparing Legal Cultures*, ed. by D. Nelken, Aldershot 1997, p. 13, e Friedman, *The Concept of Legal Culture: A Reply*, p. 33.

5 Para uma definição muito semelhante da cultura jurídica cf. Friedman, *Is There a Modern Legal Culture?*, op. cit., p. 118, *id.*, *Total Justice*, Boston 1985, p. 38. Especificamente a respeito da conexão entre a cultura jurídica e ideologia ver: Cotterrell, op. cit., p. 21.

6 Cf. em particular Friedman, *The Legal System*, op. cit., p. 19 et seq., 233 seq.; Cotterrell, op. cit., p. 17 seq.

7 Cf. Gessner, Introduction, in *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Cultures*, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney 1996, p. 10 seq.

8 Sobre esse tema vale a pena considerar a opinião de um não-jurista: Clifford Geertz, o famoso antropólogo, diz que o estudo comparativo do direito “cannot be a matter of reducing concrete differences to abstract commonalities”. Nem “a matter of locating identical phenomena masquerading under different names”, e que este estudo é uma exercício de translação cultural (cf. *id.*, *Local Knowledge: Fact and Law in Comparative Perspective*, in *id.*, *Local Knowledge: Further Essays in Interpretive Anthropology*, New York 1983, p. 215, 216, 216, e 232).

ticulturalismo jurídico merecem uma atenção mais específica.

Dois desses aspectos são particularmente importantes: a) a estrutura em vários níveis do multiculturalismo no direito; b) a tendência para a fragmentação e o localismo na evolução dos sistemas jurídicos e das culturas jurídicas. Naturalmente, esses temas não podem ser discutidos aqui em termos gerais, mas a área do direito processual e da solução das controvérsias pode oferecer exemplos interessantes.

a) A estrutura em vários níveis do multiculturalismo processual pode ser analisada distinguindo três níveis principais.

a1) O primeiro e o mais comum nível é o das diferenças entre sistemas (ou, se se preferir, entre famílias jurídicas)⁹. Sob essa ótica, podemos encontrar por exemplo a velha e tradicional distinção – em larga medida já superada e incerta¹⁰ – entre sistemas processuais de common law e de civil law. Não necessitamos analisar aqui essa diferença, pois muitos dos seus aspectos são bem

conhecidos (presença ou ausência do júri; concentração ou não concentração do processo; iniciativa probatória da parte ou papel inquisitório do juiz, e assim por diante). A propósito dessa distinção vale a pena sublinhar que não se refere somente a detalhes técnicos dos mecanismos do processo dos dois sistemas, mas também – e sobretudo – às bases fundamentais, de natureza política e cultural, dos respectivos modelos¹¹. Por exemplo, as orientações históricas e políticas nos confrontos dos valores adversariais que estão na base do sistema processual de common law de um lado, e do outro, a concepção do Estado como o centro da administração da justiça que está na base dos sistemas processuais da civil law, são entre os mais importantes fatores culturais e ideológicos que explicam os dois grandes modelos de processo e as suas sistemáticas diferenças.¹²

Entretanto, as diferenças culturais entre common law e civil law não são a única variação significativa sobre o plano dos sistemas processuais. Precisaria também considerar que existem tipos importantes de sistemas “mistos” com estruturas complexas que foram influenciadas e determinadas por particulares fatores políticos, históricos e culturais. Tome-se, por exemplo, o Japão, com a sua complicada mistura de elementos tradicionais e de

9 Sobre o conceito de “família” de ordenamento jurídico ver em geral David, *Les grands systèmes de droit contemporain*, 5ème éd., Paris 1973, p. 614 seq. Para uma abordagem crítica cf. Friedman, *The Legal System*, op. cit., p. 202 seq. Para uma discussão mais generalizada, que frisa o caráter relativo de cada taxinomia dos sistemas jurídicos, cf. Zweigert e Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf den Gebiete des Privatrechts*, Band I, Grundlagen, Tübingen 1971, p. 67 seq.

No presente contexto “sistema” parece mais apropriado pois “família” indica um grau de ordenamento, enquanto um “sistema” pode existir em um único ordenamento nacional.

10 Sobre essa distinção v. em particular Merryman, *On the Convergence (And Divergence) of the Civil Law and the Common Law*, ora em *Id.*, *The Loneliness of the Comparative Lawyer And Other Essays in Foreign and Comparative Law*, The Hague-London-Boston 1969, p. 17 seq.

11 Cf. em particular Damaska, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, tradução italiana, Bologna 1991, p. 49 seq., 133 seq., 175 seq., 249 seq.

12 Cf. ainda Damaska, op. cit., p. 20 seq., 52 seq., 147 seq., 192 seq., 291 seq. Para uma análise de um sistema adversarial cf. Taruffo, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, Padova 1979.

elementos de derivação européia e americana¹³, ou Israel, com a sua combinação de fatores ingleses, locais e religiosos. Numerosos outros exemplos, também, poderiam ser mencionados.

a2) O segundo e – por assim dizer – nível intermediário de distinção, inclui os sistemas processuais, em geral, correspondentes a ordenamentos nacionais. Esse é o nível no qual uma “família” de disciplinas processuais, aparentemente semelhantes, pode se revelar composta de “parentes” diferentes e, às vezes, comprometidos em desenvolverem as suas diferenças, em vez de suas analogias. Esse nível de diferenças é particularmente importante por várias razões, sendo uma delas a “stubbornness of national differences” que ainda hoje opõe uma forte resistência às tentativas de harmonização¹⁴.

Evidentes exemplos podem ser localizados internamente nos tradicionais “grandes sistemas”. O Common Law não é mais, há muito tempo, um sistema “inteiro”, uniforme e indistinto (mesmo supondo que nunca o foi, o que provavelmente é verdade somente em parte). Análi-

ses interessantes das diferenças entre os Estados Unidos e a Inglaterra podem ser notadas sob vários pontos de vista¹⁵, mas também, considerando somente os dois respectivos ordenamentos processuais, há um número surpreendente de diferenças que saltam aos olhos: o júri civil existe ainda em um caso e não mais em outro; a discovery é limitada em um caso e ilimitada em outro; as fases preliminares do julgamento são diferentes; existem diferentes caminhos processuais, e assim por diante¹⁶. Essas diferenças tornam-se sempre mais relevantes conforme vão sendo introduzidas reformas da disciplina processual¹⁷, enquanto as analogias vão desaparecendo. Julgamos, portanto, impróprio falarmos de um sistema processual de common law e isso seria ainda mais impróprio se quiséssemos considerar os outros ordenamentos históricos que remontam ao modelo inglês de common law, como o da Índia e o do Canadá.

O sistema processual do civil law é de outro lado ainda mais complicado e diferenciado. Mesmo pensando somente nos ordenamentos europeus (mas inteiros subcontinentes como América Latina e grande parte da Ásia,

13 Para um panorama do sistema processual japonês cf. Davis, *Dispute resolution in Japan*, Den Haag 1996; para uma apresentação do novo código japonês de processo civil cf. Taniguchi, *The 1996 Code of civil Procedure of Japan – A Procedure for the Coming Century?*, in 45 *Am. J. Comp. Law* 1997, p. 767 seq.

Para profundas análises das diferentes influências que manifestaram sobre o sistema japonês cf. Hideo Nakamura, *Japan und das deutsche Zivilprozessrecht*, in *Id., Japan und das deutsche Zivilprozessrecht – Sammelband der zivilprozessualen Abhandlungen*, Tokyo 1996, p. 1 seq.; *Id.*, *Der Einfluss des amerikanischen Rechts auf der japanische Zivilprozess*, p. 131 seq.; *Id.*, *Das japanische im japanischen Zivilprozess*, p. 163 seq.

14 Cf. Gessner, *The Institutional Framework of Cross-Border Interaction*, in *Foreign Courts*, op. cit., p. 34 seq. Para uma análise deste fenômeno no âmbito europeu cf. Legrand, *European Legal Systems Are Not Converging*, in 45 *Int'l & Comp. L. Q.* 1996, p. 52 seq.

15 Cf. por exemplo Atwab-Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987.

16 Para um sintético confronto entre o processo civil inglês e americano cf. Taruffo, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, em *Dig. disc. priv.*, Sez. Civ., vol. VI, Torino 1990, p. 324. O confronto deveria ser, todavia, atualizado levando em consideração as novidades sobrevindas em ambos os sistemas, (sobre o qual ver a nota seguinte), que acentuam posteriormente as diferenças entre os dois ordenamentos.

17 Vejam-se por exemplo as novas normas processuais que entraram em vigor na Inglaterra em 26 de abril 1999 (*The Civil Procedure Rules 1998*, SI 1998, 3132 (L. 17), e os efeitos que se produziram no sistema americano pela *Civil Justice Reform Act de 1990* (sobre qual cf. a exemplo Burbank e Siberman, *Civil Procedure Reform in Comparative Context: the United States of America*, in 45 *Am. J. Comp. Law* 1997, p. 675 seq.; Robel, *Fractured Procedure: The Civil Justice Reform Act of 1990*, in 46 *Stanf. L. Rev.* 1994, p. 1447 seq.; Murray, *Civil Justice Reform in America: the 1990 Civil Justice Reform Act and Its Consequences*, in 3 *ZZPint* 1996, p. 319 seq.).

inclusive a República Popular Chinesa, pertencem ao mundo do civil law), precisaríamos distinguir diversos subtipos. Por exemplo, o atual processo civil alemão não tem muito em comum com o francês ou o italiano; de outro lado, a França e a Itália pertencem historicamente ao mesmo ramo da família continental, porém os dois ordenamentos processuais apresentam agora mais diferenças que semelhanças. O ordenamento processual espanhol é europeu, mas tem sido, até agora, muito diferente dos modelos fundamentais alemão e francês; de outro lado, ele tem sido historicamente um ponto de referência fundamental para a maior parte dos ordenamentos da América Latina (para todos esses ordenamentos, se incluímos a variante portuguesa exportada para o Brasil).

Não é possível analisarmos aqui inumeráveis fatores importantes que tornaram assim diferenciado o grupo dos ordenamentos processuais da civil law¹⁸. Deve-se, porém, sublinhar o fato de que, no nível dos sistemas processuais nacionais, emerge um enorme número de diferenças nos detalhes das legislações processuais, o que – todavia – é óbvio e pouco interessante. O fato de veras importante é que, em muitos casos, as diferenças nacionais são estruturais e profundamente enraizadas na história local, nas tradições e nas orientações políticas, com diferentes valores morais e religiosos¹⁹.

18 Para uma interessante análise das diferenças entre juízes franceses e juízes alemães, julgada sob o ponto de vista "externo" de um jurista americano cf. Moryman, How Others Do It: The French and German Judiciaries, in *Id.*, *The Loneliness*, op. cit., p. 96 seq.

19 Sobre as diferenças nacionais no âmbito do contexto europeu cf. a exemplo Gessner, Global Interaction and Legal Cultures, in *7 Ratio Juris* 1994, p. 135 seq. Sobre os aspectos de aglutinação e diferenciação nas culturas jurídicas dos ordenamentos europeus cf. os trechos colhidos no volume *European Legal Cultures*, ed. by V. Gessner, A. Hoelzel and C. Varga, Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney 1996.

Em outras palavras, muitas diferenças importantes procedem das culturas jurídicas nacionais que influenciam direta ou indiretamente a estrutura de cada um dos sistemas processuais e a maneira como esses concretamente funcionam²⁰.

Isso é verdade em geral, e não somente para os sistemas da civil law. Exemplos interessantes encontramos de fato na Ásia, onde existem diferentes sistemas processuais como resultado de diversas culturas²¹. Assim, por exemplo, é claro que a afirmação "relutância asiática" em usar instrumentos jurídicos para a atuação dos direitos (sobre os quais ver mais adiante, no parágrafo 3, a sub-linha A) não é o caráter comum ou uniforme em todas as culturas jurídicas do continente asiático e que – ao contrário – trata-se de um fenômeno complexo e mutável²².

a3) O nível mais baixo, porém não menos (e talvez o mais) importante de diferenciação pode ser localizado no interior de cada um dos ordenamentos processuais nacionais. Isso significa que um ordenamento nacional pode ser internamente dividido em algumas ou muitas subdisciplinas processuais, ou em diferentes mecanismos da administração da justiça.

Às vezes, essas fragmentações internas são institucionais porque estão diretamente conectadas com a estrutura dos sistemas políticos nacionais, como acon-

20 Para uma análise extremamente interessante das formas como as culturas nacionais influenciam o funcionamento efetivo dos mecanismos processuais de solução das controvérsias, cf. Blankenburg, Civil Litigation Rates as Indicators for Legal Cultures, in *Comparing Legal Cultures*, op. cit., p. 41 seq.

21 Cf. Taylor e Pyles, The Cultures of Dispute Resolution in Asia, in *Dispute Resolution in Asia*, M. Pyles ed., The Hague-London-Boston 1997, p. 1 seq.

22 Cf. Taylor e Pyles, op. cit., p. 13.

tece, por exemplo, nos estados federais. De qualquer maneira, mesmo essas distinções institucionais são orientadas e influenciadas por fatores culturais. De certa forma, pode-se dizer que, em muitos casos, a escolha a favor de uma organização federal é ou tem sido um meio para conciliar – dentro de um esquema político único – diferentes tradições políticas, religiosas e culturais, e valores diferentes que não podiam ser fundidos em uma unidade homogênea. Enquanto uma estrutura federal significa também a presença de legislações processuais diferentes, como acontece em vários casos, isso implica uma relevante fragmentação no interior de um ordenamento nacional formalmente unitário, ocasionalmente com relevantes variações entre as diferentes regulamentações do processo civil. Além disso, nos estados federais são, normalmente, diferenciados os vários ordenamentos judiciários estatais, mesmo quando – como acontece, por exemplo, na Alemanha – a disciplina do processo civil é unitária. Os Estados Unidos são um bom exemplo de um estado federal com uma disciplina processual federal (as bem conhecidas Federal Rules of Civil Procedure adotadas em 1938 e depois continuamente reformadas) e 50 legislações estatais que, às vezes, diferem, em muito, uma da outra, mesmo com a existência de várias tendências substancialmente idênticas e de várias formas inspiradas no modelo do direito processual federal. A Suíça, com 26 códigos processuais cantonais (correspondentes aos 26 cantões – divisão jurídica do estado) é um exemplo interessante de como uma nação relativamente pequena possa ter um número elevado de legislações

processuais diferentes, em razão da sua estrutura federal²³.

De qualquer forma, a estrutura federal do estado é o fator de diferenciação interna mais simples de localizar e menos problemático. Existem, todavia, outros fatores mais importantes e complexos, com significativas implicações culturais. Precisamos considerar, de fato, que muitos estados nacionais são internamente multiculturais em decorrência de sua composição étnica, religiosa ou política, e que uma pluralidade de culturas jurídicas existe frequentemente dentro de cada país²⁴. Em certo sentido essa é uma óbvia consequência da fragmentação e complexidade das sociedades evoluídas: uma sociedade complexa tem uma cultura jurídica complexa²⁵. De outro lado, sociedades multiculturais sempre existiram na história de todas as áreas políticas e jurídicas do mundo²⁶.

Considere-se, por exemplo, a tendência – que está presente em muitas legislações – de elaborar processos especiais para situações ou controvérsias específicas, ou seja, para particulares indivíduos ou grupos. Processos especiais para as controvérsias de trabalhos existem na

23 A diferenciação interna do sistema suíço é ainda mais evidente se se consideram os ordenamentos judiciários cantonais, que são por sua vez significativamente diversos entre eles e conhecem em muitos casos a eleição direta dos juizes de primeiro grau, em consequência do fato de que têm sido conservadas as respectivas tradições históricas. A situação não mudou com a nova Constituição Suíça que entrou em vigor no início do 2000, devido a que os artigos 122.2 e 123.3 deixam ainda aos cantões a disciplina do processo civil e da organização judiciária, conservando, portanto, as autonomias cantonais relativas à administração da justiça civil.

24 Cf. em particular Friedman (The Republic of Choice, *op. cit.*, p. 213), o qual fala de um "fuzzying array of cultures". Cf. também Kymlicka, Multicultural Citizenship, Oxford 1995. Para um panorama geral do problema sobre a pluralidade de culturas e de sistemas jurídicos no interior do mesmo contexto social, e para indicações bibliográficas, cf. Merry, Legal Pluralism, in 22 Law & Soc. Rev. 1988, p. 869 seq. Cf. também Geertz, Local Knowledge, *op. cit.*, p. 220, 226.

25 Cf. ainda Friedman, *op. cit.*, p. 96. Ver ainda Cottarelli, *op. cit.*, p. 16 seq.

26 Cf. ainda Kymlicka, *op. cit.*; Merry, *op. cit.*, p. 870 seq.

maior parte das legislações. Remédios processuais particulares são também adotados com a finalidade de prevenir ou eliminar discriminações sexuais ou raciais nos postos de trabalho, bem como para enfrentar outros tipos de discriminações em vários contextos (como no caso da educação ou da assistência social). É fácil compreender que a maior parte dessas normas processuais especiais derivam de peculiares premissas culturais e políticas, como por exemplo a necessidade – geralmente sentida – de proteger a “parte fraca” de um relacionamento de trabalho ou de tutelar os valores da igualdade de tratamento como aqueles que fundamentam a irrelevância das diferenças de sexo ou o necessário “daltonismo racial” do direito.

Considerações idênticas podem ser feitas também a propósito de algumas das mais importantes tendências evolutivas aparecidas nas últimas décadas, a exemplo, no campo da tutela dos direitos coletivos ou difusos, e em particular nas áreas da proteção do ambiente e dos consumidores. Os particulares instrumentos processuais que foram adotados em muitos países para a tutela destes direitos derivam diretamente da “revolução cultural” que esteve na origem do ambientalismo e do movimento para a proteção do consumidor. Foi também uma mudança cultural a produzir a inserção desses novos valores na cultura geral, e portanto, na cultura jurídica, na maior parte das sociedades evoluídas. Mais uma vez, porém, essas mudanças culturais deram lugar a diferenciações no interior dos vários ordenamentos processuais²⁷.

27 Na imensa literatura sobre estes temas cf. em particular La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato, curado por A. Gambaro, Milano 1976; Cappelletti, The Judicial Process in Comparative Perspective, Oxford 1989, p. 268 seq.

De outro lado, o crescente número de sociedades multiétnicas (ou melhor, a crescente sensibilidade com as realidades multiétnicas presentes em muitas sociedades) é destinado a ter efeitos relevantes sobre a cultura jurídica, também no contexto aparentemente uniforme da globalização do direito. Num certo sentido, isso é um dos efeitos de um fenômeno mais geral, ou seja, da quase paradoxal mas forte tendência rumo ao localismo e ao particularismo que está diretamente ligada à globalização²⁸. Como frisa Merryman, no interior dos sistemas nacionais “a particularizing force is powerfully at work, opposing uniformity, standardization, and the loss of those characteristics by which people define themselves and establish their unique identity”²⁹.

Além disso, a idéia tradicional de um único, uniforme e abstrato “sujeito de direito”³⁰ está cada vez mais em discussão em um mundo no qual cresceu muito a sensibilidade para as diferenças reais e as correspondentes discriminações³¹. Esses problemas destinam-se a representar um papel importante, quando postos na discussão da idéia de uma igualdade puramente formal diante da lei,

28 Cf. em geral Baumann, Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone, tradução italiana, Bari 1999. Ver além disso infra, no parágrafo 2.

29 Cf. Merryman, On the Convergence, op. cit., p. 33 seq. Cf. também Taylor, op. cit., 24 seq.

30 A unificação do “sujeito de direito” foi uma das conquistas mais importantes da teoria jurídica no período do iluminismo e no 800. Tratou-se de uma reação geral contra a fragmentação das regras jurídicas e da desigualdade dos sujeitos que durante séculos tinham sido o caráter mais importante dos ordenamentos jurídicos europeus. Sobre essa mudança fundamental na cultura jurídica ocidental cf. a essencial análise de Jareño, Storia della cultura jurídica moderna I. Assolutismo e codificazione del diritto, Bologna 1976, p. 150 seq., 244 seq., 342 seq., 517 seq., 605 seq.

31 Uma “destruição racional” da subjetividade jurídica é proposta por Balkin, Transcendental Deconstruction Transcendental Justice, in 92 Mich. L. Rev. 1994, p. 1131 seq., 1142, e Understanding Legal Understanding: The Legal Subject and the Problem of Legal Coherence, em 103 Yale L. J. 1993, p. 105 seq.

mesmo nas suas implicações que se referem à administração da justiça. Não surpreende que a teoria do direito seja, às vezes, sensível a esses fatores de crise das tradicionais concepções do direito e da justiça³². Existe até uma forma de pluralismo jurídico³³, se bem que as razões e os efeitos dessa forma sejam freqüentemente difíceis de localizar.

A fragmentação do conceito de administração da justiça é levada a um ponto extremo da idéia de um "situated decision-making" e da ênfase com a qual se evidenciam os caracteres pessoais e individuais das partes, que deveriam ser considerados como critérios dominantes para a solução das controvérsias³⁴. A teoria feminista do direito, por exemplo, não só sublinha a necessidade de uma solução das controvérsias baseadas sobre valores femininos, mas requer também que as decisões sejam tomadas "caso por caso" (ou "pessoa por pessoa") e sejam fundamentadas essencialmente (ou até exclusivamente) sobre características individuais de cada um dos sujeitos envolvidos na disputa³⁵. É fácil entender que essa concepção

de uma decisão "individualizada" é a direta consequência de uma particular cultura jurídica, na qual as características individuais como o sexo, são consideradas como o padrão mais importante, o único, para a formulação das decisões judiciais. O mesmo tipo de argumento pode ser usado - e às vezes o é - também para mostrar, em primeiro plano, outras características individuais como a raça, a religião, as condições econômicas, e assim por diante³⁶.

b) O segundo fator principal do multiculturalismo jurídico, ou seja, o movimento no sentido da fragmentação e do localismo é essencialmente dinâmico. Ele põe em movimento a estrutura em várias camadas dos sistemas jurídicos determinando a passagem de um nível ao outro em um movimento do vértice para a base (ou seja: do geral ao particular), e da base ao vértice (ou seja: do particular ao geral). Correlativamente, a heterogeneidade cultural se torna o aspecto dominante da cena internacional³⁷. Os instrumentos conceituais para a interpretação desse movimento podem ser obtidos de algumas áreas da antropologia cultural. Tomando o exemplo mais importante e influente, podemos citar ainda Clifford Geertz. De um lado, o autor mostra a importância fundamental do estudo em profundidade, dentro das específicas culturas locais, para poder assim interpretar os aspectos essenciais³⁸. De outro lado, ele sublinha os fenômenos de frag-

32 É por exemplo, o caso das críticas avançadas pela corrente da Critical race theory, cf. a exemplo Lawrence, *Race and Affirmative Action: A Critical Race Perspective*, in *The Politics of the Law. A Progressive Critique*, D. Kairis ed. 3rd ed., 1998, p. 212 seq.; Crenshaw, *A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Law and Politics*, *id.*, p. 359 et seq. Para uma síntese da critical race theory cf. Minow, *Postmodern Legal Movements. Law and Jurisprudence at century's End*, New York - London 1995, p. 167 seq.

33 Cf. Gessner, introduction, *op. cit.*, p. 5.

34 Em geral, sobre a distinção entre decisões "rule-oriented" e decisões "situation-oriented" cf. Schauer, *Playing by Rules. A Philosophical Examination of Rule Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford 1991. Sobre o conceito de "situated decision-making" cf. Wells, *Situated Decisionmaking*, in 49 *Wash. & Lee L. Rev.* 1992, p. 323 seq.

35 Cf. por exemplo Abrams, *Unity, Narrative and Law*, in 13 *Studies in Law, Politics and Society*, A. Sarat and S. S. Scahy eds., 1993, p. 4 seq.; Smart, *Feminist Jurisprudence*, in *Dangerous Supplements. Resistance and Renewal in Jurisprudence*, P. Fitzpatrick ed., Durham 1991, p. 133 seq.; Radin, *The Pragmatist and Feminist*, in 63 *South Cal. L. Rev.* 1990, p. 1699 seq.; Minow e Spelman, in *Context*, p. 1597 seq.; Henderson, *Legality and Empathy*, in 65 *Mich. L. Rev.* 1987, p. 1574 seq.

36 Cf. por exemplo Henderson, *op. cit.*, p. 1579 et seq.; Minow, *Foreword: Justice Engendered*, in 107 *Harv. L. Rev.* 1987, p. 10 seq.; Abrams, *Hearing the Call of Stories*, in 77 *Cal. L. Rev.* 1991, p. 971 seq.

37 Cf. Gessner, *Institutional Framework*, *op. cit.*, p. 34.

38 Cf. em geral Geertz, *Local Knowledge*, *op. cit.*, p. 215 et seq.; Geertz "Law... is local knowledge" e faz referência a todos os fatores que constituem ou influem na sensibilidade jurídica local. A respeito ver também Merry, *op. cit.*, p. 686.

mentação das unidades sociais e políticas, e a sua divisão em peças diferentes e conflitantes³⁹. Essas transformações não podem deixar de ter efeitos jurídicos, não somente no macronível dos sistemas políticos, mas também no micronível dos conflitos individuais que frequentemente assumem a forma de controvérsias jurídicas.

Verifica-se, portanto, um deslocamento da atenção dos grandes sistemas para as pequenas comunidades, do geral para o particular, do coletivo ao individual, que pode ser localizado no contexto do direito em geral, mas também no âmbito mais específico da justiça civil.

Se se consideram em perspectiva dinâmica os três níveis definidos no esquema descrito acima, pode-se descobrir que há um deslocamento de interesse do vértice para a base, ou seja dos macromodelos aos microsistemas, ou até as situações individuais, que “passam através” do nível dos ordenamentos processuais nacionais. Esse movimento pode ser visto mais facilmente na dimensão da cultura jurídica típica das últimas duas ou três décadas. Em certo sentido, o que se desloca é o centro da atenção da cultura jurídica: o que muda são os paradigmas (para dizer ao modo de Kuhn) que são usados para interpretar as situações jurídicas. De qualquer forma, existem mutações importantes na mesma direção, também na natureza, na estrutura e no objeto das normas jurídicas. A experiência de muitos ordenamentos parece ser de fato no sentido de que o modelo tradicional dos códigos gerais e “oncompreensivos” (onnicomprensives) entra em

crise, e há uma espécie de explosão de normas específicas, particulares, e, portanto incompletas, variáveis e incoerentes⁴⁰.

De outra forma, várias tendências no âmbito da teoria pós-moderna do direito se inclinam a apoiar-se sobre o particular em vez de sobre o geral, sobre o indivíduo em vez de sobre o grupo ou a sociedade, sobre o instável em vez de sobre o estável, sobre o concreto em vez de sobre o abstrato⁴¹.

2. Globalização e processo civil

A outra tendência geral que vale a pena considerarmos, parece ir na direção oposta, ou seja, no sentido da globalização e da uniformidade de um número crescente de fenômenos jurídicos relevantes. Trata-se de uma tendência bastante difundida e assinalada pela ciência jurídica⁴² como um dos fatores mais importantes da cultura jurídica atual⁴³. Não se pode, portanto, surpreender que no campo da sociologia jurídica a “sociedade mundial” esteja se tornando o campo fundamental de referência para compreender a natureza e a dinâmica dos processos jurídicos globais⁴⁴.

De certa forma, essa tendência está ligada à globalização da economia mundial, e pode ser até interpretada

40 Na *literatura italiana* cf. essencialmente a análise feita por Infi em *Letta della decodificazione*, III ed., Milano 1999. Sobre um fenômeno idêntico na França e na Alemanha cf. Merryman, *How Others Do It*, op. cit., p. 99 seq.

41 Cf. Minda, op. cit., p. 62 seq., 189 seq., 224 seq.

42 Cf. Gesner, *Introduction*, op. cit., p. 5.

43 Cf. Friedman, *Is There a Modern Legal Culture?*, op. cit., p. 125 seq.

44 Cf. Gesner, *The Institutional Framework*, op. cit., p. 14.

39 Cf. Geertz, *Eine Welt in Stücken*, in *id.*, *Welt in Stücken, Kultur und Politik am Ende des 20. Jahrhunderts*, Wien 1996, p. 13 seq.

como um de seus efeitos. O tema geral da globalização não pode evidentemente ser enfrentado aqui⁴⁵, mas algumas das suas conseqüências merecem ser tomadas em consideração.

Em geral, a globalização é um fator muito potente que produz uniformidade – ou pelo menos um estímulo nessa direção – da cultura. Cada um pode encontrar facilmente dúzias de exemplos de objetos culturais (livros, discos, filmes, videotapes, obras de arte) que se tornam “comuns” em escala mundial, como conseqüência da expansão dos mercados e da extrema facilidade e rapidez da comunicação⁴⁶.

Algo de semelhante parece estar acontecendo no âmbito da cultura jurídica. Alguns aspectos da sua recente evolução, e algumas mudanças que se verificaram nas últimas décadas (e que estão ainda em curso) ilustram de forma significativa essa tendência⁴⁷.

De um lado, precisa-se considerar que o mercado é “constituído artificialmente” das normas e dos princípios

que o regulam⁴⁸. De conseqüência, o mercado globalizado requer um elevado grau de uniformidade dos mecanismos jurídicos que são usados para revestir de formas legais os fatos econômicos. Isso é óbvio, por exemplo, no âmbito dos contratos que são utilizados em todo o mundo para as transações comerciais e financeiras⁴⁹. A globalização opera como um potente fator de unificação e de “normalização” nesse campo. Trata-se da “circulação de modelos” ou mais provavelmente da imposição de modelos jurídicos por parte de elementos econômicos dominantes, ou seja um “préstimo forçado” desses modelos por parte dos elementos econômicos mais fracos; de qualquer forma, o resultado é que alguns tipos contratuais são usados em todo lugar, de modo uniforme.

De outro lado, é compreensível que tendências significativas no sentido da uniformidade ou da harmonização comecem a aparecer também no âmbito mais específico do processo civil e da solução das controvérsias⁵⁰. Por exemplo, a International Association of Procedural Law dedica muita atenção à harmonização do direito processual no plano transnacional, e é ela mesma um importante fator de circulação das idéias relativas a muitos temas nesse campo⁵¹. Outro elemento importante é a crescente “internacionalização” de inúmeras questões do di-

45 A bibliografia sobre o assunto já é imensa. Para um panorama sintético cf. por exemplo Latry, *Comprendre la Mondialisation*, Paris 1998. Ver também, para uma análise crítica, Martin e Schumann, *La trappola della globalizzazione. L'attacco alla democrazia e al benessere*, tradução italiana, Bolzano 1997. Para uma entusiástica descrição do mercado global cf. em vez Bryan e Farnell, *Mercato senza confini. Le nuove frontiere dell'economia globale*, tradução italiana, Torino 1997.

46 A propósito, como lembrar a observação de Friedman, segundo a qual trata-se de uma cultura global “middle brow and middle class”, essencialmente “popular” e “immensely intoxicating” em nível de comunicação de massa. Cf. *Id.*, *The Horizontal Society*, op.cit., p. 33 seq., 21 seq.

47 De qualquer forma, a análise das conseqüências jurídicas da globalização econômica está agora nos inícios. Cf. por exemplo Friedman, *Is there a Modern legal Culture?*, cit., p. 125 seq.; Aman, *The Globalizing State: A Future-Oriented Perspective on the Public/Private Distinction, Federalism and Democracy*, in 31 *Vand. J. Transn. L.* 1998; Ferrarese, *Globalizzazione, diritto à la carte e ordini politici “freddi”*, in 148 *Biblioteca della libertà* 1999, p. 33 seq.; *Id.*, *Mercati e globalizzazione. Gli incerti cammini del diritto*, in 29 *Pol. Dir.* 1998, p. 407 seq. Ver também Ferrarese, *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti tra Stati e mercati* (em curso de impressão e *ibid.* no manuscrito por cortesia da autora).

48 Cf. principalmente Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari 1996, p. 12 seq. e passim; Ferrarese, *Mercati e globalizzazione*, op. cit., p. 406 seq. (com referência à especificidade das regras do mercado).

49 Cf. por exemplo Gessner, *Global interaction*, op. cit., p. 137 seq.

50 Cf. os atos de um acordo antecipado que se verificou em oyo em 1992 publicados no volume *The International Symposium on Civil Justice in the Era of Globalization, Tokyo 1993*. Para um recente panorama destas tendências cf. Walter e Walter, *International Litigation: Past Experiences and Future Perspectives*, Bern-Zürich-Bruxelles 2000.

51 Cf. por exemplo Os atos de um importante congresso mundial que teve lugar em Taormina em 1995, publicados em três volumes do título *Trans-national Aspects of Procedural Law*, cuidados por Andolina, Milano, 1998.

reito processual. O procedimento civil é sempre mais frequentemente matéria de disciplina internacional: é óbvio pensar nas convenções de Bruxelas, de Lugano e de Aja, mas muitos outros tratados ou convenções podem ser evocados (como por exemplo o art. 6^o da Convenção Européia sobre Direitos do Homem). O fenômeno seguinte, de notável interesse, é constituído por várias tentativas de se construírem bases comuns para a harmonização ou unificação do direito processual. Um exemplo relevante é a Model Law disponibilizada pela UNCITRAL para a arbitragem comercial, que está tendo um notável sucesso, sobretudo, porque já existe um contexto internacional de arbitragem comercial⁵². Outra tentativa interessante é o chamado "progetto Storme" para harmonização de alguns aspectos da norma processual em nível europeu⁵³, se bem que o "progetto Storme" pareça não atribuir uma adequada atenção aos problemas da integração cultural na Europa⁵⁴. Uma diferente, mas importante iniciativa que está atualmente em curso, se centraliza no projeto Transnational Rules of Civil Procedure que é apoiado pelo American Law Institute e pela UNIDROIT, e cujo objetivo é a redação de regras processuais uniformes que deveriam ser aplicadas em qualquer jurisdição, nos processos relativos a controvérsias transnacionais⁵⁵. Parece, portanto,

52 Em argumento *cf.* em particular Garth e Dezalay, *Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order*, Chicago-London 1996.

53 *Cf.* *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne - Approximation of judicial law in the European Union*, ed. by M. Storme, Dordrecht 1984.

54 Sobre os problemas fundamentais desta integração *cf.* por exemplo Gessner, *Global Interaction*, *op. cit.*, p. 134 *seq.*

55 Para apresentações deste projeto *cf.* Hazard, *Preliminary Draft of the ALI Transnational Rules of Civil Procedure*, in 73 *Tex. Int'l L. J.* 1998, p. 489 *seq.*; Tanaka, *Drafting Rules for Transnational Litigation*, in 2 *ZZPint* 1997, p. 449 *seq.*; *Id.*, *Towards New Rules for Transnational Disputes*, in 3 *Associations* 1999, p. 121 *seq.*; Stürmer, *Modelregeln für den internationalen Zivilprozess?*, in 112 *ZZP* 1998, p. 185 *seq.*

evidente que a globalização da economia está tendo efeitos diferentes nos diferentes contextos sociais, culturais e jurídicos: os mercados tendem a se globalizar, mas existe uma pluralidade de mercados que permanecem ligados às histórias, economias e situações políticas locais que lhes constituem a origem e o fundamento. Não se trata, todavia, somente de um fenômeno de fragmentação e localização das relações econômicas. O impulso globalizante cria numerosos e diversificados efeitos contrários, nos ambientes locais e culturais, que resistem à homogeneização forçada dentro de esquemas uniformes, impostos pelas forças econômicas dominantes. Daí a reemissão ou reforço "defensivo" dos fatores socioculturais locais. A dinâmica de base desses fenômenos não vê, porém – pelo menos até agora – nem o prevalecer das tendências globalizantes, nem o prevalecer das tendências locais: verifica-se, ao contrário, uma espécie de complementariedade entre a integração e a parcelização, entre a globalização e a territorialização, que aparecem como fases do mesmo processo, intrinsecamente ligadas, em vez de fatores contrapostos⁵⁶. Não foi ocasional o fato de ter sido cunhado o neologismo "glocalização" (*glocalizzazione*) para indicar o inextrincável emaranhado desses fenômenos aparentemente contrastantes, e se falou de um duplo processo de "universalizar o particularismo" e – ao mesmo tempo – de "particularizar o universalismo"⁵⁷. Como consequência de tudo isso e, em função

56 *Cf.* em particular Bauman, *op. cit.*, p. 78 *seq.* Sobre as dimensões jurídicas destes fenômenos *cf.* King, *Comparing Legal Culture in the Quest for Law's Identity*, in *Comparing Legal Cultures*, *op. cit.*, p. 123 *seq.* A propósito da reemissão das culturas locais no campo da globalização na Ásia *cf.* Taylor e Pyles, *op. cit.*, p. 2.

57 *Cf.* Robertson, *Social Theory, Cultural Relativity and the Problem of Globality*, in *Culture, Globalization and the World-System*, ed. by A. D. King, Binghamton, N.Y., 1991, p. 69 *seq.*; Friedson, *The Horizontal Society*, *cit.*, p. 116; Bauman, *op. cit.*, p. 79.

da interação entre impulsos unificadores e reações informais particulares, o direito torna-se sempre mais complexo⁵⁸.

Esses fatores, diferentes mas importantes, são destinados a produzir amplas e profundas mudanças na cultura jurídica geral, e, portanto, – talvez – também na cultura processualista. Se bem que essas mudanças estejam ainda na fase inicial, há uma crescente responsabilidade pelo fato de que a harmonização, e de alguma forma a unificação dos princípios processuais não pode ser evitada e, portanto, deveria ser governada de forma racional na base de um consenso difundido, enquanto parece evidente que não se possa pensar numa forçada unificação do direito processual em escala global.

3. Diferenças culturais e justiça civil

As duas tendências que se delinearão operam de fato como uma espécie de “empuxo” e “contraempuxo” ou se se prefere uma metáfora diferente, como pólos de atração em diferentes direções. O que é “empurrado” ou “atraído” é o direito, ou a cultura jurídica, ou ambos se imaginados numa interação recíproca. Seria, todavia, impróprio pensarmos o direito e a cultura jurídica como algo de compacto, coerente e bem definido, para sempre. De fato, as coisas atuam diferentemente: a tensão entre a fragmentação e a globalização existe no interior do direito e da cultura jurídica. Dizendo assim, essa tensão passa atra-

58 Cf. Ferraresi, *Globalizzazione*, op. cit., p. 411 seq.; King, op. cit., loc. cit.

vés das diversas áreas do direito e – junto com muitos outros fatores que interagem num contexto muito complicado – leva a conseqüências diferentes no espaço e no tempo em função das diversas situações concretas.

Nesse sentido, portanto, cada parte de um ordenamento jurídico e cada lugar da cultura jurídica é ou pode ser atravessada pela tensão entre localismo/fragmentação e globalismo/uniformidade. De outra forma, tensão não significa necessariamente contradição ou conflito insuperável. De preferência, significa que há um problema em aberto que – pelo menos em teoria – pode encontrar uma solução em algum dos pontos entre os extremos da absoluta generalidade e da particularidade individual.

Dever-se-ia de fato considerar que um importante efeito da globalização sobre o direito é a constituição de uma ordem jurídica leve, quase completamente descentrada, uma espécie de rede que liga vários pontos periféricos, na qual cada ponto tem as suas peculiaridades (e de certa forma características “loais”)⁵⁹. De conseqüência, diferenças e mudanças que seriam dificilmente compatíveis com um ordenamento jurídico compacto, coerente e hierarquicamente organizado, podem harmonizar-se dentro de uma rede leve e flexível de conexões jurídicas, na qual não existe nenhum centro ou vértice oficial e formal.

No interior desse novo gênero de ordenamento jurídico “desestruturado”, um papel central cabe às cortes, uma vez que mesmo quando (e especialmente quando) as outras autoridades legais tradicionais (como os parlamentos nacionais) perdem a capacidade de governar os

59 Cf. Ferraresi, *Globalizzazione*, op. cit., p. 45 seq., e os ensaios de vários autores presentes em *Global Law Without a State*, G. Teubner ed., Aldershot 1998.

fenômenos econômicos, cada controvérsia acaba por ser levada diante de um juiz. Cabe, então, às cortes, o dever de combinar regras sempre mais gerais com situações específicas e individuais, com todas as suas características locais e particulares⁶⁰.

Naturalmente, essa tem sido sempre a função dos órgãos judiciários, mas ela se desenvolve de forma diferente conforme venha a se encontrar em ordenamentos jurídicos nacionais fortemente estruturados ou em conjuntos leves, amplos, flexíveis e mutáveis de relações jurídicas transnacionais. Inter alia, essa diversidade funcional pode implicar variações na estrutura dos órgãos judiciários e nas preferências das partes envolvidas na controvérsia. Por exemplo, essas podem preferir se servirem de árbitros em vez de juízes, devido ao caráter relativamente informal do modo de trabalho dos árbitros privados, como também pela escassa visibilidade e maior flexibilidade do relativo processo.

Por outro lado, falar de órgãos judiciários significa falar de normas para a solução das controvérsias e, portanto, o tema do discurso se amplia até incluir o direito processual em todas as suas variações e desenvolvimentos. Em consequência, a área da cultura jurídica que se ocupa especificamente do direito processual está envolvida diretamente na construção dos instrumentos conceituais necessários para se ocuparem dos novos conflitos que surgem num panorama jurídico globalizado.

As cortes e as normas têm se colocado em uma posição crítica e decisiva muito mais agora e no previsível futuro, como nunca ocorreu no passado. De outro lado, o campo da justiça civil é caracterizado por numerosas ten-

60 Cf. ainda Ferrarese, *ibid.*, p. 48.

dências culturais e transculturais capazes de influenciar diretamente as respostas que forem dadas às solicitações que chegam do mundo globalizado. As cortes usam normas para resolverem conflitos, mas é evidente que essa não é uma operação mecânica, uniforme, culturalmente cega e neutra⁶¹. Ao contrário: as diferenças nas culturas processuais influenciam a estrutura e o funcionamento dos métodos institucionais que são usados para a solução das controvérsias. Uma quantidade de dados que pode ser obtida da análise comparativa dos sistemas processuais pode oferecer persuasivas confirmações dessa afirmação, mas pode ser útil examinar mais de perto algum exemplo.

A. Um bom argumento de discussão é a emersão e o uso sempre mais extenso dos métodos alternativos para a solução das controvérsias (a chamada ADR, conhecido acrônimo de Alternative Dispute Resolution) como conciliação, através de arbitragem, e assim por diante, em lugar do processo judicial. Trata-se de um fenômeno extremamente importante que tem tido e continua tendo – pelo menos em alguns casos – uma espécie de explosão nas últimas décadas. Não é possível oferecer aqui uma descrição completa⁶², mas algumas das suas característi-

61 Este é no momento um lugar comum na teoria da decisão judicial. Entre as inúmeras contribuições que marcam a incidência da cultura e das escolhas de valor sobre a administração da justiça cf. Kennedy, *A Critique of Adjudication* (fin de siècle), Cambridge, Mass.-London 1997, especialmente p. 133 seq.

62 Para uma visão geral da matéria cf. os ensaios colecionados em *Alternative Dispute Resolution*, ed. by M. Freeman, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney 1995, in *The International Symposium on Civil Justice*, op.cit., p. 465 seq., e in *Alternative à la résolution judiciaire de conflits*, in *4 Juris* 1995. Cf. além Kojima e outros, *Alternative Dispute Resolution*, in *Perspective on Civil Justice and ADR: Japan and the USA*, ed. by T. Kojima, Tokyo 1990, p. 279 seq. Para uma análise sistemática das diferentes formas de justiça privada cf. Galanter e Lande, *Private Courts and Public Authority*, in *The Grand Design of America's Justice System*, ed. by T. Kojima, T. Atsumi, H. Hokman and M. Shimizu, Tokyo 1995, p. 119 seq.

Na literatura italiana, que há algum tempo começou a se ocupar do tema de forma não ocasional, conforme a particular análise crítica de Sivestre, *Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.* 1999, p. 321 et seq.; algum ponto crítico também em Taruffo, *Adeguamento delle tecniche di composizione dei conflitti di interesse*, p. 782 seq.

cas merecem ser assinaladas.

De um lado, parece-nos claro que o fenômeno da ADR é uma espécie de função negativa da administração da justiça que se desenrola junto às cortes. Quando o processo judicial funciona bem (como acontece, por exemplo, na Alemanha) a ADR permanece um fenômeno totalmente marginal e quem necessita da tutela de um direito próprio prefere endereçar-se ao juiz⁶³. Quando ao contrário, as soluções jurisdicionais não funcionam, como acontece em muitos ordenamentos, incluindo os Estados Unidos e muitos países europeus – a ADR torna-se uma espécie de alternativa necessária para aqueles que necessitam de resolver as controvérsias, mas não podem ou não querem fazê-lo por meio de procedimentos formais da administração da justiça que são onerosos, custosos e excessivamente demorados. Diz-se, também, que a ADR é um instrumento útil para fornecer alguma forma de solução das controvérsias a indivíduos que, de outra forma, não teriam nenhuma possibilidade de tutelar os próprios interesses⁶⁴.

Por outro lado, é evidente que na base da alternativa entre a ADR e o processo judicial existem mais profundas e complexas implicações culturais, que vão bem além do puro e simples problema prático da escolha do instrumento mais rápido e menos custoso para resolver uma

controvérsia. Dois exemplos podem bem demonstrar esse ponto⁶⁵.

Afirma-se, usualmente, que os americanos têm uma forte inclinação para levantar controvérsia e ir a juízo para fazer valer os seus direitos. Em certo sentido trata-se de uma manifestação de um caráter geral da cultura americana, que consiste na tendência de atribuir uma forma jurídica a qualquer problema⁶⁶. Como já tinha observado Tocqueville, na América, qualquer questão política antes ou depois acaba em uma controvérsia judicial⁶⁷; todavia, a tendência para promover causas parece um fenômeno generalizado. São levados, diante das cortes, conflitos de qualquer tipo, incluindo muitos que em outros países seriam resolvidos por outras formas⁶⁸. Efetivamente, o fazer valer direitos e interesses diante de uma corte é uma tendência que parece estar profundamente enraizada na cultura norte-americana e é um aspecto relevante da "responsabilidade dos próprios direitos" que parece constituir um aspecto fundamental dessa cultura⁶⁹. Trata-se, provavelmente, de um elemento que mostra uma concepção geral da vida como empresa pessoal e individual na luta geral pela sobrevivência, pelo dinheiro e pela promoção social, como também de um aspecto da peculiar concepção do direito como instrumento para obter das

63 Cf. em particular Gálos, *ADR from a German Point of View*, in *The International Symposium on Civil Justice*, op. cit., p. 491 seq., e *National Report on German Law – Streitlösungssysteme und Rechtskultur Konfliktbeilegung innerhalb der staatlichen Ziviljustiz durch Zivilgerichtsverfahren und sog. Alternativen hierzu in der Bundesrepublik Deutschland*, p. 552 seq.

64 Cf. por exemplo Henderson, in *Perspectives on Civil Justice and ADR*, op. cit., p. 280 seq.

65 Os exemplos dos Estados Unidos e do Japão que se discutem no texto estão entre os mais conhecidos. Todavia as orientações pro ou contra o processo judicial seguem esquemas bastante mais complexos em muitos ordenamentos: cf. Blankenburg, op. cit., p. 43 seq.

66 Sobre essa tendência cf., também para uma análise crítica rica de sarcasmo, Campos, *Jurimania. The Madness of American Law*, New York-Oxford 1998.

67 Cf. Alexis de Tocqueville, *La democrazia in America*, tradução italiana, rist. Milano 1992, p. 273.

68 Cf. Hazant e Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna 1993, p. 59.

69 Cf. sobretudo Friedman, *The American Court System in Historical Perspective*, in *The Grand Design*, op. cit., p. 14, 17, 20; Id., *Total Justice*, op. cit., p. 99 seq.

cortes a proteção dos próprios interesses pessoais. Friedman fala da tendência americana de recorrer aos tribunais como uma manifestação da forma radical do expressive individualism que parece ser um ponto peculiar de muitos americanos, e é o resultado de complexos fatores históricos e culturais. Essa espécie de individualismo enfatiza a autopromoção, a unicidade de cada indivíduo e a necessidade de realizar os próprios desejos e finalidades⁷⁰. Nesse contexto, fazer parte de um processo é um fato normal na vida de cada um, e agir em juízo contra alguém é um meio habitual para procurar melhorar a própria situação econômica e – portanto – social⁷¹. Muitas importantes consequências derivam dessa forte e generalizada tendência presente na cultura americana, como por exemplo, o elevado número de advogados⁷², ou o chamado judicial myth⁷³ e assim por diante⁷⁴. Devemos, porém, considerar que essa tendência está se manifestando, a exemplo do modelo americano, também em outros países⁷⁵.

70 Cf. ainda Friedman, *The American Court System*, op. cit., p. 14 seq. Ver também *Id.*, *The Horizontal Society*, op. cit., p. 73.

71 Cf. em geral Friedman, *Total Justice*, op. cit., p. 1. Cf. todavia também *ibidem*, p. 15. Friedman desenvolve uma ampla crítica do conhecido lugar comum conforme o qual nos Estados Unidos se teria verificado uma litigation explosion.

72 Cf. por exemplo Friedman, op. cit., p. 7.

73 Sobre o grande prestígio e autoridade moral reconhecidos das cortes americanas cf. por exemplo Feinberg, *The Role of the Judge*, in *The Grand Design*, op. cit., p. 82 seq.; Hazard, *Sources of American Courts' Authority*, p. 111 seq. Segundo Campos, op. cit., p. 41, as razões deste fenômeno são na realidade misteriosas: os juízes são somente uma "especially politicized subclass of lawyers" e decidem importantes questões de forma arbitrária. Sua popularidade explica-se dificilmente numa sociedade que despreza a política e odeia os advogados. Uma possível explicação (ver p. 42 seq.) coloca-se numa camada profunda da cultura americana, ou seja, numa necessidade emocional de homenagear uma autoridade. Os juízes, portanto, são vistos como "oráculos do culto do direito".

74 Sobre a transformação do papel das cortes dos Estados Unidos cf. Horowitz, *The Courts and Social Policy*, Washington, D. C., 1997, especialmente p. 1 seq., 255 seq.

75 Cf. Markesinis, *Litigation-Mania in England, Germany and the USA: Are We So Very Different?*, in 49 *Cambr. L. J.* 1990, p. 223 seq.

Diversamente, na Ásia, as pessoas são muito menos inclinadas a promover controvérsias e a tutelar os próprios direitos com processos judiciais. De fato, parece que a tendência dominante nas sociedades asiáticas seja uma espécie de litigation aversion⁷⁶ que tem como consequência natural uma forte preferência para a solução das controvérsias através de métodos informais da ADR, principalmente recorrendo à mediação e à conciliação. Essa preferência é normalmente explicada fazendo menção à persistência – no extrato profundo da cultura asiática – do ideal confuciano da harmonia social que não deveria ser conturbada e posta em crise pelo recurso aos tribunais⁷⁷. Entende-se, assim, a tendência tradicional, apoiada por fortes sanções sociais, para aqueles que não concordem, em evitar qualquer processo diante das cortes e a resolver as controvérsias por meio da conciliação. Se bem que existam relevantes diferenças entre os vários ordenamentos asiáticos, há provavelmente uma notável verdade no bojo desse modo de ver. Por exemplo: a conciliação diante dos especiais comitês populares foi por muito tempo quase o único modo – e o mais importante – para resolver as controvérsias na China, nas épocas precedentes à revolução comunista, como também na China de Mao é, posteriormente,

76 Cf. a exemplo Friedman, op. cit., p. 20. Cf. também *Id.*, *The Horizontal Society*, op. cit., p. 73, onde porém Friedman sublinha a influência do American Style também no Japão.

77 Cf. por exemplo Taruffo, *La conciliazione nell'ordinamento cinese*, in *Riv. Dir. Civ.* 1988, I, p. 581 seq.; Huang, *Civil Justice in China Representation and Practice in the Qing*, Stanford 1996, p. 51 seq., 110 seq.; Bodde, *Basic Concepts of Chinese Law: The Genesis and Evolution of Legal Thought in Traditional China*, in *Id.*, *Essays on Chinese Civilization*, Princeton 1981, p. 172 et seq.; Cohen, *Chinese mediation on the Eve of Modernization*, in 54 *Cal. L. Rev.* 1996, p. 1206 seq.

na China do período pós-maoísta⁷⁸. A propósito desse assunto, há mais o que dizer, contudo, a *litigation aversion*, que aparece tão difundida na Ásia, é um fenômeno cultural complexo que não pode ser reduzido simplesmente à herança confuciana. Uma recente pesquisa em torno do controverso papel dos advogados, na história da China imperial, revela que a atitude negativa da cultura oficial nos confrontos dos advogados era diretamente conectada às questões de poder, como a conservação das estruturas do poder político administrativo local e do papel essencial que as autoridades locais desenvolviam na solução das controvérsias, como também a tentativa constante do governo imperial central de evitar que chegassem ao conhecimento do vértice os conflitos da base da sociedade chinesa⁷⁹. Fatores análogos parecem nos fornecer explicações da tendência tradicional, presente também no Japão, e contrária aos recursos ao processo judicial e favoráveis à conciliação e à mediação como instrumentos para resolver controvérsias⁸⁰: não é somente uma questão de ortodoxia confuciana, mas também uma tentativa de conservar métodos estruturalmente favoráveis às partes mais fortes⁸¹. Em ambos os sistemas que aqui confrontamos, existem inte-

ressantes contratendências, cujos efeitos são difíceis de se definirem, mas que são sem dúvida importantes. De um lado, a tendência americana a levantar uma causa a quem quer que seja e por qualquer que seja a razão, entra em conflito com a ineficiência e várias outras dificuldades (como custos e tempos longos) que caracterizam a administração da justiça. Daí a propensão para usar métodos alternativos a fim de conseguir, pelo menos, qualquer reconhecimento ou satisfação dos próprios direitos. De outro lado, a *litigation aversion* asiática parece estar estritamente ligada a valores tradicionais que vão lenta, mas substancialmente perdendo a sua importância nas sociedades asiáticas modernas. A modernização da economia e do comércio (como aconteceu também historicamente)⁸² é um potente fator de erosão da confiança na conciliação informal, e favorece o recurso às técnicas formais do processo diante das cortes. Também na história da China imperial, verificaram-se repetidas reações contra o mau funcionamento das conciliações locais, em favor do recurso aos tribunais⁸³.

B. Um outro significativo exemplo da influência de fatores culturais sobre as instituições processuais é representado pela estrutura e pela organização das cortes – obviamente – pelo papel que elas exercem na decisão das controvérsias e, sobretudo, no contexto social. A análise clássica das formas de justiça, desenvolvidas por Max Weber poderia bastar para ilustrar esse ponto⁸⁴, mas também a experiência dos sistemas processuais modernos é muito interessante.

78 Cf. Lubman, *Mao and Mediation: Politics and Dispute Resolution in Communist China*, in *55 Calif. L. Rev.* 1967, p. 1289 seq.; Sheng Yu, *Le système de la conciliation populaire en République Populaire de Chine*, in *Kotz-Ottendorf, Les Conciliateurs. La Conciliation. Une étude comparative*, Paris 1983, p. 27 seq.

79 Cf. Macauley, *Social Power and Legal Culture. Litigation Masters in Late Imperial China*, Stanford 1998, especialmente p. 3 seq., 19 seq., 35 seq.

80 Para uma interessante explicação da relutância dos japoneses em fazer valer os seus direitos individuais em julho cf. Feldman, *Patents Rights, Citizens Movements and Japanese legal Culture*, in *Comparing Legal Cultures*, op.cit., p. 217 seq.

81 Cf. Henserson, in *Perspective on Civil Justice*, cit., p. 292 seq., o qual sublinha que na realidade as formas tradicionais de conciliação no Japão tendiam em favorecer a parte mais forte, e portanto, a manter a hierarquia da autoridade e a estrutura do poder e que "it was not it was better to settle, but you had better to settle".

82 Cf. Macauley, op. cit., p. 54 seq.

83 Cf. Macauley, op. cit., p. 59 seq.

84 Cf. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen 1980, especialmente p. 441 seq.

Tome-se, por exemplo, a estrutura hierárquica da organização judicial e a figura burocrática do juiz profissional. Esses elementos são historicamente tão óbvios na cultura jurídica e social européia que dificilmente são percebidos como uma variável contingente ou como um problema. Todavia, a análise de Damaska é extremamente clara e convincente ao mostrar as diretas conexões que existem entre esse modo de conceber o juiz, os órgãos judiciais e os modelos do processo, de um lado, e do outro, as concepções do Estado e do poder público: a estrutura hierárquica da organização judicial é conectada com a idéia do Estado ativo, enquanto que a organização judicial não hierárquica é ligada à idéia do Estado "reativo". Como conseqüência, o processo assume várias formas e desenvolve diferentes funções⁸⁵ conforme o tipo da organização do poder estatal.

Pode-se, além disso, considerar que o fator extremamente importante do ponto de vista do perfil cultural, na concepção do que é um órgão judiciário, é constituído pela presença ou ausência do júri. De um lado, de fato, tem-se a idéia tradicional, ainda hoje difundida nos Estados Unidos, pela qual o júri é uma necessária e irrenunciável garantia da participação do povo na administração da justiça, e é, portanto, um fator essencial de democracia no campo do sistema judicial⁸⁶. De outro lado, na Europa existe a tendência tradicional ainda agora

difundida, para julgar que o júri não deve ser usado nas causas civis⁸⁷, e que a participação de leigos nos órgãos judiciais civis deve ser limitada a casos particulares (como por exemplo, nas controvérsias comerciais ou de trabalho) e possa ser admitida principalmente quando se julga oportuna a presença de experts como membros dos colégios judiciais. O "se" e o "como" da participação de leigos na administração da justiça é evidentemente – e antes de tudo – um problema cultural. Se se julgar que "o povo" tenha o direito, também em uma moderna democracia, de administrar diretamente a justiça, então a participação "pura" de leigos deveria ser encorajada e realizada com os oportunos instrumentos jurídicos; se – ao contrário – se julgarem prevalentes os valores da preparação técnica e da eficiência, então a preferência deve ir a favor dos juízes profissionais e dos experts⁸⁸.

C. Um terceiro exemplo do modo de como as orientações culturais influenciam tanto as concepções gerais da administração da justiça como a emissão de específicas normas processuais, é a questão do papel do juiz – em conexão ou em conflito dialético com o papel das partes – no contexto do processo. Não vale a pena discutirmos aqui a distinção tradicional e, em muitos casos inatendível ou inútil⁸⁹

⁸⁵ Sobre um importante momento histórico na evolução deste problema cf.: Padoa Schioppa, *La giuria penale in Francia. Dal "philosophes" alla costituente*, Milano 1994, especialmente p. 9 seq., 84 seq., 163 seq., 173; *Id.*, *La giuria penale all'Assemblea Costituente francese*, in *The Trial Jury in England, France and Germany*, ed. by A. Padoa Schioppa, Berlin 1987, p. 75 seq.

⁸⁶ Cf. Damaska, em geral Damaska, op. cit., p. 79 seq.

⁸⁹ Para uma fundamentada crítica desta distinção Damaska, op. cit., p. 30 seq.

⁸⁵ Essa é a tese fundamental da obra de Damaska *I volti della giustizia e del potere*, cit.
⁸⁶ Cf. por exemplo Huzaró e Taruffo, op. cit., p. 151 seq.; Friedman, in *The Grand Design*, cit., p. 36 seq., e os ensaios colecionados no volume *Verdict. Assessing the Civil Jury System*, R. E. Litan ed., Washington, D. C., 1993.

entre sistemas adversarial e sistemas inquisitórios⁹⁰. Todavia, alguns perfis culturais da questão são interessantes.

Necessitamos sublinhar que o termo “inquisitório” sempre foi usado, pelo menos no âmbito do processo civil, muito mais como uma espécie de espantalho cultural do que como correlato a um conceito rigoroso. De fato, nenhum ordenamento moderno do processo civil é “inquisitório” em nenhum significado atendível do termo. Na realidade, o espantalho é usado de forma recorrente simplesmente como uma arma retórica contra o perigo que ao juiz seja atribuído um papel ativo. Existe, porém, uma tendência geral – também no interior dos sistemas tradicionalmente “adversariais”, como o americano – em estender e em tornar mais eficaz o papel do juiz no âmbito do processo, com a finalidade de tornar mais eficiente e mais cuidadosa a administração da justiça. A armadilha da “inquisitorialidade” é normalmente evitada simplesmente não usando termos evocativos: fala-se comumente de um papel managerial do juiz⁹¹ para dizer que ele deveria ser ativo ao conduzir de forma eficiente o processo, em vez que de forma “inquisitória”, suficiente para pôr fora de jogo o espantalho. Além disso, deve ser lembrado que a tendência favorável à extensão do papel ativo do juiz

está presente quase que até nos países insuspeitos de simpatias autoritárias como a França⁹², a Inglaterra⁹³, e os próprios Estados Unidos⁹⁴, simplesmente, porque tal extensão é considerada, geralmente, como um instrumento possivelmente eficaz para uma gestão mais eficiente do processo civil.

É bastante claro, além disso, que a preferência para condutas centradas no poder dispositivo das partes, em vez de nos poderes direcionais do juiz, é influenciada – de vez em quando – por vários pressupostos culturais⁹⁵, como por exemplo: a confiança no “faça você” individual, em lugar de ter o Estado como fonte de proteção dos direitos; a confiança nos advogados, em vez de nos juizes; a presença de conceitos diferentes da relação entre os indivíduos privados e entre esses e a autoridade pública; a presença de idéias diferentes em torno do “se” e “como”, os direitos e os interesses deveriam ser tutelados e realizados, e assim por diante.

Os casos discutidos até aqui são somente alguns poucos entre os muitíssimos exemplos de situações nas quais diferentes opções culturais têm efeitos relevantes sobre a forma em que é organizada e disciplinada a justiça civil. Eles deveriam, todavia, ser suficientes para nos mostrar que quando as cortes e as disciplinas processuais são tomadas em idônea consideração como o cruzamento da evolução do direito em vários níveis, então emerge uma

90 Para análises já clássicas dessa distinção na literatura européia cf. Bruggemann, *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richterlichkeit und Parteireiheit im gegenwertigen deutschen Zivilprozess*, Bielefeld 1968; Normand, *Le juge et le litige*, Paris 1965.

91 No campo da rica literatura sobre esse tema cf. em particular o ensaio de Resnik, *Managerial Judges*, in 96 Harv. L. Rev. 1982, p. 374. Cf. também Feinberg, *op. cit.*, p. 86 seq.

92 Cf. os art. 3 e 10 do Código de Processo Civil de 1976, que atribuem ao juiz poderes “inquisitórios” virtualmente ilimitados.

93 Cf. os Rules of Civil Procedure em vigor desde 26 de abril 1999, já citados. As seções n. 3, 26, 32 e 35 atribuem ao juiz inglês poderes “manageriais” virtualmente ilimitados.

94 Cf. por exemplo Resnik, *op. cit.*

95 Cf. Taruffo, *Il processo civile “adversary” nell’esperienza americana*, *cit. specialmente* p. 3 seq., 117 seq., 259 seq.

quantidade de problemas bastante relevantes. Naturalmente, esses problemas não se referem somente às diferenças entre os vários tecnicismos processuais, o que é totalmente óbvio. Eles atendem, sobretudo, as camadas culturais profundas que estão na base das várias concepções da administração da justiça, presentes nos vários ordenamentos. Esses problemas referem-se a questões muito gerais relativas, por exemplo, à definição das finalidades (escopos) da administração da justiça, como aquela de estabelecer se o processo é orientado somente para a solução das controvérsias ou também para a atuação de direitos e de escolhas políticas⁹⁶ ou, aquela, ainda mais geral, se é suficiente para realizar uma “justiça processual” ou se os cidadãos esperam das cortes alguma espécie de justiça substancial⁹⁷.

4. Interpretação transcultural

Se olharmos para o complexo jogo que se desenvolve em muitos pontos da ordem jurídica globalizada, por efeito da interação de diversos fatores culturais, podemos ver que a cultura jurídica atual encontra-se diante de um problema muito importante⁹⁸, que parece ser essencialmente antropológico ou que – pelo menos – pode ser interpretado como um exemplo específico de um problema antropológico. Ele surge quando se verifica um encontro

96 Cf. Damaska, op. cit., p. 173 seq., 249 seq.

97 Cf. por exemplo Tschentscher, The Function of Procedural Justice in Theories of Justice, in Procedural Justice, K. F. Roehl and S. Machura eds., Aldershot-Brookfield-Singapore-Sydney 1997, p. 105 seq.; Schmidt, Procedural Aspects of Distributive Justice, *ibid.*, p. 161 et seq.; Rennig, Subjective Procedural Justice and Civil Procedure, p. 207 seq.

98 Cf. Ferrarese, Mercati e globalizzazione, op. cit., p. 414.

ou um confronto, ou também somente uma possível combinação, entre diferentes culturas dentro do mesmo contexto, ou em qualquer situação na qual haja a necessidade de compreender ou de interpretar uma outra cultura. Esse é um tema geral de ordem metodológica bem conhecido no campo da antropologia cultural⁹⁹. O que aqui merece atenção é o simples fato de que o mesmo gênero de problema surge em todos os casos frequentes, nos quais um indivíduo deve compreender e interpretar uma outra cultura jurídica. É o que acontece quando um texto jurídico (uma lei, um precedente, ou um trecho de doutrina) é traduzido em uma outra língua de diferente ordenamento jurídico¹⁰⁰, quando se põem em confronto sistemas jurídicos diferentes e, também, quando dois juristas procedentes de áreas culturais diferentes falam, simplesmente, entre eles. Naturalmente, esse problema pode ter diferentes graus de intensidade que vão desde os pequenos mal-entendidos à completa impossibilidade de se compreenderem entre si.

O núcleo central do problema é a “alteridade” (alterità)¹⁰¹ e a diferença de cada uma das duas culturas que vêm a se encontrar em contato com a outra cultura: como “ler” uma cultura do ponto de vista de uma cultura diferente, usando as idéias, os conceitos, as construções, os valores e as crenças que constituem “esta outra cultura”?

99 Cf. em geral Borutti, Filosofia delle scienze umane. Le categorie dell'Antropologia e della Sociologia, Milano 1999, p. 154 seq., 165 seq., 187 seq.

100 Sobre problemas culturais da tradução jurídica cf. Aspects of Legal language and Legal translation, ed. by J. Tomaszczuk, Lodz 1999.

101 A “alteridade” ou “assimetria” das diferentes culturas, e os limites que delas derivam a possibilidade de traduzir uma cultura na outra representam o caráter estrutural característico de cada interpretação transcultural. Ver a respeito as interessantes observações de Borutti, op. cit., p. 166 seq.

Em outros termos: como é possível (supondo que seja de fato possível) superar a distância entre as duas culturas, e eliminar as suas diferenças? No contexto do direito: como pode um jurista usar a sua cultura fundamentada essencialmente sobre o conhecimento do seu sistema jurídico, para compreender um sistema jurídico diferente fundamentado sobre uma diferente cultura e sobre diferentes conceitos e institutos jurídicos?

Para enfrentar questões dessa natureza é preciso levar em conta pelo menos dois fatores, cada um dos quais pode ser entendido em termos de graduação em vez de termos conceituais, fixos e rigorosos.

Um fator é que a "alteridade" e a distância entre culturas (e também entre culturas jurídicas) é – exatamente – um problema de grau: duas culturas podem ser relativamente próximas e terem semelhanças significativas (como acontece, por exemplo, quando dois ordenamentos jurídicos pertencem à mesma "família" ou ao mesmo "modelo"), ou podem ser extremamente distantes e assim diferentes e não terem nada em comum, possivelmente nem o conceito geral de "direito"¹⁰². Entre esses dois extremos coloca-se naturalmente uma infinita variedade de situações intermediárias: existe, portanto, a possibilidade de "ler" uma cultura jurídica com os "óculos" de uma outra cultura jurídica. De concreto, essa possibilidade dependerá da distância relativa das duas culturas, ou seja,

¹⁰² Precisa-se considerar que quando se sai do campo dos sistemas jurídicos ocidentais entram em jogo diferenças que se referem às concessões fundamentais do direito. Para um panorama geral das diferenças relativas às concepções do direito nas culturas muçulmanas, asiáticas e africanas cf. os ensaios publicados na *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. II, Chapt. 1, p. 84 seq., 107 seq., 120 seq., do *ibidem* (1975). Cf. também Zweigert-Kötz, op. cit., p. 435 seq., 446 seq.

da possibilidade de uma pré-compreensão por parte do intérprete, baseada sobre o seu background cultural, da diferente cultura jurídica que é "interpretada"¹⁰³. Essa é a razão pela qual um jurista italiano pode compreender relativamente bem o sistema francês e espanhol, pode ter problemas com o alemão, mas tem mais problemas com o sistema americano ou com o inglês, e muito mais com o sistema japonês, e assim por diante. Não é somente uma questão lingüística¹⁰⁴: é uma questão de distância entre a cultura do intérprete e a do sistema jurídico que é interpretado. Naturalmente, essa distância é determinada por uma série vastíssima de fatores históricos, políticos, institucionais e culturais, ou seja, de todos os fatores que determinam a especificidade de cada cultura jurídica e metajurídica.

Outro fator é a atitude que o observador pode ter quando se ocupa de uma cultura diferente ou, como no caso que aqui estamos examinando, de um sistema jurídico que pertence a outra cultura. Essa atitude pode variar – conforme as circunstâncias – entre dois pólos extremos: um deles pode ser imaginado como uma espécie de identificação do observador com o observado, ou seja, como a interpretação de uma cultura como se essa fosse a cultura do observador. Em um caso do gênero, um jurista

¹⁰³ Em geral sobre o papel fundamental desta compreensão cf. Boruff, op. cit., p. 166 seq.

¹⁰⁴ A língua pode provocar distorções na percepção da distância: se conheço o inglês mas não o francês, posso ser levado a pensar que a cultura jurídica inglesa seja menos distante daquela francesa que não da cultura jurídica italiana, mas essa é somente uma impressão subjetiva ("verdadeira" somente para mim) e claramente errônea. Se eu falo o chinês mas não o francês, isso não demonstra que a cultura jurídica chinesa seja menos distante daquela francesa em relação à cultura jurídica italiana.

italiano pode pretender interpretar um diferente sistema jurídico como se esse fosse o sistema italiano. Uma pretensão desse gênero seria, porém, um erro grosseiro. Mais ainda, tal identificação seria na realidade impossível exatamente por causa da diferença do outro sistema jurídico e da cultura jurídica que lhe é própria. Ainda mais: tratar-se-ia de uma situação contraditória: se um sistema jurídico e a sua cultura são diferentes daquela do observador, uma fusão perfeita do intérprete com aquilo que ele interpreta é impossível, a priori. Na realidade, o que acontece nesses casos é que a cultura própria do intérprete é simplesmente projetada sobre a outra cultura, ou então que o intérprete seleciona somente os elementos que lhe são familiares, ou seja, aqueles que correspondem a sua particular cultura. Mas isso não é interpretar outra cultura: é, somente, uma seleção apriorística daquilo que parece semelhante (*déjà vu*) à cultura do intérprete.

O extremo oposto verifica-se quando a "alteridade" entre o intérprete (o jurista) e o objeto da interpretação (um outro sistema jurídico) é tão total e absoluta que o intérprete não consegue compreender nada "do externo" do outro sistema. Nesse caso, a diferença ou a distância entre o intérprete e aquilo que deveria ser interpretado são tais que o objeto da interpretação permanece completamente opaco aos olhos do intérprete¹⁰⁵. Essa situação pode se verificar facilmente, como conseqüência da ignorância do jurista intérprete, mas representa um ponto extremo, no qual nenhuma interpretação de uma outra

105 A opacidade é a característica de uma cultura diferente que não pode ser "traduzida" e portanto compreendida por um intérprete que se acha situado no interior de uma outra cultura, no contexto de uma interpretação assimétrica. A propósito cf. Alida Bonutti, op. cit., p. 169 seq.

cultura – ou de um outro sistema jurídico – é realmente possível.

Essas duas dimensões de interpretação de outra cultura (mesmo jurídica) podem combinar-se ou cruzar-se numa ampla variedade de formas possíveis. Teoricamente, a situação efetiva de um intérprete real pode ser entendida como uma das possíveis intersecções dessas duas dimensões, ou seja, como um ponto colocado em alguma parte no espaço definido pelas duas escalas, imaginadas como linhas cartesianas.

Dentro desse quadro teórico, é preciso dizer que, quando o problema não é de interpretar uma cultura estranha no seu conjunto, mas de entender um sistema jurídico ou uma sua parte ou área, as coisas podem aparecer mais concretas e talvez um pouco mais fáceis. De alguma forma isso pode acontecer quando tomamos em consideração o campo específico da administração da justiça.

De um lado, a tendência para o localismo e a fragmentação presente que é, especialmente nesse campo, provoca numerosas dificuldades de interpretação de qualquer ordenamento processual, de um diferente ponto de vista cultural¹⁰⁶.

De outro lado, todavia, existem alguns fatores que podem reduzir pelo menos em parte a incidência dessas dificuldades. Como já vimos antes, a globalização tem efeitos importantes como fator de harmonização e, às

106 Naturalmente estas dificuldades, derivantes, que os juizes que se ocupam de controvérsias transnacionais "are insufficiently accustomed to foreign legal cultures", implicam que estes juizes não possam tomar adequadamente em consideração os aspectos "estrangeiros" ou "internacionais" das controvérsias (cf. Freyhold, Gessner e Ogilvi, The Role of Courts in Global Legal Interaction, in Foreign Courts, op. cit., p. 270 seq.)

vezes, de unificação dos instrumentos jurídicos, e outras vezes isso acontece também no campo do direito processual. Além disso, a circulação de modelos processuais é favorecida pelo desenvolvimento dos estudos comparativos também na área do direito processual (pelo menos em alguns países), e isso ajuda a reduzir o provincialismo cultural dos juristas. Efeitos idênticos derivam da "internacionalização" de alguns aspectos do processo como a jurisdição, as notificações, a tomada das provas, a execução das sentenças, e assim por diante. Deve-se, também, considerar que "a comparative approach to law becomes an attempt ... to formulate the presuppositions, the preoccupations, and the frames of action characteristic of one sort of legal sensibility in terms of those characteristic of another"¹⁰⁷.

Dois ulteriores elementos que podem intervir em reduzir a complexidade do problema merecem ser aqui mencionados, com específica referência às culturas processuais e suas interpretações. Um desses elementos é o tecnicismo relativamente elevado do direito processual; o outro é a limitação da criatividade da maior parte dos estudiosos e dos legisladores processuais. O elevado tecnicismo combinado com a escassa criatividade produz um resultado positivo, enquanto o alcance dos possíveis problemas e conceitos termina não sendo demasiado amplo, de modo que a necessidade de usar conceitos tecnicamente sofisticados leva a uma suficiente uniformidade da linguagem, e também das bases culturais dos que se ocupam do direito processual. Assim como os biólogos e os

físicos se entendem bastante bem, mesmo se procedem de países diferentes e também porque usam os mesmos instrumentos sofisticados, igualmente os processualistas poderiam conseguir fazer algo de semelhante, se bem que – obviamente – em medida bastante mais reduzida. Além disso, devido a que eles se ocupam de um número de argumentos bastante limitado, que são de certa forma os mesmos em todos os ordenamentos processuais evoluídos, há pelo menos alguma possibilidade de superar ou reduzir parte dos obstáculos culturais que se opõem à compreensão recíproca. Apresentadas assim, as culturas processuais poderiam tornar-se entre si menos opacas, em relação a outras culturas jurídicas e não jurídicas.

Naturalmente, isso não significa que os problemas de opacidade, distância e mal-entendido não existam no direito processual. As diferenças entre os vários sistemas processuais são ainda tão numerosas e profundas que parece impossível pensar em uma fusão geral deles dentro de uma única cultura processual e dentro de um modelo processual uniforme. As observações que precedem são dirigidas somente para sublinhar que as várias culturas processuais poderiam se compreender reciprocamente com graus relativamente baixos de opacidade, desde que os fenômenos de provincialismo e de ignorância fossem realmente superados.

5. Uma experiência mental

Entre as coordenadas que se delinearam no parágrafo precedente, pode-se verificar uma interação ou uma troca entre duas ou mais culturas jurídicas, mesmo no âmbito do

107 Cf. Geertz, *Local Knowledge*, op. cit., p. 218.

direito processual. Essa troca pode ser entendida em termos de compreensão recíproca e pode ser representada imaginando um diálogo entre dois juristas provenientes de culturas diferentes. Não é necessário escrever todas as frases desse diálogo: o que pode ser interessante é a sua estrutura. Naturalmente, pode-se supor que os caracteres fundamentais dessa estrutura dialógica estejam presentes também em contextos mais amplos e mais complexos¹⁰⁸.

Imaginemos que num determinado momento, no decorrer de um diálogo entre dois juristas A e B, B pronuncie a expressão "corte". A tem uma cultura processual própria, segundo a qual as cortes são órgãos oficiais do Estado que são inseridos num contexto hierárquico fechado e coerente e em uma organização burocrática; são compostas de um ou mais profissionais do direito especialmente preparados e selecionados por meio de concursos nacionais, baseados exclusivamente em capacidade técnico-jurídica. Além disso, A tem na sua memória um conjunto de imagens, discursos, ensaios, livros, mensagens da mídia e assim por diante, referentes às cortes do seu sistema nacional. Em uma palavra: A é um civil lawyer que vive – por exemplo – num país europeu. Para ele "cortes" constitui um input lingüístico que lembra a típica idéia geral de uma corte em um sistema de civil law e – mais especificamente – no sistema de A. Trata-se

108 O autor destas páginas teve a possibilidade de efetuar essa espécie de experiência mental em várias situações, como por exemplo, ensinando o direito processual comparado e fazendo conferências em faculdades jurídicas norte-americanas, discutindo longamente e escrevendo um livro com Geoffrey C. Hazard (cf. Hazard e Taruffo, *op. cit.*), e participando como co-diretor do projeto de pesquisa da American Law Institute citado anteriormente em vários seminários com advisors de vários países pertencentes a culturas diferentes.

de uma noção que está profundamente enraizada na cultura jurídica de A.

Além disso, A sabe que: a) B é um common lawyer; b) as cortes nos sistemas de common law são organizadas e compostas de modo diferente. Alguma vez, há um júri, os juízes normalmente são ex-advogados que foram nomeados – normalmente por um órgão do poder executivo e político – baseados na própria experiência profissional e do seu prestígio e que não foram inscritos numa carreira hierárquica e burocrática. Além disso, através de filmes e romances de argumentos judiciais A criou algumas imagens e impressões de uma corte de common law. De outro lado, A pode considerar que, uma vez que B é um common lawyer, quando fala de "cortes", ele usa o termo dando-lhe o significado típico da sua cultura jurídica própria, que é especificamente o significado que o termo tem no ordenamento jurídico de B. Portanto, A pode com fundamento supor que na mente de B, o significado de "cortes" seja muito mais complexo, detalhado e coerente do que A possa imaginar, e que esse significado seja de alguma forma diferente daquilo que A atribui a "cortes" quando usa o termo referindo-se ao seu próprio ordenamento.

Em contrapartida, B sabe que A é um civil lawyer e que – conseqüentemente entenderá o termo "cortes" conforme sua específica cultura jurídica. Portanto, B deveria considerar que provavelmente A não entenderá o inteiro e exato significado que "cortes" tem na cultura jurídica própria de B.

De qualquer forma, com a finalidade de compreender B, A não pode fazer outra coisa senão partir da

sua própria cultura, usando-a como um instrumento eurístico com a finalidade de compreender aquilo que B diz. Considerando que as duas culturas são diferentes, e o termo "cortes" tem significado diferente em cada uma delas, A – que é sabedor dessas diferenças – será levado a usar o seu originário conceito de "corte" em uma versão menos rigorosa, flexível e relativa (pela boa razão que de outra forma não compreenderia nada de quanto B está dizendo quando usa o termo "corte"). Além disso, A conhece algo daquilo que B entende quando fala de "corte", e sabe que tem que conceituar com noções diferentes das próprias. Isso significa que A usará o seu conceito de "corte" em uma acepção geral e flexível tentando adaptá-lo ao que A pode compreender da maneira em que B usa o mesmo termo. Por exemplo, A pode admitir a possibilidade de que haja um júri e que o juiz não seja um burocrata, e que esses elementos sejam inseridos na idéia geral de "corte", se bem que eles não existam na cultura jurídica de A. Isso é necessário, se A deseja colher algo do significado de "cortes", enquanto fala com B. Em outros termos, A deve ampliar, de alguma maneira, os seus conhecimentos e categoria, com a finalidade de incluir seletivamente na sua compreensão, pelo menos, o núcleo fundamental do significado de "cortes", assim como o termo é usado por B.

De outro lado, B pode imaginar que A deve desenvolver essa complexa operação interpretativa tendo a ver com noções originais, categorias gerais e novas informações. Portanto, B deveria considerar que alguns aspectos do significado que ele relaciona ao termo "cortes" não

serão compreendidos por A exatamente por causa das diferenças culturais, não obstante os esforços de A de assimilar tudo aquilo que pode compreender da idéia que B tem a respeito de "cortes".

Mas uma vez que se trata de um diálogo, também A pode dizer "cortes". Nesse ponto cabe a B usar uma versão generalizada e flexível da sua própria concepção daquilo que são as cortes, a fim de compreender o que é que A entende quando diz "cortes" e assim por diante. Além disso, para fazer com que B compreenda aquilo que ele diz, A deveria imaginar que B interpreta o que é dito por A conforme a noção de "cortes" que é própria de B e que, portanto, possa haver um grau de opacidade ou de mal-entendido na interpretação que B dará ao termo usado por A. De conseqüência, A poderia tentar fazer com que o próprio modo de usar as "cortes" possa ser mais facilmente interpretado por B, e assim por diante.

Nesse diálogo há, evidentemente um duplo vínculo entre A e B¹⁰⁹, com uma complicada interação de descobertas e adaptações, hipótese e controle das mesmas, prova e erro, e um esforço comum de ambos os participantes de irem além dos limites das respectivas culturas para colherem algo da cultura do outro. Com a finalidade de aumentarem a recíproca compreensão do termo "cortes", A e B jogam um complexo jogo de confrontos, comparações e interpretações, no qual as categorias de cada um são usadas para individualizar um significado que "procede" da outra cultura.

109 Sobre a presença de um duplo vínculo na interpretação transcultural Boruffi, op. cit., p. 196 seq., 194 seq.

Esse jogo pode ser jogado de várias formas e com êxitos diferentes. A situação positiva ideal é aquela em que A e B conhecem ambos perfeitamente a cultura do outro e, portanto, estão perfeitamente em condições de compreenderem o significado que o outro atribui a "cortes". Essa situação é, porém, impossível quase por definição, se partirmos da premissa que A e B provêm de culturas diferentes. Além disso, mesmo que isso fosse possível, seria inútil porque nenhuma nova informação seria produzida pelo diálogo. A situação oposta na negativa é aquela em que nem A e nem B conhecem nada da cultura do outro. Nesse caso, que se verifica particularmente freqüente entre os juristas, a comunicação e a interpretação recíproca seria impossível, e o termo "cortes" pronunciado por A ou por B não teria senso algum, seria um simples ruído. Algumas vezes, os juristas pensam compreender outros juristas de diferentes culturas sem conhecerem nada dessas culturas, mas isso não é nada mais do que uma maneira tola de enfrentar problemas complicados.

De fato, diálogos úteis podem se verificar em situações de conhecimento recíproco imperfeito, ou seja, quando A e B conhecem alguma coisa da cultura do outro, e, portanto, podem adaptar as respectivas categorias jurídicas originárias a fim de interpretar o significado que o outro atribui ao que diz. Isso implica que, de qualquer forma, no "diálogo interpretativo" há sempre uma área de significado que permanece opaca porque não pode ser compreendida do ponto de vista da outra cultura, e, portanto, não pode ser traduzida para aquela cultura. Essa área pode ser ampla ou limitada e residual:

nessa segunda situação o diálogo pode funcionar bastante bem.

De qualquer forma, as condições do diálogo entre A e B não são fixadas uma vez por todas. A e B poderiam suspender o diálogo, aprender mais sobre a cultura e o ordenamento jurídico do outro e, depois, retomarem o diálogo sobre melhores bases culturais. Além disso, o mesmo diálogo pode ser um meio para incrementar o conhecimento e a compreensão recíproca, enquanto fornece a cada um dos participantes novas informações acerca da cultura do outro. Portanto, é o próprio diálogo que pode reduzir progressivamente as áreas de opacidade de ambos os lados.

Até aqui a análise referiu-se exclusivamente sobre a interpretação de uma palavra. É claro, todavia, que se tratou de uma simplificação extrema introduzida com a finalidade de não tornar o discurso demasiado complicado. Na realidade, o diálogo entre juristas pertencentes a sistemas diferentes baseia-se em enunciados ou conjunto de enunciados. Isso é óbvio, mas tem conseqüências relevantes sobre a interpretação de "cortes" ou de outro qualquer argumento, na interação de culturas diferentes. Num certo sentido, a colocação de "cortes", no contexto de um enunciado mais amplo ou de um discurso, pode ajudar o intérprete a definir o significado do termo ou pelo menos em reduzir o campo de seus possíveis significados e limitar a ambigüidade desses significados. Por exemplo: o contexto pode incluir ulteriores informações sobre a organização da magistratura em um determinado sistema, ou pode esclarecer que está se falando de cortes de primeiro grau em vez de cortes supremas. De outro lado,

uma vez que o contexto inclui outras palavras e enunciados, os problemas de interpretação de perspectivas culturais diferentes poderiam multiplicar-se em progressão geométrica.

Todavia, isso não exclui a possibilidade de uma compreensão transcultural de problemas jurídicos através do diálogo. Precisa-se, porém, de ser sabedor do fato que esse gênero de compreensão é difícil e incerto, que o conhecimento da cultura do outro é sempre necessária, mas nunca é realmente suficiente, e que os perigos de distorção ou de mal-entendidos permanecem sempre presentes. Trata-se seguramente de um esforço "half-quixotic, half Sysiphean" de tornar "anomalous things in not too anomalous words"¹¹⁰, mas é tudo o que os juristas podem fazer na condição atual do desenvolvimento cultural.

6. Relevos conclusivos

Ao final das considerações até aqui desenvolvidas, poderíamos nos perguntar se a tensão entre localismo e globalização jurídica pode ser resolvida, e se as diferenças entre culturas jurídicas – e particularmente entre culturas processuais – podem ser superadas. Questões assim gerais não podem encontrar respostas satisfatórias nessa sede, mas podem ser mencionados alguns relevos com referência específica ao campo da justiça civil.

Uma resposta plausível à primeira pergunta deveria ser com toda probabilidade negativa. De um lado, como vimos, há um efeito importante que a globalização pro-

duz sobre ordenamentos jurídicos que é o afloramento de culturas jurídicas locais, paralelamente e em consequência do efeito generalizante da globalização. Portanto, uma interação dialética entre localismo e uniformidade parece ser intrínseca ao desenvolvimento do direito no mundo globalizado. Pode-se esperar que a globalização produza níveis sempre maiores de convergência e de uniformidade¹¹¹, mas não existem elementos para prever o desaparecimento do localismo e do multiculturalismo jurídico. De outro lado, muitas diferenças nacionais e locais na administração da justiça são tão profundamente enraizadas nas culturas jurídicas e nas tradições nacionais ou locais que não é possível imaginarmos uma completa unificação dos sistemas processuais e menos ainda dos ordenamentos judiciais¹¹². Mesmo imaginando que a referida uniformidade fosse possível, permaneceria de qualquer forma a pergunta se ela seria desejável, pois a tensão dialética entre diferenças é um fator de evolução, enquanto a plana uniformidade é um fator de imobilidade.

Isso não significa que todas as variações processuais existentes devam ser necessariamente destinadas a permanecerem ou até a se multiplicarem. De alguma forma pode-se imaginar que algumas dessas diferenças possam diminuir, e, portanto, que se possa alcançar um nível satisfatório de harmonização – pelo menos entre sistemas processuais relativamente "próximos" – mesmo se várias peculiaridades dos sistemas nacionais aparecerem tão consolidadas que tornem improváveis a sua eliminação¹¹³. De qualquer forma, o modo correto para enfrentar as di-

110. Cf. Geertz, *Local Knowledge*, op. cit., p. 225.

111. Cf. por exemplo Friedmar, *Is There a Modern Legal Culture?*, op. cit., p. 725.

112. No mesmo sentido ver as conclusões Walter e Walther, op. cit., p. 46 seq.

113. Cf. ainda Walter e Walther, *ibidem*.

ferenças culturais não é pensar em destruí-las, mas tentar compreendê-las: a interpretação de diferentes culturas processuais pode ser um instrumento eficaz para conciliar e, possivelmente, harmonizar as diferenças.

Alguns fatores operam nessa direção. Um deles é que está se formando uma cultura supranacional ou transnacional do processo civil, se bem que os provincialismos nacionais sejam ainda muito fortes. É difícil dizer se existe de veras uma cultura jurídica geral¹¹⁴, mesmo sendo verdade que “legal culture today easily crosses borders”¹¹⁵. Ainda mais difícil é imaginar a existência de uma cultura processualística comum. A maior parte dos estudiosos, dos juízes e dos advogados que operam no campo da justiça civil está ainda surda e entrancheirada no interior das respectivas culturas locais. Isso não sucede somente em países pequenos e subdesenvolvidos, mas também em países evoluídos e orgulhosos, na Europa, como na América, como na Ásia. Efetivamente, o provincialismo é um produto da ignorância e do nacionalismo, muito mais que do atraso econômico.

De qualquer forma, as coisas estão mudando lentamente: parece que também os processualistas estejam se tomando sabedores das dimensões transnacionais e transculturais da justiça civil. Uma razão disso é a percepção do fato de que os problemas fundamentais da administração da justiça são substancialmente os mesmos em todos os ordenamentos jurídicos modernos. As soluções que os direitos nacionais fornecem para esses problemas são diversas, e as diferenças aparecem mais relevantes, quando

tomadas em consideração normas específicas processuais (devido a que- como se diz – o diabo está nos detalhes). Todavia, se se consideram as várias soluções normativas como equivalentes funcionais – ou seja, como respostas diferentes às mesmas perguntas fundamentais – pode-se individualizar um terreno comum de base.

Outro fator que favorece a construção de uma cultura processual comum pode-se definir como o universalismo dos princípios fundamentais da justiça civil. Trata-se de um exemplo particular do “passionate belief fundamental rights” que – conforme Friedman¹¹⁶ – é um dos aspectos mais importantes da cultura jurídica moderna. Os juristas de muitos países e de diferentes culturas tomam consciência do significado universal de princípios como a independência da magistratura, a imparcialidade do juiz, a possibilidade efetiva de fazer valer os próprios direitos, a garantia da defesa e de um processo correto, e assim por diante. Os valores que estão na base desses princípios processuais já são patrimônio comum das culturas jurídicas e políticas de todos os ordenamentos modernos, mesmo que se encontrem realizações efetivas de formas muito diferentes. Esses valores e esses princípios são, portanto, a base para uma possível cultura geral da justiça civil.

114 Para uma opinião positiva cf. Friedman, op. cit., p. 120

115 Cf. ainda Friedman, p. 119.

116 Cf. ainda Friedman, p. 124.

PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO

Nelson Saldanha

Professor de Filosofia de Direito da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco – ESMAPE e dos Cursos de Pós-Graduação em Direito na Faculdade de Direito do Recife – LIFPE. Membro do Instituto Brasileiro de Filosofia e da Academia Pernambucana de Letras.

SUMÁRIO

1- Sobre teoria e prática. 2- O direito como texto: problemas. 3- Direito, concreção e outros termos. 4- A secularização, a argumentação e o raciocínio.

“Não basta dizer que a história é o juízo histórico; é preciso acrescentar que todo juízo é juízo histórico, ou história, sem mais”. “Só o juízo histórico (...) faz possível a formação de um propósito prático e abre caminho ao desenvolvimento da ação” (B. Croce, La storia come pensiero e come azione, passim).

1. Sobre teoria e prática.

O pensamento referente à vida concreta dos seres humanos corresponde mais ou menos ao que outrora se chamava “filosofia da prática”. Os gregos não tiveram uma teorização especificamente jurídica, mas refletiram todo o tempo sobre os comportamentos, a virtude e os

fins do viver; os romanos, que desenvolveram o direito como organização e como conceituação, herdaram dos gregos a noção de uma *vita activa* capaz de constituir o objeto de uma parte inteira da filosofia.

Benedetto Croce, que analisou a idéia da "prática" como tema filosófico amplo e especial, buscou, em livro sobre a idéia de história, distinguir entre *ação* e *pensamento* em correlação com a diferença entre vontade e consciência. Para Croce, a distinção entre as duas coisas não impede de entender que o conhecimento e a *praxis* são reciprocamente necessários, compondo uma espécie de circularidade ⁽¹⁾.

Recentemente, certos debates filosóficos travados em alemão e em inglês têm recolocado a questão da prática, com teorias em que se fala de ética cognitiva e ética da comunicação — esta devida sobretudo à contribuição de Habermas ⁽²⁾. Tem-se falado também em metaética, e não faltou quem afirmasse ser a ética o "estudo lógico da linguagem da moral", afirmando também que a ética deve, além disso, "compreender os conceitos morais" para com isto "dar conta do raciocínio moral" ⁽³⁾. Esse empobrecimento analítico da problemática da ética, correspondente por sua vez a uma visão logicista e "linguagista" da filosofia, na qual se cancelam os temas históricos e metafísicos, cancelando-se com eles a própria visão do humano.

* * *

(1) — Benedetto Croce, *La storia come pensiero e come azione* trad. esp. *La historia como historia de la libertad*, FCE México 1960, p.32: "Esta circularidad es la verdadera identidad del espíritu consigo mismo, del espíritu que se nutre de sí mismo y crece sobre sí mismo".

(2) — A respeito, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica* (trad. esp. CEC, Madrid 1997), pág. 110. Mais profundo, porém, Jacques Lenoble "Droit et communication: Jürgen Habermas", em P. Bouretz (org.) *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Ed. Esprit, Paris 1991, pp. 163 e segs.

(3) — A referência à metaética e as frases seguintes aludem a R.M. Hare: cf. Alexy, *Teoría de la argumentación*, cit., pág. 73.

Como se sabe, a relação entre *teoria* e *prática* se reveste, no caso do *direito*, de um caráter peculiar. A ciência econômica se refere a um objeto que envolve comportamentos; do mesmo modo a pedagogia ou a ciência política. No caso do direito, há uma dimensão institucional e "oficial", que corresponde à presença do Estado: o jurídico se ampara sobre o estatal (em parte ao menos), de sorte que as "condutas" se relacionam direta ou indiretamente a um conjunto de normas vigentes. Por outro lado, a "vida" do direito (ou — com outro sentido — a experiência jurídica) consta de uma série de atos que são praticados por pessoas providas de qualificação formal, isto é, por profissionais do direito: advogados, juízes, procuradores. A própria construção teórica está, frequentemente, ligada àquela qualificação.

2. O direito como texto: problemas.

Nas décadas 20 e 30, alguns teóricos insistiram sobre a conceituação do direito como integração de elementos: o poder, a norma, os valores. A influência da fenomenologia levou outros teóricos a reduzir o direito a um desses elementos, mas na verdade o reducionismo se apresenta, também aí, empobrecedor e insuficiente. O direito é ao mesmo tempo um fenômeno de poder, um sistema de normas e um reflexo de valores, além de envolver decisões e condutas. O que importa é compreender a conexão dinâmica entre tais ingredientes, bem como a relação do que se chama "direito" com contextos sociais e ideológicos variáveis.

Entendemos o direito como uma junção entre ordem e hermenêutica: ordem político-normativa, ordem axio-

lógico-normativa, por outro lado discussão sobre conceitos e reformulação interpretativa. A ordem sem a hermenêutica é fática e opaca, a hermenêutica sem a ordem não teria objeto⁽⁴⁾.

No Ocidente moderno e contemporâneo, os modelos do direito escrito suplantaram, ao parecer em definitivo, a figura do direito costumeiro: são figuras da época a burguesia, a racionalização, o Estado moderno, a exaltação da lei. E o direito escrito, expressado caracteristicamente nas constituições e nos códigos, ensejou toda uma série de teorizações que deram conteúdo e forma à "ciência jurídica" ocidental, com seu cortejo de problemas específicos e também suas conotações filosóficas.

O direito escrito, isto é, legislado, manteve desde logo relações ambivalentes com a interpretação. Napoleão, em episódio conhecido, expressou desconfiança para com os primeiros trabalhos de exegese de "seu" código, o Code de 1804. Entretanto, era impossível que a letra de lei ficasse isenta do assédio exegético — não fora a cultura burguesa eminentemente analítica, não exigissem os negócios modernos discussões intermináveis sobre as normas que os regulam.

Há autores que indicam, por trás do objeto código, o objeto livro. A escrita (ou a escritura) confere à regra jurídica uma certeza prosaica, mas ao mesmo tempo dá-lhe uma dignidade de certo modo teológica⁽⁵⁾, o que se coa-

(4) — SALDANHA, Nelson. *Ordem e Hermenêutica*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
 (5) — Cf. Gérard Timsit, *Les noms de la loi*, PUF, Paris 1991, págs. 103 e seqs. ("La loi comme codetermination"). Não esquecer, porém, que o Código, por outro lado, consagra basicamente o lado racional da ordem jurídica: cf. Martín Lacrau, *La razón en el derecho* (Abeledo-Perrot, B. Aires 1994), págs. 42-43.

duna com os ritos próprios do direito: espaços, gestos, terminologia, citação de autoridades.

A existência de um significado, nos textos jurídicos, tornou necessário o desenvolvimento de uma hermenêutica. Cabe aliás dizer significados, no plural, e lembrar que o mesmo ocorreu com os textos teológicos e literários, reconsiderados a partir do Romantismo e da hermenêutica romântica: reconsiderados precisamente como portadores de significados. O Romantismo construiu a hermenêutica moderna, a partir sobretudo de obra de Schleiermacher; mas o século XX trouxe para o tema uma série de novos questionamentos.

Os problemas da hermenêutica, entendidos no caso de Betti como um conjunto de temas articulados, temas ligados à própria experiência da interpretação⁽⁶⁾, refluíram com a obra de Gadamer para um plano filosófico mais genérico, através do reexame do próprio processo cultural do Ocidente moderno⁽⁷⁾. Outros, como Ricoeur por exemplo, ampliaram o leque de questões concernentes à teologia e ao campo da prática⁽⁸⁾.

Hoje, entretanto⁽⁹⁾, todos os questionamentos relativos a conceitos jurídicos gerais convergem para uma revisão que envolve a presença da hermenêutica.

(6) — BETTI, Emilio. *Teoria Generale della Interpretazione*. Milão: Giuffrè, 1955. 2.v.

(7) — Hans-Georg Gadamer, *Verità e Metodo. Les grandes lignes d'une hermenêutique philosophique* (trad. francesa, Ed. Du Seuil, Paris 1996).

(8) — RICOEUR, Paul. *Interpretação e Ideologias*. Tradução: H. Japiassu. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1977. *Do texto à ação. Ensaio de Hermenêutica II*, Ed. Rés, Porto e d.

(9) — A propósito, consideramos inteiramente equivocadas as observações de Arthur Kaufmann sobre a época moderna; cf. *La filosofía del derecho de la posmodernidad*, trad. L. V. Borda, Ed. Temis, Bogotá 1998, cap. I.

Gény, cuja obra o século XX injustamente deixou de lado, havia falado no dato e no construído, em termos que abrangiam lucidamente as relações entre a experiência jurídica e o componente hermenêutico⁽¹⁰⁾. Mas nos últimos decênios veio crescendo o tema dos princípios, significativamente repensados — nem sempre com acerto — dentro do reexame da teoria das fontes, da norma e dos valores. Na teoria tradicional, os princípios eram conceituados como referências genéricas e tanto quanto possível universais: assim pensava por exemplo Josef Esser⁽¹¹⁾; recentemente começaram, certos autores, a propor o seu entendimento como uma classe de normas, ou mesmo a identificá-los com elas. Ou então têm pensado na norma como um gênero, do qual são espécies a “regra” e o princípio, posição que adota um esquema de tipo escolástico para abrigar uma idéia desnecessária e parcialmente redundante⁽¹²⁾. Enquanto isso Dworkin, cujas opiniões a respeito vêm sendo bastante valorizadas, distingue regras e princípios no sentido de serem, respectivamente, embaixadores de diferentes “modelos” de comunidades⁽¹³⁾. A diluição dos problemas dentro do ingênuo

(10) — F. Gény, *Science et technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, ed. Sirey, Paris 1922. — Sobre o “componente hermenêutico”, cf. Nelson Saldanha, *Estudos de teoria do Direito*, ed. Del Rey, Belo Horizonte 1994, cap. 5.

(11) — Esser refere-se à “energia unificadora dos princípios universalmente reconhecidos” (*Princípio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*, trad. esp., Ed. Bosch, Barcelona 1991, pág. 426).

(12) — Às vezes, a preocupação dos autores é simplesmente a de afastar-se do que foi pensado antes. Assim, repudia-se a visão “tradicional” das relações entre norma e princípio, apenas pelo fato de apoiar-se sobre teorias passadas. Algo para o tema em Alberto Scimé, *Principi generali del diritto. itinerari storici di una formula* (Giappichelli, Turin 1998), princ. cap. I.

(13) — Ronald Dworkin, *O Império do Direito* (trad. J. L. Carmago, Martins Fontes, São Paulo 1999), págs. 251 e segs. 254, 256. — Os escritos de Dworkin têm sido objeto de crítica implacável por parte de Enrique P. Haba (cf. por exemplo em *Ánfora de Filosofía Jurídica y social*, Chile, 1997, n. 15 págs. 177 e segs.).

emaranhado analítico — como ocorre com autores do tipo deste último —, correu paralela ao surgimento de algo distinto, ou seja: a retomada dos termos clássicos da retórica e da argumentação.

Algo estava já no pequeno e demasiado influente livro de Theodor Viehweg, *Tópica e Ciência do Direito*, mas foi com Perelman que o assunto retórica começou a ter sua grande voga: a retórica como modo de empregar a palavra, com a argumentação como técnica de convencimento⁽¹⁴⁾.

Sob certo aspecto, a influência de novos chamamentos temáticos — como a “tópica”, a retórica, a hermenêutica gadameriana — levou o espírito dos filósofos e dos juristas a pensar em outras coisas que não as tirânicas linhas do normativismo kelseniano (com suas variantes e suas aderências): elas e o que restava, nas décadas 50, 60 e 70, dos “realismos” norte-americanos e escandinavos. O normativismo, obrigando o pensamento jurídico a repensar a toda hora os problemas metodológicos e epistemológicos, se havia quase transformado em uma teologia⁽¹⁵⁾, com um ritual doutrinário escolástico e logicizante.

O aparecimento de novos temas, dizíamos, trouxe para o pensamento jusfilosófico a chance de inventar e ocupar novos espaços, embora não ocorressem (como não vêm ocorrendo), naqueles chamamentos temáticos — exceto na hermenêutica — maiores aprofundamentos filosóficos.

(14) — T. Viehweg, *Tópica e Giurisprudenza*, trad. G. Crifo, ed. Giuffrè, Milão 1962; Chaim Perelman (e Lucie Olbrechts-Tyteca), *Traité de l'Argumentation. La nouvelle rhétorique*, Ed. Univ. de Bruxelles, 5ª ed., 1988.

(15) — Nelson Saldanha, *Da Teologia à Metodologia*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 1993.

Em Betti e em Gadamer (independentemente da famosa polêmica), a reflexão sobre hermenêutica atingiu níveis bastante altos, mas os problemas que colocaram não tiveram na doutrina o prosseguimento devido. Entrementes, muitos dos autores que se seguiram a eles abandonaram os temas tradicionais apenas pelo fato de serem tradicionais: em parte, o que vem decidindo o peso de certos livros e de certas teorias é o martelar dos modismos, frequentemente ligados à “globalização” e às conjunturas da mídia.

3. Direito, concreção e outros temas.

Em 1953, Karl Engisch publicava um importante livro tratando da concreção: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit (ed. Carl Winter, Heidelberg)⁽¹⁶⁾. Naquele livro, analisava as diversas acepções do termo “concreto”, e também de “concreção” e “concretizar”. Engisch recusava as orientações formalistas: para ele, na ciência jurídica e no direito, o concreto corresponde ao específico, ao singular e também ao “tipo”⁽¹⁷⁾, justamente as formas categoriais que possibilitam a realização do jurídico na vida dos homens.

Independentemente do alcance daquele livro (que infelizmente não alcançou a difusão obtida por outra obra do autor, o bem menos interessante livro sobre o pensamento jurídico), o debate sobre a prática jurídica seguiu falando de “realização”, “aplicação” e integração”. Mais recentemente, certas teorias vêm tratando do momento

“estruturante” na relação entre o direito e sua prática, sempre tentando afastar do tema a concepção tradicional da norma⁽¹⁸⁾.

De qualquer sorte, o tema da integração tem sido habitualmente tratado em relação com o status da norma e com os resultados da experiência jurídica: as estruturas do ordenamento, a linguagem do direito positivo, as conexões internas do sistema, as formas de controlar decisões⁽¹⁹⁾.

4. A secularização, a argumentação e o raciocínio.

A compreensão histórica dos problemas da linguagem (e portanto de suas formas e seus recursos) inclui a consideração das épocas em que tais ou quais formas e recursos mais sobressaem. O mesmo cabe dizer para o referente à linguagem jurídica, com suas estratégias e suas variáveis. Desse modo, podemos situar a diferença entre a linguagem do Código francês de 1804, consabidamente sóbria, e a da Constituição chinesa de 1949, com seu prólogo cheio de retórica política. Podemos, por outro lado, distinguir momentos característicos do uso da palavra na linguagem jurídica: Marcel Detienne estudou, em livro interessantíssimo, a passagem, na Grécia antiga, de uma fase em que o uso da palavra correspondia à crença em uma verdade sagrada (a palavra empregada como serment), para outra fase em que se desenvolveu a argumen-

(16) – *La idea de concreción en el derecho y en la ciencia jurídica actuales* (trad. J.J. Gil Cremades, ed. Univ. de Navarra, Pamplona 1988).

(17) – K. Engisch, *La idea de concreción*, cit., capítulos VI, VII e VIII.

(18) – Especialmente Friedrich Müller, *Discours de la Méthode Juridique (Juristische Methodik)*, ed. PUF, Paris 1996.

(19) – Alguma coisa embora difusa e cheia de paradoxos, em Gerard Timsit, *Les noms de la loi*, cit., págs. 179 e segs.

tação, com a palavra leiga e secularizada. Caberia, *mutatis mutandis*, reconhecer no Ocidente moderno, com o seu processo de dessacralização, um trânsito das velhas ordálias e das fórmulas tradicionais para uma ciência jurídica leiga (e burguesa), com os começos de uma argumentação metodicamente orientada⁽²⁰⁾.

O raciocínio jurídico não constitui em si mesmo, como estrutura, uma espécie lógica à parte. O que pode ser considerado específico é o seu uso, com suas implicações peculiares: sua vinculação a um fim peculiar. A "argumentação", que nas explanações doutrinárias é apenas o curso lógico das idéias e de seu embasamento, na prática desdobra-se em diferentes modos. Alguns autores estudam, hoje, o emprego dos diversos tipos de silogismos, herdados da antiguidade, nos trabalhos forenses⁽²¹⁾.

Os adeptos do "pós-moderno" (como termo e como atitude) reprocham ao "moderno" o fato de não ter respondido às questões mais fundas, nem ter cumprido o seu programa de perenização do saber⁽²²⁾. Em geral tais autores identificam o moderno com a ilustração, o que é bastante discutível. O moderno inclui o Renascimento (como início), com o alto racionalismo sistematizante, e o barroco, com o estender-se dos grandes sistemas para os temas sociais e políticos; a ilustração veio como autoconsciência do racionalismo, revisto e "aplicado" no sé-

(20) - Marcel Detienne, *Les maîtres de vérité dans la Grèce archaïque* (ed. Maspéro, Paris 1967), cap. V. - Para aspectos correlatos, Rudolf Wüthrich, *Le formalisme juridique della scienza giuridica* (trad. L. F. Ammirante, ed. Laterza, Bari 1975), princ. cap. I.

(21) - Cf. Osen Ghivardi, *El Bazonamiento Judicial*, ed. Academia de la Magistratura, Lima (Peru) 1997. Para um tema específico, João Mauricio L. Adeodato, "O silogismo retórico (entimema) na argumentação judicial", em *Atualidade* (dos cursos de pós-graduação em Direito da UFPE), Recife, n. 9, 1998.

(22) - Por exemplo Arthur Kaufman, *La filosofía del derecho de la posmodernidad*, cit. págs. 6 e 7.

culo XVIII — com a *Encyclopédie* inclusive — e com o trânsito à crise da razão. Kant personificou, como autoconsciência, esta fase da ilustração, que foi devorada pelo Romantismo, mas seguiu latente dentro dele (*Aufhebung*), com o positivismo por exemplo. Marx e Engels foram, de certo modo, prolongamentos da ilustração, como Hegel foi, em hora luminosa, a autoconsciência do moderno em seu sentido mais amplo (o moderno dentro do racionalismo, ilustrado mas já romântico, romântico mas já novamente racionalista).

Com a secularização, mudou de sentido o conceito de *autoridade*: passou-se (isto corresponde ao advento da palavra-argumento, mencionada acima) das "autoridades" definidas e consagradas (como as que aparecem no *Corpus Juris*) para a autoridade do pensamento que convence, e portanto, para o prestígio da metodologia e do raciocínio. A metodologia, qual foi visto acima, cedo se transformaria em nova teologia; o raciocínio, entretanto, seria tematizado no século vinte como tema específico.

Entretanto, algumas coisas da *Aufklärung* permanecem; entre elas o ideal do saber público, correlato da noção de publicidade (*Oeffentlichkeit*) que Habermas estudou como uma espécie de "categoria" específica⁽²³⁾. Este *saber público* modificou o sentido das Universidades, a partir da geração de Hegel e de Humboldt; relacionou-se com o advento da imprensa (e do livro) e também com o da "opinião pública"⁽²⁴⁾. Nada disso impediu que alguns traços da cultura pré-ilustrada subsistissem, inclusive tra-

(23) - Jürgen Habermas, *L'espacio publico. Arqueología de la publicidad como dimensión constitutiva de la sociedad burguesa* (trad. B. de Launay, Payot, Paris 1978).

(24) - Ver Dominique Reynié, *Le triomphe de l'opinion publique. L'espacio publico français du XIX^e au XX^e siècle* (ed. Odile Jacob, Paris 1998).

ços teológicos, que Schmitt estudou, com seus exageros expressionistas, mas de modo convincente.

O renovado interesse pela retórica, no século vinte, pode ter vários significados. Um deles, a saturação das teorias jurídico-políticas que questionam a relação entre ordem jurídica e ordem estatal. Outro, o retorno à análise da fala (e do "discurso") como análise das relações entre pensar e transmitir. Mas, de outra parte, parece que a falta (no século XX) de um adequado desenvolvimento da teoria da hermenêutica deixou um espaço, que veio a ser preenchido com os estudos de Perelman⁽²⁵⁾. Porque a retórica, como tema, é por assim dizer o reverso da hermenêutica. A problemática hermenêutica, renovada com (e a partir de) Gadamer, trouxe para o pensamento jurídico uma repercussão menor do que se teria esperado; faltou-lhe, talvez, alguma conotação política ou ideológica para aumentar seu interesse. Faltou a conexão entre a hermenêutica jurídica e a hermenêutica histórica, a teológica e a literária, tarefa ainda por realizar⁽²⁶⁾. A teoria da retórica também não parece ter conotações ideológicas, mas ela é compatível com certos pendores analíticos (ao contrário da hermenêutica) e com os prolongamentos do normativismo, que em certos centros ainda sobrevivem.

Recife, abril de 2000

(25) – Vale citar também o injustamente esquecido León Husson: *Les transformations de la responsabilité. Étude sur la pensée juridique*, Puf, Paris 1947; *Nouvelles études sur la pensée juridique*, Daloz, Paris 1974.

(26) – Não de todo, evidentemente. Vejam-se as páginas de Reinhart Koselleck, em R. Koselleck e Hans-Georg Gadamer, *Historia y hermenéutica* (trad. F. Oncina, introd. de F. Oncina e J. L. Villacañas, Paidós, Barcelona 1997). Algo, também, em G. Zaccaria, *L'Arte dell'interpretazione*, Cedam, Padova 1990.

NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Palhares Moreira Reis

Advogado, Doutor em Direito, Professor da Pós Graduação em Direito (especialização, mestrado e doutorado) da Universidade Federal de Pernambuco, da Escola Superior de Magistratura de Pernambuco, da Faculdade de Direito de Olinda. Membro fundador da Academia Brasileira de Ciências Morais e Políticas e Professor visitante da Universidade Moderna de Portugal.

A Democracia, na expressão consagrada por ABRAHAM LINCOLN, é considerada *o governo do povo, pelo povo e para o povo*¹. Na Constituição brasileira de 1988, atualmente em vigor, a expressão povo surge por diversas vezes, dando uma explicação mais nítida de como se deve considerar o mencionado regime político. Ademais, também vêm no Texto Magno as expressões brasileiro, eleitor e cidadão, que igualmente deverão merecer uma explicação, a fim de que se possa ter a exata noção de como o Constituinte entendeu a questão. O mesmo se aplica à expressão população.

¹ Cf. a respeito do tema Democracia: REIS, Palhares Moreira. *Teoria dos Regimes Políticos*. Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1982, p. 71 (Fundamentos da Ciência Política, 4); igualmente, REIS, Palhares Moreira. *As Eleições Indiretas no Brasil*, cit., p. 599 e segs, especialmente, p. 620, e o capítulo sobre Regimes Políticos.

São distintas as noções de *população*, *nação* e *povo*. A população é uma noção de ordem numérica, de caráter geográfico; representa apenas a presença de indivíduos num Estado, sejam nacionais, sejam estrangeiros, e não deve ser confundida com as noções de Nação e de Povo. A população compreende os cidadãos e os não possuidores dos direitos civis e políticos, sejam esses nacionais ou estrangeiros, ou mesmo classificáveis em outras categorias pouco encontráveis nos tempos atuais, como a dos escravos.

Vale acrescentar que o conceito de cidadania deixou de ser estritamente político para ter um sentido social, e ademais variou no tempo. Atualmente, "ora ela é tratada como nacionalidade, ora traz em si juízos de valor, aparecendo associada ao aspecto positivo da vida social do homem, em contraste com a negatividade da não-cidadania, a marginalidade"². Hoje em dia não se fala, apenas, na cidadania *política*, mas com essa noção ampliada, podemos nos referir a uma cidadania que seja, ao mesmo tempo *civil*, *política* e *social*, deixando de tratar de uma situação abstrata, e partindo para uma referência a posições concretas, a exigências de homens reais, uma concepção mais próxima do marxismo do que do liberalismo dos iluministas.

Assim, pois, a cidadania identifica um indivíduo dentro de uma determinada sociedade. Nesse aspecto, se confunde com a noção primeira de nacionalidade e se formaliza com o seu registro de nascimento³. O cidadão é um indivíduo que

2 FERREIRA, Nilda Teves. *Cidadania, uma questão para a educação*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 19.

3 Por isso, há preocupação dos governos em ofertar mecanismos que facilitem os registros de nascimento. No Brasil, pela Constituição de 1988, são gratuitos, para os reconhecidos pobres, na forma da lei (a) o registro civil de nascimento e (b) a certidão de óbito, como diz o inciso LXXVI do art. 5º da Constituição de 1988.

pertence a uma sociedade específica e, dentro dessa, a uma determinada classe social. O *não-cidadão* é o indivíduo que vive na marginalidade, que não tem condições de participar do processo de vida política e, muito menos, do mecanismo de decisão, especialmente o da escolha do governante.

O conceito atual de cidadania pode ser dividido em três elementos, ou partes, que podem ser denominadas de *civil*, *política* e *social*, e que se impuseram na vida social em épocas sucessivas.

"O elemento *civil* é composto dos direitos necessários à liberdade individual - liberdade de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito à propriedade e de concluir contratos válidos e o direito à justiça. Este último difere dos outros porque é o direito de defender e afirmar todos os direitos em termos de igualdade com os outros e pelo devido encaminhamento processual.

"Por elemento *político* se deve entender o direito de participar no exercício do Poder político, como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos membros de tal organismo. As instituições correspondentes são o parlamento e os conselhos de Governo local.

"O elemento *social* se refere a tudo o que vai desde o direito a um mínimo de bem-estar econômico e segurança ao direito de participar, por completo, na herança social e levar a vida de um ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem na sociedade. As instituições mais intimamente ligadas com ele são o sistema educacional e os serviços sociais"⁴.

Em princípio, as Constituições modernas estabelecem as cartas de direito, pelas quais se protegem os direitos de

4 MARSHALL, T. H. *Cidadania e classe social*. Brasília: Fundação Projeto Rondon, 1988 (Leituras sobre cidadania, v. 1), p. 9.

todos os participantes da população, sejam nacionais (eleitores ou não), sejam estrangeiros residentes no País. A Constituição Brasileira de 1988 inaugura a Declaração de Direitos e Deveres Individuais e Coletivos com o mecanismo assecutoratório ora referido⁵.

Importa, ademais, distinguir entre *nação*, grupo de indivíduos de origem homogênea em seus aspectos culturais, e povo, parcela dos nacionais que detêm a possibilidade do exercício da decisão política⁶, como se verá adiante.

Desde que a Democracia é uma expressão conotada à *de povo*, deve haver uma pesquisa sobre o que se entende como povo, na Constituição Brasileira de 1988.

O primeiro momento em que a expressão *povo* aparece no texto constitucional é no parágrafo único do art. 1º, quando fala da origem do Poder político do Estado brasileiro, e diz como esse poder é exercido. No *caput* do artigo se esclarece que o Brasil é uma República Federativa, constituída em Estado Democrático de Direito, e apresentando os fundamentos deste⁷.

5 Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

6 Cfr. REIS, Palhares Moreira. *O Estado e seu Ordenamento Jurídico*, 2 ed., Recife: Universidade Federal de Pernambuco, 1979, p. 47. (*Fundamentos da Ciência Política*, 3).

7 Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

No texto seguinte, o do art. 45, distingue a composição da Câmara dos Deputados, formada por representantes do *povo*⁸, daquela do Senado Federal, com representantes dos Estados e do Distrito Federal. Na verdade, a Câmara dos Deputados tem como base de cálculo para a representação de cada circunscrição, não os membros do povo, os eleitores, como consta na EC-1⁹, mas toda a população, como sempre ocorreu desde o Império¹⁰, levando-se em consideração o resultado dos censos demográficos.

O bem geral do povo brasileiro é uma das mais importantes missões do Governo, a ponto de haver a exigência constitucional que o Presidente e o Vice-Presidente da República prestem compromisso nesse sentido¹¹. O mesmo compromisso não está exigido aos congressistas, nem na Constituição, nem nos regimentos das casas respectivas.

A Constituição fala de população direta e indiretamente. Indiretamente, quando no *caput* do art. 5º se refere aos brasileiros e estrangeiros residentes no País, como protegidos pelo sistema¹². Trata igualmente de brasileiros quando fixa as normas relacionadas com a nacionalidade, distinguindo os brasileiros natos dos brasileiros naturalizados¹³. E, dentro do preceito maior de igualdade, diz que não poderão ser estabeleci-

8 Art. 45 - A Câmara dos Deputados compõe-se de representantes do povo, eleitos, pelo sistema proporcional, em cada Estado, em cada Território e no Distrito Federal.

9 EC-1, art. 39, § 2º. O número de deputados por Estado será estabelecido em lei, na proporção dos eleitores nele inscritos, conforme os seguintes critérios: (...)

10 Diz o § 1º do art. 45. O número total de Deputados, bem como a representação por Estado e pelo Distrito Federal, será estabelecido em lei complementar, proporcionalmente à população.

11 Art. 79 - O Presidente e o Vice-Presidente da República tomarão posse em sessão do Congresso Nacional, prestando o compromisso de manter, defender e cumprir a Constituição, observar as leis, promover o bem geral do povo brasileiro, sustentar a união, a integridade e a independência do Brasil.

12 Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

13 Art. 12 da Constituição.

das distinções entre brasileiros natos e naturalizados, salvo as fixadas na própria Constituição. Ser brasileiro é exigência constitucional para ocupar cargos públicos específicos, como os de membros dos Tribunais Superiores, inclusive do Tribunal de Contas da União, e no que concerne aos cargos públicos em geral, a regra de 1988, que os tornava privativos de brasileiros, foi temperada pela EC-19, admitindo-se a possibilidade de seu provimento por estrangeiros, na forma da lei.

Trata igualmente da população quando estabelece a necessidade de uma consulta plebiscitária para a alteração do mapa político, exigindo plebiscito das populações interessadas para a alteração, por incorporação, subdivisão, desmembramento ou anexação, de Estados e de Municípios¹⁴. No caso, porém, fala em população interessada, mas quem é consultado é o grupo de eleitores regularmente inscritos perante a Justiça Eleitoral e não todos os habitantes das áreas que sofrerão desmembramento ou fusão.

Também a Constituição se refere, em várias passagens, às populações indígenas, às populações urbanas e rurais e fixa como base da representação em todas as Câmaras (salvo o Senado Federal), o tamanho da população.

A nação, grupo tipicamente comunitário, é formada de indivíduos dotados, quase sempre, de um conjunto

de fatores comuns, de base natural ou cultural, como a raça, a língua, a religião, os costumes. É também pelas tradições de caráter histórico e pelos desejos de realização de objetivos comuns. O sentimento nacional, laço natural criador da comunidade, resulta de um traço de união entre o passado (tradições) e o futuro (as aspirações, o sonho do futuro partilhado entre os membros do grupo)¹⁵.

Daí porque a Constituição, sabiamente, estabeleceu que o ensino da História do Brasil levará em conta as contribuições das diferentes culturas e etnias para a formação do povo brasileiro¹⁶. E bem assim assegura ao povo o direito a viver num meio ambiente equilibrado¹⁷.

O povo é uma parcela do grupo nacional que detém a possibilidade do exercício da decisão política, decisão esta que pode ser tomada dentro ou fora dos parâmetros constitucionais. Daí a necessidade de se fazer, imediatamente, uma distinção entre a noção política e a noção jurídica de povo.

No primeiro caso, o povo é a parcela do grupo nacional a quem se reconhece competir a decisão política. Depen-

14 Art. 18 - A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição. (...)

§ 3º Os Estados podem incorporar-se entre si, subdividir-se ou desmembrar-se para se anexarem a outros, ou formarem novos Estados ou Territórios Federais, mediante aprovação da população diretamente interessada, através de plebiscito, e do Congresso Nacional, por lei complementar.

§ 4º A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por lei complementar federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei, (redação dada pela Emenda Constitucional n.º 15, de 12/09/1994).

15 O ideal de vida em comum é o elemento mais importante para a sedimentação do sentimento nacional, sobretudo se for levado em conta o fato de existirem Estados compreendendo mais de uma Nação, como a Bélgica ou o Canadá, onde convivem membros de duas origens nacionais; ou a Suíça, com nações inteiramente distintas em suas origens raciais, lingüísticas, culturais e religiosas. Acresça-se a esse grupo os multinacionais representados pela extinta União Soviética e pela Índia, cada qual com mais de uma centena de nacionalidades, de origens diversas e estágios culturais inteiramente díspares. Não esquecer a união de povos distintos para a formação da Jugoslávia, cujo desaparecimento formal veio a causar uma das mais cruentas guerras de fundamento étnico da atualidade.

16 Art. 242, § 1º.

17 Art. 225 - Todas têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

dendo da concepção política adotada especificamente, a noção de Povo pode se identificar com a totalidade da Nação, ou com uma das parcelas que a compõem, uma classe social, como os trabalhadores, por exemplo. Tal parcela é habilitada a exercer o Poder, dentro, fora ou mesmo contra o sistema jurídico existente, interferindo na alteração da ordem jurídica e da mudança dos governantes pelas vias legais e pela via revolucionária.

Do ponto de vista jurídico e político, a noção de Povo se relaciona com o grupo que manifesta sua decisão política através do processo legalmente estabelecido, no caso democrático através do sistema de sufrágio. Então, a noção de *Povo* se confunde com a de *Eleitorado*, uma vez que só os eleitores estão aptos a oferecer, pela via legal (eleição, plebiscito, referendo), a decisão política em cada caso¹⁸.

Se bem que, como foi dito, a noção de cidadania é, hoje, muito mais ampla; quando a Carta Magna fala em cidadão vincula o termo à noção política, entendendo como cidadão o nacional inscrito na lista eleitoral.

Há, sempre, além da confusão entre os termos *população, nação e povo*, que por vezes são utilizados indistintamente, outras mais, com as noções de *eleitor* e de *cidadão*.

A rigor, a expressão constitucional *cidadão* é confundida com a voz *eleitor*, ou seja, somente se considera a noção jurídico-política, e não os demais aspectos da cidadania. Então, quando fala em cidadão, o texto constitucional está se referindo ao nacional devidamente inscrito no corpo eleitoral.

Assim, pois, vê-se que qualquer cidadão pode defender o patrimônio público através da ação popular prevista no art. 5º¹⁹; ou denunciar desmandos perante o Tribunal de Contas da União²⁰; pode ser chamado a depor perante Comissão do Congresso Nacional ou de suas Casas²¹.

O eleitor é o cidadão formalmente alistado e inscrito no Corpo Eleitoral – ou eleitorado. Não podem participar do corpo eleitoral, por exemplo, os estrangeiros²². Nos Municípios, a eleição de Prefeito e de Vice-Prefeito pode ocorrer em dois turnos, quando a comunidade contar mais de duzentos mil eleitores²³. E cinco por cento do eleitorado municipal tem direito à iniciativa legislativa popular²⁴.

Já no âmbito nacional, a iniciativa legislativa popular é dada a 1% do eleitorado nacional²⁵.

18 Cfr. REIS, Palhares Moreira. *O Estado e seu ordenamento jurídico*. 2ª ed. Recife, Universidade Federal de Pernambuco, 1979. p. 46 e sgs. (Fundamentos da Ciência Política, 3).

19 Art. 5º (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

20 Pelo § 2º do art. 74, no sistema de controle das finanças públicas, qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma de lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.

21 No § 2º do art. 58 diz que às comissões do Congresso Nacional e de suas Casas, em razão de matéria de sua competência cabe (V) solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

22 Art. 14. (...) § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos.

23 II - eleição do Prefeito e do Vice-Prefeito realizada no primeiro domingo de outubro do ano anterior ao término do mandato dos que devam suceder, aplicadas as regras do art. 77 no caso de Municípios com mais de duzentos mil eleitores.

24 XIII - iniciativa popular de projetos de lei de interesse específico do Município, da cidade ou de bairros, através de manifestação de, pelo menos, cinco por cento do eleitorado, (tem regulamentado pela Emenda Constitucional n.º 1, de 31/03/1992).

25 Art. 81, § 2º A iniciativa popular pode ser exercida pela apresentação à Câmara dos Deputados de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

Finalmente, os Constituintes pensaram na necessidade de que todos os cidadãos tivessem conhecimento do texto da Constituição de 1988, determinando a distribuição desse a todos os cidadãos brasileiros²⁶.

RESPONSABILIDADE CIVIL: A ressarcibilidade do dano moral no Direito Brasileiro

Roberta Fragoso de Medeiros Menezes

Aluna laureada da turma 1999.1 da Faculdade de Direito do Recife - UFPE. Monitória de Introdução ao Estudo do Direito II (1996-1998). Pesquisadora Científica Bolsista do CNPq (1996-1998). Prêmio Jovem Cientista Joaquim Amazonas 1997 e 1998.

SUMÁRIO

1. Introdução; 2. A responsabilidade; 2.1 Da ação do agente - 2.1.1 Ato ilícito - 2.1.2 Ato-fato ilícito - 2.1.3 Fato ilícito - 2.1.4 Ato-fato lícito - 2.1.5 Fato lícito - 2.2 De culpa do agente - 2.2.1 Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva - 2.2.2 O caso brasileiro - 2.3 De relação de causalidade - 2.4 De dano experimentado - 2.4.1 O dano moral - 2.4.1.1 A posição brasileira quanto ao dano moral; 3. Conclusão; 4. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A Responsabilidade Civil possui como pressupostos genéricos:

- ATO ILÍCITO;
- CULPA DO AGENTE;
- RELAÇÃO DE CAUSALIDADE;
- DANO EXPERIMENTADO.

Tais pressupostos são tidos como genéricos porque nem sempre são levados em consideração por grande parte da doutrina, como Pontes de Miranda, ao falar de sua

²⁶No Art. 64 do ADCT se determina que a Imprensa Nacional e demais gráficas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, da administração direta ou indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, promoverão edição popular do texto integral da Constituição, que será posta à disposição das escolas e dos cartórios, dos sindicatos, dos quartéis, das igrejas e de outras instituições representativas da comunidade, gratuitamente, de modo que cada cidadão brasileiro possa receber do Estado um exemplar da Constituição do Brasil.

Teoria do ATO-FATO, e Saleilles, desenvolvendo a Teoria do Dano Objetivo. Com o desenvolver do Trabalho por agora iniciado, buscaremos demonstrar, sem querer cair no exagero de Jossierand, para quem a Responsabilidade Civil era o centro do Direito Civil, e dos irmãos Mazeaud - a Responsabilidade Civil abrange todo o Direito - que hodiernamente há uma grande tendência em elevar o estudo da Responsabilidade Civil à Teoria Geral do Direito Privado. É notório que este tema, em suas diversas modalidades, não deixa de influenciar também o Direito Público, uma vez que se parte do princípio de que o Direito é uno, e suas ramificações pertencem a tentativas doutrinárias de bases racionalistas: dividir para melhor conhecer.

Em contraste com os estudos desenvolvidos por todo o mundo sobre tal matéria, o legislativo brasileiro do passado não deu um disciplinamento sistemático à questão, o que se tenta sanar através do projeto de Código de Obrigações de 1965 e do Projeto de Código Civil de 1972, que trazem um título específico sobre a questão. Ao passar do tempo, mostraram-se insuficientes as regras básicas dispostas no Código, surgindo leis esparsas capazes de prever situações em que a reparação do Dano se impõe: imprensa, transporte ferroviário, telecomunicações, atividades nucleares, defesa do consumidor e tantas outras. Em algumas foi mantida a Teoria Subjetiva da Culpa, já em outras se nota mais clara a adesão às teorias mais modernas que explicam a responsabilidade sem culpa do agente, como a lei que versa sobre as atividades nucleares e sobre a defesa do consumidor. Avanço também fica demonstrado através da chamada "Constituição Cidadã", a de 1988, quando eleva à supremacia o dano moral

e sua indenização (ou compensação, como preferem alguns), ao passo que responsabiliza o Estado objetivamente, independente de culpa, através da Teoria do Risco Administrativo (art.37, §6º), bem como os Danos provenientes de atividades nucleares (art.21, XXIII, c). Por ser a Constituição a norma fundamental de um país, não cabe a ela descer a minúcias ordinárias; destarte, apesar de trazer melhores esclarecimentos sobre o tema, não poderia exauri-lo, pois escapa de sua finalidade precípua. Assim, observa-se a necessidade de modificações profundas dentro do Código Civil. Enquanto essas não se realizam, os julgadores surgem com missão ainda mais importante, a de suprir as falhas através de uma interpretação teleológica e conseqüente aplicação das leis às novas situações concretas que surgem. Foi o que ocorreu ao longo do tempo, de modo que em tema de Responsabilidade Civil, a jurisprudência assumiu relevo ainda maior do que em relação a outras ciências, cabendo-lhe, em grande parte, construir os dogmas, estabelecendo os verdadeiros conceitos. A múltipla variedade de situações que podem ensejar a Responsabilidade Patrimonial demanda uma compreensão teórica capaz de enquadrar a imensa gama de hipóteses em quadro amplo, mas apto a discriminá-las.

2. A responsabilidade

A primeira maneira encontrada pela humanidade para satisfazer o dano causado à pessoa ou ao patrimônio foi através da Ofensa Pessoal Ilimitada, modalidade de vingança privada em que não se cogitavam parâmetros para paralisar a ação humana. A evolução trouxe a Ofensa Replicada, Lei de Talião, o que já pode ser considerado um

marco, dada a necessária equivalência dos prejuízos, apesar de não existir reparação alguma e sim duplo dano, redobrando a lesão. Posteriormente, vem a Responsabilidade Patrimonial, adotada pelo nosso Código Civil no art. 1518. A junção desse com o art. 1526, traz-nos à forma adotada para responsabilizar no Brasil: patrimonial, solidária, transmissível.

2.1 Da ação do agente

Sílvio Neves Baptista (1984, p.153) ensina que o enunciado do Título VII do Código Civil "Das Obrigações por Atos Ilícitos" não deve induzir o erro generalizado de que a Responsabilidade Civil decorre sempre do ato ilícito. Essa é, na verdade, a hipótese mais freqüente, porém, há cinco categorias de Fatos Jurídicos lato sensu que podem vir a ensiná-la, a saber:

- ATO ILÍCITO;
- ATO-FATO ILÍCITO;
- FATO ILÍCITO *STRICTO SENSU*;
- ATO- FATO LÍCITO;
- FATO LÍCITO.

Propedeuticamente, cabe analisar o que vem a caracterizar um fato jurídico. Dos estudos da Teoria Geral do Direito, temos que há determinados fatos sociais que possuem relevância maior no plano jurídico, de modo que o Ordenamento os abarca, apresando as hipóteses fáticas, sociais, dando ensejo aos supostos jurídicos (que são os fatos sociais quando transformados em Normas Jurídicas). Assim, o suporte fático é o fato, ou conjunto de fatos, natural ou socioculturais ao qual as normas de Direi-

to atribuem efeitos jurídicos. O suporte fático não entra no mundo jurídico com sua estrutura e conteúdo originários. Quando qualificado pela norma jurídica incidente, o suporte fático transforma-se em fato jurídico. Dessarte, "Fato Jurídico é o suporte fático que o direito reputou pertencer ao mundo jurídico", por Pontes de Miranda (1970, p.20). Dos estudos da Gnoseologia, temos que todo objeto criado a partir de uma determinada conduta humana recebe a denominação de objeto cultural mundanal e, para tanto, possui um substrato material que lhe dá forma e um sentido espiritual que lhe dá conteúdo; portanto, a forma do fato jurídico é dada pelo suporte fático, porém seu conteúdo advém do sentido que lhe é atribuído através da norma jurídica. García Maynez (1974, p.177) observa que enquanto o suposto é elemento da norma jurídica abstrata, o fato jurídico não é parte sua, senão realização da hipótese que a norma abstrata formula. Para muitos autores, como Abelardo Torrè e Enrique Aftalión, não existe fato social que não possua relevância no âmbito do Direito, pois segundo o axioma ontológico da liberdade, "tudo o que não está juridicamente proibido, está juridicamente permitido".

À noção clássica de Fatos Jurídicos se opõe a visão de ATO- FATO. Classicamente, diferenciam-se os fatos naturais, externos ao homem (fato jurídico stricto sensu) daqueles em que devido à adequação ou não da vontade humana (sempre presente e relevante) à lei, é que decorrem os efeitos jurídicos (atos jurídicos, divididos em atos lícitos e ilícitos). Sílvio Rodrigues (1993, p.161) diz que essa não foi a posição tomada pelo Código, que somente reconhece os atos lícitos como jurídicos (art.81). A nova

percepção adveio da doutrina alemã e foi trazida para o Brasil através dos ensinamentos de Pontes de Miranda (1970, p.373): "para caracterização do ato-fato, não se desce à consciência, ao arbítrio de se ter buscado causa a fato da vida e do mundo, satisfaz-se o direito com a determinação exterior", ou seja, a concepção passada não esgotava todas as possibilidades previstas no Direito, pois há certos atos humanos cujos efeitos não derivam do ato em si, mas do fato gerador. A vontade é desconsiderada para o Direito, apesar de existir. O que interessa é a ocorrência do fato, e se esse for ou não impulsionado por culpa ou dolo, isso é irrelevante. Essa nova classificação aparece conforme os elementos que a norma jurídica considera relevantes à entrada do fato no mundo jurídico, isto é, tendo em vista os elementos nucleares do suporte fático, os fatos jurídicos podem aparecer dessas cinco maneiras. Isso posto, podemos melhor analisar as causas geradoras da Responsabilidade Civil.

2.1.1 Ato ilícito

É a hipótese mais freqüente, embora não seja única. Surge quando o comportamento do agente, positivo (ação) ou negativo (omissão) desrespeita a ordem jurídica, causando prejuízo a outrem, pela ofensa a bens ou direitos desse, levando o autor a responder pelo mal causado, através da reparação patrimonial, seja essa pela sujeição de todo o patrimônio do agente ou mediante execução específica. Marcelo Neves (1985, p.119) entende que "a composição do seu suporte fático, constituído por conduta que descumpra a endonorma incidente, é a causa da incidên-

cia da perinorma e, portanto, condição da aplicação da sanção". A culpa, lato sensu, apresenta-se como elemento essencial do suporte fático do ato ilícito, sendo isso o seu diferenciador básico em relação ao ato-fato.

Os atos ilícitos dividem-se em dois grupos fundamentais, os relativos e os absolutos. O primeiro pressupõe a existência de uma relação jurídica de direito pessoal, negocial ou não, caracterizando-se por haver a violação de deveres específicos interrelacionais. Sobre a violação da relação jurídica negocial, trata o art.1056 do Código Civil, enquanto que a não-negocial é disposta no art.159. Já os absolutos independem da existência de qualquer relação jurídica entre o autor e a vítima, aparecendo através da violação de deveres genéricos (cf., os delitos de direito civil e de direito penal).

A matéria que se acha referida no Título VII não se resume aos atos ilícitos, conforme se poderia entender, pois abarca também as outras hipóteses de fatos jurídicos que podem ensejar a responsabilidade civil, embora de maneira assistemática.

2.1.2- Ato-fato ilícito

Neste caso não há observância do que prescrevem as normas incidentes, porém é irrelevante para o direito se o agente agiu com dolo ou culpa, pois a vontade é desconsiderada. A consequência ocorre daquilo que o ordenamento elegeu como fato. Nota-se que há certos atos humanos cujos efeitos jurídicos não resultam diretamente do ato, mas da adequação da conduta com o previsto na lei. A responsabilidade surge, sem se perquirir acerca

da culpa. Em consonância com tal modalidade está o mau uso da propriedade (art.554 CC), além de todas as outras formas previstas na Teoria da Responsabilidade Objetiva e sua principal vertente, a Teoria do Risco.

2.1.3- Fato ilícito

Pontes de Miranda (1970, p.193) por isso entende: "sempre que alguém responde por força maior, ou pelo caso fortuito, responde pelo fato ilícito, não havendo ato humano". No entanto, consoante bem assevera Marcelo Neves (1985, p.117), a ilicitude é decorrência do descumprimento de deveres impostos a determinada pessoa pelo dispositivo legal, que sempre prescreve uma conduta que deve ser observada, a despeito de muitas vezes versar sobre fatos que não digam respeito à conduta, a princípio. Daí se extrai que somente incidirá a perinorma quando houver uma ação ou omissão humana que contrarie o disposto na endonorma, de tal sorte que somente a conduta humana é que pode ser qualificada como lícita ou não. Considerando a opinião de Pontes, Sílvio Neves Baptista (1984, p.159) aponta como exemplos os arts.511, 513, 515, 957, 1058, 1529 do CC, entre outros.

2.1.4- Ato-fato lícito

Desde que o fato seja previsto em lei como lícito e seja irrelevante o elemento volitivo, estamos diante de um ato-fato lícito. O suporte fático é suficiente para sua caracterização. Como exemplo desses temos os chamados atos reais: ocupação, tomada de posse, composição

de obra científica ou literária (se tal criação vier de um louco, nem por isto deixa de ter conseqüências jurídicas, pois não é a vontade que gera a juridicização). Savigny fala ainda do pagamento, Sílvio Baptista traz o estado de necessidade como um exemplo de ato-fato que enseja a responsabilidade, em que o relevante é o fato de remoção de perigo iminente. Todavia, a despeito de ser lícito, deve o autor indenizar o dono da coisa se ocorrer prejuízo, desde que a situação de perigo não tenha ocorrido por sua causa (art. 160, II; art.1519).

2.1.5- Fato lícito

Há situações especialíssimas dentro do direito em que um interesse predomina em relação a outros; quando isso ocorre, devido à hierarquia de seu interesse, pode o autor promover o dano legalmente autorizado, desde que cominado com justa indenização. Cabe ao prejudicado o dever de suportar a ofensa, porém tem o direito de pleitear compensação pelo dano lícito. A Constituição traz como exemplo o art.184, em que a desapropriação advém da superioridade do interesse social sobre o particular. No Código Civil temos ainda os arts.560, 561 (passagem forçada por propriedade alheia), os arts.611 a 614, art.587, entre outros.

Da análise de tais possibilidades de aparecer o dever de ressarcir nota-se a relatividade do brocardo romano: "Nemo damnun facit, nisi qui id fecit quod facere jus non habet" (Ninguém faz dano a não ser que aja contra o direito).

2.2 - Da culpa do agente

Com a adoção da responsabilidade pessoal, o agente respondia de qualquer maneira, independente de culpa. A adoção da "LEX AQUILIA" ("In Lege Aquilia et Levissima Culpa Venit"- Na lei aquiliana trata-se também de culpa levíssima) introduziu bases mais lógicas e racionais à reparação civil. Surge, assim, a Teoria Subjetiva, que desce a várias distinções sobre a natureza da Culpa, que vem a ser a inexecução de um dever que o agente poderia conhecer e observar. Aguiar Dias (1979, p. 65) enuncia que "A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude". O Dano pode ser causado por dolo, quando o agente prossegue em sua conduta com o fim mesmo de prejudicar, ou por culpa, quando o intuito de causar o dano não existe. Há ainda que se ressaltar a possibilidade de culpas concorrentes. Washington Monteiro (1975, p.414) aduz: "se houver concorrência de culpas, do autor do dano e da vítima, a indenização deve ser reduzida. Posto não enunciado expressamente, esse princípio é irrecusável no direito pátrio". Rui Stocco (1995, p.55) percebe que a questão se resume em verificar a causa eficiente do fato danoso, de maneira que se deve verificar se a culpa da vítima contribuiu para a existência do dano. A jurisprudência tem solucionado da seguinte forma: dada a culpa concorrente para existência do dano, se houver apenas uma parte lesada, paga-se a metade da indenização. Já se ambas as partes tiverem dano, soma-se o prejuízo

e dividem-se os valores obtidos. Na Responsabilidade Civil, cogita-se de uma espécie de culpa que muitas vezes não é suficiente para promover uma condenação no juízo criminal. A doutrina classifica a Culpa em diversas modalidades, que são:

- 1) CULPA LATA, LEVE OU LEVÍSSIMA- no primeiro caso, embora não intencional, o autor agiu com imprudência ou negligência grosseira, como um motorista que dirige sem ser habilitado, ou que ultrapassa um sinal vermelho em alta velocidade. Daí surge o adágio: "Culpa lata dolo aequiparanda" (A culpa lata se equipara ao dolo). Na Leve, o autor faltou com uma atenção ordinária e na Levíssima somente seria evitável sua conduta se houvesse uma atenção extraordinária, especial habilidade ou conhecimento singular. Essa classificação, embora ausente na maioria dos Códigos, faz-se relevante na Guatemala, por exemplo. De acordo com o princípio tradicional da Lex Aquilia, como indenizar significa tornar indene, devolvendo a vítima, dentro do possível, ao estado em que anteriormente se encontrava, impõe-se ao agente causador do dano o mister de repará-lo por inteiro, a despeito de o ato ilícito gerador ter sido decorrente de culpa de grau menor;
- 2) CONTRATUAL E EXTRA- CONTRATUAL (Aquiliana)- A contratual ocorre através de uma inexecução previsível e evitável pois a obrigação é decorrente de um contrato. A indenização é um substitutivo da prestação contratada. Já na Aquiliana, não havia um vínculo, uma relação preexistente entre autor e vítima antes do dano e cabia ao autor respei-

tar o dever genérico de respeito ("Alterum non laedere"- aos outros não lesar). Essa distinção possui importância especialmente quanto a duas questões: em matéria de prova, pois na contratual o ônus da prova pertence ao devedor, autor do dano, enquanto que na Aquiliana, cabe à vítima caracterizar a culpa do agente; e em matéria de capacidade, pois enquanto que na primeira o menor púbere só se vincula quando contratualmente assistido por seu representante legal (salvo se maliciosamente tenha se declarado maior, art.155), na outra modalidade cumpre-lhe reparar o prejuízo sempre, pois se equipara ao maior quanto às obrigações dos atos ilícitos em que for culpado (art.156);

- 3) *IN ELIGENDO E IN VIGILANDO*- a culpa *in eligendo* é a oriunda da má escolha do representante, como admitir empregado não legalmente habilitado ou sem as aptidões requeridas; a outra promana da ausência de fiscalização por parte de quem cabia;
- 4) *IN COMMITENDO, IN OMITTENDO E IN CUSTODIENDO*- Na primeira há a prática de um ato positivo; na segunda há uma omissão e na terceira ocorre a falta de cautela com algo ou alguém que estava sob sua tutela, gerando a responsabilidade por fato de terceiro.

2.2.1- Responsabilidade objetiva e responsabilidade subjetiva

O nosso Código adotou o princípio da culpa como fundamento genérico da responsabilidade, embora tenha

feito concessões à responsabilidade objetiva. Trata-se de maneiras diferentes de encarar a obrigação de reparar o dano. Com a adoção da Lei Aquilia, houve a primeira sistematização do instituto da responsabilidade, que se iniciou no Período Romano e desenvolveu-se extraordinariamente, através de longos estágios históricos. Washington Monteiro (1975, p.385/6) diz que ainda hoje pode ser sentida tal influência pois o mundo civilizado permanece adotando a Teoria da Culpa. No entanto, a evolução e desenvolvimento tecnológicos trouxeram à tona a dificuldade da vítima em provar a culpa do agente, conforme atesta Aguiar Dias (1979, p.100-101) "se é relativamente fácil provar o prejuízo, o mesmo já não acontece com a demonstração da Culpa", verificando-se, em muitos casos, o progressivo abandono da regra "*Actori incumbit probatio*", estabelecendo a própria lei a inversão do ônus da prova. A Teoria da Culpa Presumida surge, então, da insatisfação com a Teoria Subjetiva. Caio Mário (1992, p.260) revela que a desigualdade econômica, a capacidade organizacional da empresa, as cautelas do juiz na aferição das provas nem sempre conseguem convencer da existência da culpa, e em consequência a vítima remanesce não indenizada, posto se admita que foi efetivamente lesada. A Teoria da Culpa Presumida é uma escala intermédia entre a Teoria Subjetiva e a Teoria Objetiva, em que se considera não perder a culpa a condição de pressuposto da responsabilidade, distanciando-se do subjetivismo pela inversão do "*onus probandi*".

A Teoria Objetiva nasceu no século XIX, sob os auspícios de Saleilles e Jossierand, para quem basta demonstrar o nexo causal entre o fato e o dano para haver repara-

ção. No Brasil, possui como um de seus defensores Wilson Melo da Silva, grande jurista especialmente sobre o tema do Dano Moral. Como uma de suas vertentes, há a Teoria do Risco, desenvolvida num momento histórico de grande evolução das máquinas, quando ocorriam diversos acidentes, buscando alargar a responsabilidade. Cabia ao trabalhador mostrar a culpa do patrão, o que era bastante difícil. Assim, tal teoria buscou livrar o empregado do ônus da prova, uma vez que haverá o dever de reparar sempre que alguém, baseando-se no seu interesse, crie um risco de causar dano a outros. A mera possibilidade de risco é que gera a obrigação de indenizar, independentemente de culpa.

2.2.2 - O caso brasileiro

No Brasil, há convivência das três teorias, a culpa exprimindo a noção básica e o princípio geral definidor da responsabilidade, ficando reservados à Teoria dos Riscos os espaços excedentes, nos casos e situações que lhe são reservados. Quanto à Teoria da Culpa Presumida, geralmente se encarrega da problemática da responsabilidade contratual, porém também pode aparecer em outros casos, como o art.38 do Código de Defesa do Consumidor, dando a obrigatoriedade da inversão do ônus da prova sempre que se referir à informação ou comunicação publicitária. Os casos da adoção da responsabilidade objetiva e da Teoria dos Riscos não são raros, a saber, entre outros:

- ART.37, § 6º, CF- Responsabilidade objetiva do Estado, adotando a Teoria do Risco Administrativo;

- ART.21, XXIII, c, CF- a responsabilidade civil por danos nucleares independe da existência de culpa;
- ART.26, lei nº 2681 de 07/12/1912- mesmo que as estradas de ferro demonstrem que tomaram todas as providências para evitar o dano, surge o dever de ressarcir, desde que existente o nexo de causalidade;
- ART.7º, dec-lei nº 7.036, de 10/11/1944- revelando os únicos casos em que o patrão não seria responsabilizado quando ocorressem acidentes de trabalho;
- ART.268, lei nº 7.565, de 19/12/1986- trazendo o Código Brasileiro da Aeronáutica. O explorador responde pelos danos causados pela aeronave em vôo ou manobra;
- ART.12, lei nº8.078, de 11/09/90- institui o Código de Defesa do Consumidor, e o artigo citado diz que o fabricante, o produtor e o construtor respondem independentemente da existência de culpa pela reparação dos danos causados aos consumidores nas hipóteses previstas na lei.

2.3 - Da relação de causalidade

Deve-se provar a existência de uma relação de causalidade entre a ação efetuada pelo agente e o dano experimentado pela vítima, para que se possa impor a alguém a obrigação de indenizar o prejuízo. Nas palavras de Aguiar Dias (1979, p.362-363) "o que anima as causas de isenção é a supressão da relação de causalidade. Desaparecido o nexo causal, não é mais possível falar da obrigação de reparar". Grande parte da doutrina, entre eles Aguiar Dias, Sílvio Rodrigues, Rui Stocco admite que o caso fortuito e

a força maior são excludentes da relação de causalidade; no entanto, adotando posição oposita, consideramos que nem sempre há exclusão da responsabilidade mesmo nesses casos, conforme explanação dada anteriormente (ver 2.1.3 supra). Porém, sua existência é certa, em muitos casos.

Outra modalidade prevista pela doutrina são as cláusulas de irresponsabilidade ("cláusula de não indenizar"), São aquelas estipuladas previamente, por declaração unilateral ou não, através da qual uma das partes declara que não será responsável pelo dano apresentado, resultante da inexecução ou execução inadequada de um contrato. Sílvia Rodrigues (1993, p.197) dispõe que há uma transferência de responsabilidade, da mesma maneira que ocorre no seguro, em que o risco é transferido para mutualidade de segurados; na cláusula de irresponsabilidade, o risco é transferido para a vítima. Exemplo ocorre quando o garagista diz não se responsabilizar pelo desaparecimento de objetos deixados no interior do veículo. Aguiar Dias (1979, p.342) reitera que essas cláusulas só podem aparecer dentro da responsabilidade contratual, e mesmo assim sofrendo restrições, não se admitindo em matéria delitual, por razões óbvias. O nosso Direito não simpatiza com tais cláusulas, conforme atesta a Súmula 161 do STF: "Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar". No regime do Código de Defesa do Consumidor, toda e qualquer cláusula que contenha óbice ao dever legal de o fornecedor indenizar, é considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito, sendo ilegítima sua inclusão no contrato de consumo, pois desfavorece a parte mais fraca na relação contratual, que, nesse caso, é o consumidor. Sobre isso, art.51 do CDC. Há aque-

les que as admitem de maneira absoluta, por atenderem à autonomia da vontade. Na verdade, tais cláusulas podem ser admitidas desde que não contrariem preceito de lei, a ordem pública e os bons costumes e sejam estipuladas através de uma convenção bilateral.

Temos ainda a hipótese de culpa exclusiva da vítima, desaparecendo a relação de causa e efeito entre o ato do agente causador do dano e o prejuízo experimentado, sendo o agente apenas um instrumento do acidente. Como hipótese temos uma pessoa atravessando uma rua de alta velocidade, estando embriagada, não se podendo atribuir a outrem a responsabilidade, senão à vítima mesmo. O art. 17 da lei n° 2.681, de 07/12/1912, determina que a responsabilidade das estradas de ferro será eximida desde que se prove culpa exclusiva da vítima.

Questão não pacífica dentro da doutrina surge com o estado de necessidade. Para Caio Mário (1992, p.241) encontra também justificativa para o mal causado a deterioração de coisa alheia, quando para remover perigo iminente. A situação é análoga à legítima defesa, embora nessa haja agressão dirigida à pessoa ou aos bens. Em ambos os casos, o prejuízo resulta de um ato tido como indispensável. O art. 65 do CPP preceitua que faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhece ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento do dever legal e no exercício regular do direito. Aguiar Dias (1979, p.345-7) reconhece que "não há argumento capaz de convencer-me de que o direito que temos de lesar a outrem em estado de necessidade seja mais forte e mais merecedor de proteção do que o que assiste ao prejudicado

de se ver repostos na situação anterior ao dano". O entendimento de que o ato praticado em estado de necessidade torna irresponsável o agente estabelece uma doutrina que não pode merecer os aplausos dos juristas informados dos princípios hodiernos em relação à responsabilidade civil. Opinião semelhante apresenta Sílvia Baptista (ver 2.1.4 supra).

O fato de terceiro também traz certa polêmica. Considerando como terceiro qualquer outra pessoa que, fugindo do binômio vítima-agente, influa na responsabilidade pelo dano, temos que somente será uma excludente do nexos causal quando sua conduta atraia os efeitos do fato prejudicial, deixando de responder o agente direta ou indiretamente. Mister se faz que a ação do terceiro seja imprevisível e inevitável, somente excluindo integralmente a responsabilidade do agente causador direto do dano quando se veste de características semelhantes ao caso fortuito excludente da obrigação (pois vimos que há casos de caso fortuito e força maior que não são dirimentes). Assim, não constituem terceiros os filhos, tutelados, empregados, aprendizes, discípulos, entre outros. Sílvia Rodrigues (1993, p.187) traz um exemplo de uma decisão unânime do Tribunal da Guanabara (RT 429/260): "A transportadora não pode ser responsabilizada por fato que vitimou passageiro, em consequência de disparo feito no interior da viatura por terceiro. Exclui-se a transportadora da condenação, permanecendo esta somente em relação ao terceiro, causador do disparo, contra quem foi proposta também a ação". Todavia, a Súmula 187 do STF declara não ser ilidida por fato de terceiro a responsabilidade contratual do transportador, contra a qual resta a ação regressiva. Dessarte, o cau-

sador direto do dano tem a obrigação de repará-lo, ficando com direito à ação regressiva contra o terceiro.

2.4 - Do dano experimentado

Dentre os elementos necessários à configuração da responsabilidade civil, o dano é o que suscita menos controvérsia. Não pode existir responsabilidade sem a existência de um dano efetivo. O dano que nos interessa dentro deste estudo é o que constitui requisito da obrigação de indenizar, em outros termos, tornar indene a vítima, através da restituição, tanto quanto possível, do *status quo ante*, ou seja, da situação em que a vítima se encontrava antes de ocorrer o dano. O art. 1.059 do CC determina que as perdas e danos devidos ao credor abrangem não somente o dano emergente, como também o lucro cessante. Uma questão de relevo se põe quanto ao dano: pode a indenização ser revista e aumentada em razão do incremento no custo de vida (inflação)? O argumento mais valioso é o de que a sentença que fixou a indenização havia transitado em julgado e, por conseguinte, era imutável. A doutrina passa então a distinguir a dívida de valor (finalidade a que o pagamento se destina) e a dívida em dinheiro. Hoje, a Súmula 490 do STF decreta: "A pensão correspondente à indenização oriunda de responsabilidade civil deve ser calculada com base no salário mínimo vigente ao tempo da sentença e ajustar-se às variações ulteriores". Agostinho Alvim (1972, p.171) atenta que dano, em sentido amplo, vem a ser a lesão de qualquer bem jurídico (inclusive aí o dano moral), enquanto em sentido estrito o dano será a lesão do patrimônio, enten-

dido esse como o conjunto das relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro; no entanto, o CC nada traz acerca da modalidade do dano moral, constituindo o cerne deste estudo a análise dessa polêmica.

2.4.1 - O dano moral

Para definir o dano moral com precisão, cumpre distinguir a lesão ao direito personalíssimo que repercute no patrimônio da que não repercute. Quando a lesão traz em si um prejuízo econômico, estamos no plano do dano material, não existindo o que alguns autores convencionaram chamar de dano moral indireto (que apareceria sempre que houvesse repercussão patrimonial do descumprimento de um direito da personalidade). A expressão dano moral deve ser reservada exclusivamente para designar o agravo que não produz qualquer efeito patrimonial, pois se esse ocorrer, o dano deixa de ser moral para ser material. O dano moral, ou extrapatrimonial, vem a ser o constrangimento experimentado por alguém em virtude de lesão aos seus direitos personalíssimos, que segundo Limongi França (1993, p.43) podem ser assim divididos: direito à integridade física (vida, corpo, cadáver), intelectual e moral (honra, liberdade, recato, imagem, nome). Na definição de Wilson Mello da Silva, são lesões sofridas pelo sujeito em seu patrimônio ideal, entendendo-o, em contraposição ao patrimônio material, como conjunto de tudo aquilo que não seja susceptível de valoração econômica. O dano moral pode aparecer de diversas maneiras, seja afetando a parte social (honra, reputação), a parte afetiva (dor, tristeza, saudade), ou até mesmo sendo

provocado direta ou indiretamente por um dano material (cicatriz deformante). A Teoria do Dano Moral será, talvez, a que maior oposição sofreu desde a sua concepção, tendo origem no "*jus vindicatae*" do Direito Romano. Entendia-se que o único modo de ressarcir o lesado, amenizando-lhe a mágoa e o sofrimento era através do prazer da desforra, que embora sendo uma fórmula bárbara, trazia a necessidade de substituição da dor moral pelo prazer. Atualmente, o dinheiro aparece como um instrumento capaz de fazer gerar a alegria através das múltiplas satisfações materiais e espirituais que propicia, pois graças a seu papel econômico, facilita a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao ofendido uma compensação, em alegrias, por suas angústias e sofrimentos. O Desembargador Etério Galvão, do TJPE, Ap. Cível nº 18.264-9, j. 06.10.94, destacou: "O sofrimento, a dor, a perda, o arrancar violento do ser amado do seio da família provoca um dano moral que não pode ser infenso à indenização. Sem dúvida que é difícil quantificar em termos materiais uma satisfação para tamanha perda, pois não há preço para a vida. A dor não tem preço. O amor não se compra. A vida não se substitui. A morte não se paga. Porém é possível encontrar o preço daquilo que contribui para atenuar esta dor, proporcionando um bem estar psíquico compensatório". Não é dado o dinheiro a título de pagamento da dor, mas sim como meio de reparação pela satisfação que pode proporcionar ao indivíduo, compensando indiretamente os sofrimentos sentidos pela vítima. NÃO É DO PREÇO DA DOR QUE SE TRATA, MAS DO PREÇO DE SEU REMÉDIO.

Wilson Melo da Silva (1983, p.470) comenta: "a re-

paração do dano moral é, em regra, pecuniária, ante a impossibilidade do exercício do jus vindicatae, visto que ofenderia os princípios da coexistência e da paz sociais. A reparação em dinheiro viria neutralizar os sentimentos negativos de mágoa, dor, tristeza, angústia, pela superveniência de sensações positivas, de alegria, satisfação, pois possibilitaria ao ofendido algum prazer que, em certa medida, atenuaria seu sofrimento". O dinheiro pago pelo agente causador do dano moral não tem capacidade de restituir a vítima ao estado em que se encontrava, de maneira que não cabe falar em indenização. Trata-se de uma compensação, apesar de não haver termo ou medida de equivalência. Quanto à estipulação do valor, essa deve ser prudencial, levando em conta a gravidade objetiva do dano, a personalidade da vítima e as condições do autor do ilícito, de modo que não seja fonte de enriquecimento, de tão grande, nem seja inexpressiva. A equidade afeta o montante da compensação que deve ser paga.

Inexistentes parâmetros legais para o arbitramento do valor da reparação do dano moral, sua fixação dar-se-á por arbitramento, nos termos do art. 1.553 do Código Civil. Entretanto, a despeito de ser uma matéria entregue ao livre conhecimento e arbítrio do juiz, deve esse seguir algumas regras para a justa e correta determinação. A avaliação do dano deve levar em conta não só a extensão da ofensa, mas também o grau da culpa e a situação econômica das partes, uma vez que não há no dano moral uma indenização propriamente dita, mas uma compensação ou satisfação a ser dada por aquilo que o agente fez ao prejudicado.

2.4.1.1 - A posição brasileira quanto ao dano moral

A reparação do dano moral está expressamente determinada em algumas legislações, enquanto que outras silenciam a respeito. As que admitem podem ser classificadas em dois grupos: aquelas que a colocam através de uma disposição genérica, com força de princípio, autorizando o juiz a atribuir à vítima uma soma em dinheiro a título de reparação moral, desde que ela sofra dano em seus interesses pessoais, considerados de gravidade especial (Código Suíço de Obrigações) e há ainda as que somente permitem a reparação deste dano nos casos expressamente previstos (Alemanha, Itália, Polônia). O Brasil adota posição *sui generis*. Antes da CF 1988, havia uma celeuma muito grande quanto à possibilidade de indenização dos danos puramente morais, apesar de isso já ser tratado em legislação ordinária, embora extravagante ao CC, como o art.49 da lei nº5.250, de 09.02.67 (lei de imprensa) e também a lei nº 5.988, de 14.12.73 (lei dos direitos autorais- LDA), trazendo uma parte do Direito Civil que disciplina os poderes e deveres patrimoniais e não-patrimoniais relativos às obras literárias, artísticas, científicas e conexos. Seu artigo 25 fala dos direitos morais do autor, que em geral são inalienáveis, irrenunciáveis e intransmissíveis, contudo admite exceções, conforme veremos *infra*. Nossos Tribunais não acatavam sua indenização de maneira autônoma. (Revista Forense, 138/452: "Não é admissível que os sofrimentos morais dêem lugar à reparação pecuniária, se deles não decorre nenhum dano material").

Grande parte da doutrina também apresentava numerosas críticas quanto à possibilidade de ressarcir tal prejuízo, a saber: falta de efeito penoso durável, incerteza quanto à violação de um direito, dificuldade em descobrir o dano, indeterminação do número de pessoas lesadas, impossibilidade de uma rigorosa avaliação em dinheiro, imoralidade de compensar uma dor com pecúnia. As objeções formuladas têm sido reiteradamente respondidas no campo doutrinário favorável à compensação. Não se pode pretender que as ofensas não-patrimoniais sejam passíveis de fácil reconhecimento, no entanto, não é por causa das inúmeras dificuldades encontradas que se deve ignorá-las e deixá-las sem proteção. Pontes de Miranda sobre isso já falara (1970, p. 319 e ss.): "Se se nega a estimabilidade patrimonial do dano não-patrimonial, portanto, deixar-se-ia irressarcível o que precisaria ser indenizado. Mais contra a razão seria ter-se como irressarcível o que tão fundo feriu o ser humano, que há de considerar o interesse moral e intelectual acima do interesse econômico". Muitos juristas só aceitam o dano moral quando esse tem repercussão patrimonial, mas se houver reflexos econômicos, o dano deixa de ser moral para ser material, por Wilson Melo da Silva (1983, p.14): "Os danos morais ou são puros ou não são danos morais, pois os reflexos patrimoniais dos danos morais, também chamados de dano moral indireto, não passam de danos materiais comuns". O campo de incidência se inicia e termina dentro do próprio indivíduo lesado, pois diz respeito ao seu foro íntimo. Os bens morais são inerentes à pessoa, marcadamente individual, não existindo o chamado "jus haereditatis". Cabe ao juiz, no exame do caso con-

creto, estipular, com moderação, o número de pessoas que podem pleitear indenização, analisando o interesse de cada uma delas. No caso de um homicídio, por exemplo, é bem verdade que um sem número de pessoas possam ter sofrido dor psíquica, no entanto, descabe ressarcimento pela dor sentida pelo amigo do vizinho da vítima que pouco a conhecia. As pessoas jurídicas de Direito Público ou Privado podem vir a sofrer dano moral objetivo, opinião de Maria Helena Diniz, através do uso indevido de seu nome, ou de sua imagem. Um problema de aparente dificuldade é o da imoralidade de se tentar indenizar uma dor; conforme já foi explanado, o dinheiro busca atenuar o sofrimento através da gama de diversões que pode proporcionar. Windscheid atesta que com a compensação financeira busca-se acalantar a sensação de dor sentida, através de uma situação agradável. O pagamento deve representar para a vítima um sentimento capaz de "neutralizar" ou "anestesiá-la" em parte o sofrimento impingido.

O advento da Constituição Federal de 1988 coloca um ponto final à questão de saber se o dano moral é ou não ressarcível, pois esse direito foi alçado à categoria de garantia fundamental, e, como tal, considerado cláusula pétrea, portanto imutável. Com isso buscou-se eliminar o materialismo exagerado de só se considerar objeto do Direito das Obrigações o dano patrimonial. Também a lei nº 8.078, de 11/09/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor, em seu art.6º, já protege a efetiva prevenção e reparação de danos morais como direito do consumidor. A Constituição Federal, através do art.5º, V e X, põe fim ao argumento baseado na ausência de um princípio geral vinculativo, integrando-se de manei-

ra definitiva no nosso ordenamento positivo a reparação do dano moral.

A imagem é toda expressão formal e sensível da personalidade de um homem, constituindo um bem jurídico autônomo; a honra é universal e natural da pessoa humana, traduzindo-se juridicamente como o bom nome, a fama, o prestígio, a reputação, a estima, o decoro, a consideração, o respeito. Assim, a ofensa à honra representa não somente um dano moral, mas também um dano material, pois a redução da estima social devido a fatos assacados injustamente e destruidores do bom nome será um entrave ao êxito pessoal, com reflexos na vida econômica, além de causar o sofrimento e dor íntima da pessoa que padece, trazendo também tutela penal, determinada pelo interesse público coexistente ao privado pela reparação dos danos. O direito à intimidade traz a prerrogativa de o indivíduo obstar intromissões em sua vida privada, não sendo lícito aos meios de comunicação de massa tornar públicos fatos que digam respeito estritamente à vida privada do cidadão (como a divulgação de doença não-transmissível, por exemplo).

Aderimos ao pensamento de Caio Mário no que tange ao aspecto meramente exemplificativo dos dispositivos constitucionais. Ressuma evidente que se a violação à imagem, à intimidade, à vida privada e à honra obriga à indenização por dano material e moral, a violação de outros direitos, como a liberdade de locomoção, de pensamento, à vida, a integridade corporal, o exercício da atividade intelectual, artística e outros hão de ser igualmente protegidos, por uma razão de simetria e sob pena de ofensa ao princípio constitucional de isonomia. A Súmula 491 do STF consagra esse entendimento, pois considera indenizável o aci-

dente que causa morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado, inspirando-se no princípio de reparação do dano moral quanto ao homicídio.

3. Conclusão

Propedeuticamente vimos quais eram as hipóteses fáticas, juridicizadas, causadoras da obrigação de indenizar, analisando também os atos jurídicos que traziam a responsabilidade. Dentro de uma posição não muito nova, mas ainda geradora de grande polêmica doutrinária, vimos os chamados ATOS-FATOS, em que não se faz necessária a vontade para caracterizar a obrigação. Em seguida, passamos pelas Teorias Subjetiva, da Culpa Presumida e a Objetiva, dentro dessa a Teoria do Risco, em que detectamos que nem sempre se faz presente a culpa do autor para que o mesmo sofra os efeitos das imposições jurídicas. Posteriormente, analisamos a relação de causalidade obrigatória entre o ato praticado pelo agente e o dano sofrido pela vítima, sem olvidar a menção às chamadas dirimentes da responsabilidade ou causas de exclusão da causalidade. Concluindo, temos a perspectiva do dano moral, suas modalidades, campo de incidência, formas de reparação, evolução dentro do Direito Brasileiro e suas críticas.

O Dano Moral, como sofrimento humano resultante da lesão de direitos da personalidade, tem como conteúdo a dor, a vergonha. Considerando-o como a privação ou diminuição de bens cujos valores são precípuos na vida do homem, representados pela paz, tranqüilidade do espírito, a honra, a reputação, a intimidade, a consideração

social, torna-se despidendo afirmar a possibilidade de reparação autônoma, desvinculada de qualquer prejuízo material. Não obstante todo o exposto, ainda se encontram restrições quanto à tese da compensação de tal dano autonomamente. Para os autores contrários à indenização, recomendamos uma análise sistemática do Direito, pois desde o século XIX a posição estruturalista se opõe à racionalista, de modo que não podemos analisar uma norma separadamente, destacada das demais, sob pena de realizarmos uma interpretação exegética não condizente com a real *mens legis e mens legislatoris*. O art. 159 do CC não se restringe a direitos patrimoniais, com o consequente dano material. A dificuldade de avaliação do dano moral não apaga a sua realidade, nem dispensa da obrigação de repará-lo. Admitir que somente cabe reparação moral quando há também um dano material é um desvio de perspectiva, pois um indivíduo ofendido em sua imagem, a pessoa a quem os meios de comunicação imputam, equivocadamente, a prática de um delito, o cliente cujo nome tenha sido levado ao SPC, embora pontual, podem não suportar prejuízos materiais imediatos, mas, sem dúvidas, foram atingidos em sua honra, personalidade ou sentimento, trazendo a reparação o mérito de trazer consigo a justiça.

Na fixação do *quantum debeatum*, se faz necessária a consideração da situação do agressor, para que o mesmo seja compelido a não mais voltar a praticar tais danos. A sentença deve ter a preocupação precípua de ser um instrumento de educação e de formação de consciência a respeito das obrigações que cada pessoa possui no seu trato com os demais. A compreensão atual é que essa verba indenizatória seja paga de uma vez e arbitrada com equilíbrio, ou

seja, que não venha a ser fonte de enriquecimento ilícito por parte do beneficiário, bem como não se apresente inexpressiva ante a lesão sofrida pela vítima, devendo lastrear-se em dois objetivos: punir o agente causador da ilicitude para desestimulá-lo da reiteração de atos futuros e semelhantes, bem como compensar a vítima pecuniariamente pela humilhação sofrida, que foi fruto da ofensa.

Entretanto, o instituto precisa ser bem compreendido, para não se tornar objeto de "aventuras judiciais". A banalização das demandas indenizatórias infundadas somente levaria ao enfraquecimento da instituição, e, conseqüentemente, à perda da eficácia conquistada ao longo de todos esses anos, exatamente quando o tema se erigiu à categoria de direito fundamental. Observa-se hodiernamente nos pretórios uma avalanche de pedidos dessa natureza, completamente fora de propósitos, com o claro intuito de enriquecimento sem causa, buscando realizar com a prestação judicial uma espécie de "loteria", em que se arrisca obter determinados ganhos, com valores por tantas vezes astronômicos. Deve-se partir como premissa maior para as demandas indenizatórias que nem todo mal-estar configura dano moral, porque na vida as pessoas estão naturalmente sujeitas a determinados tipos de constrangimentos, e se em todas as vezes que esses fatos ocorressem houvesse uma disputa jurídica, o Poder Judiciário estaria diante de um sem número de causas, abarrotado com lides temerárias, cuja função precípua deixaria de ser a de dar direito a quem efetivamente o tem, e se transformaria numa gincana, em que as partes estariam sempre pleiteando tirar a sorte grande, a depender da habilidade de seus advogados. O mero incômodo e desconforto de determinadas circunstâncias que o homem médio

tem que suportar em razão do regular desenvolvimento de suas atividades não são moles para concessão de indenizações, ainda que o ofendido seja pessoa deveras sensível. Esse tipo de conduta já se encontra repudiada também na doutrina. Nesse caso, Antônio Jeová Santos (1997, p.35), falando por todos, observa com a firmeza de um doutrinador e serenidade de um magistrado: "Nota-se nos pretórios uma avalanche de demandas que pugnam pela indenização de dano moral, sem que exista aquele substrato necessário para ensejar o ressarcimento. Está-se vivendo uma experiência em que todo e qualquer abespinhamento dá ensanchas a pedidos de indenização. Não é assim, porém. Conquanto existam pessoas cuja suscetibilidade aflorem na epiderme, não se pode considerar que qualquer mal-estar seja apto para afetar o âmago, causando dor espiritual. Quando alguém diz ter sofrido prejuízo espiritual, mas este é consequência de uma sensibilidade exagerada ou de uma susceptibilidade extrema, não existe reparação. Para que exista dano moral, é necessário que a ofensa tenha alguma grandeza e esteja revestida de certa importância e gravidade". Como demonstra Gabriel Stiglitz: "Diferente do que ocorre com o dano material, a alteração desvaliosa do bem-estar psicofísico do indivíduo deve apresentar certa magnitude para ser reconhecida como dano moral. Um mal-estar trivial, de escassa importância, próprio do risco cotidiano da convivência ou da atividade que o indivíduo desenvolva, nunca o configurarão. Isto quer dizer que existe um "piso" de incômodos, inconvenientes ou desgostos a partir dos quais este prejuízo se configura juridicamente e procede sua reclamação".

4. Referências Bibliográficas

- ALVIM, Agostinho. *Da inexecução das obrigações e suas consequências*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, s.d.
- BAPTISTA, Sílvio Neves. Obrigações por atos ilícitos - Responsabilidade Civil. *Revista Acadêmica*, 1984.
- BARREIRA, Maria José Fontelle. A ressarcibilidade dos danos puramente morais. *Revista da Faculdade de Direito de Fortaleza*.
- DIAS, José de Aguiar. *Da Responsabilidade Civil*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1995. v.7 (Responsabilidade Civil).
- FRANÇA, R. Limongi. Direitos da personalidade- coordenadas fundamentais. *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas*.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, [s.d.]
- MAYNEZ, García. *Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, [s.d.]
- MIRANDA, Pontes. *Tratado de Direito Privado*, parte geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, [s.d.]. Tomos I e II.
- MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil-Obrigações- 2º parte*. 10º ed. São Paulo: Saraiva, [s.d.].
- NEVES, Marcelo da Costa Pinto. A Incidência da Norma Jurídica e o Fato Jurídico". *Revista Acadêmica*. Faculdade de Direito.

- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, 1992, vol. 4.
- SANTOS, Antônio Jeová. *Dano Moral Indenizável*. São Paulo: Lejus, s.d.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, s.d.
- STOCCO, Rui. *Responsabilidade Civil e sua interpretação jurisprudencial*. 2. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.
- RODRIGUES, Sílvio. *Responsabilidade Civil*. São Paulo: Saraiva, s.d. v.4.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Responsabilidade Civil: doutrina e jurisprudencial*. 3º ed. Rio de Janeiro: Aide editora, 1993.

DA REPRESENTAÇÃO NO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL

Lei nº 9.099/95

Teodomiro Noronha Cardozo

Juiz de Direito Titular da 1ª Vara Criminal do Paulista e Anexo do Tribunal do Júri. Pós-graduado pela Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco - Esmape. Professor Adjunto de Direito Civil III - Esmape. Pós-graduando em Direito Público e Privado pelo TJ/PE/AMEPE e UFPE.

SUMÁRIO

1. Necessidade de Representação no Concurso de Crimes de Competência da Justiça Comum e do Juizado Criminal 2. Da Audiência Preliminar 3. Da Oportunidade da Representação 4. Casos de lesões corporais simples e culposa agravadas. 5. Do início do prazo Decadencial. 6. Referências bibliográficas.

1. Necessidade de Representação no Concurso de Crimes de Competência da Justiça Comum e do Juizado Criminal

A representação, em sede do Juizado Especial Criminal, é *condictio sine qua non* para autorizar o "jus persequendi" do representante do Órgão Ministerial Público. Até mesmo nas hipóteses de concurso de crimes de competência da Justiça Comum e do Juizado Especial Criminal, a representação da vítima em relação ao tipo penal da competência da Justiça Consensuada é condição de prosseguibilidade da ação penal. Verbi gratia: concur-

so do artigo 121, caput, e 129, caput, do CP. O autor do fato não poderá beneficiar-se da transação penal já que a soma das penas mínimas, abstratamente cominadas, ultrapassam 1 (um) ano. Porém, o delito do art. 129, caput, do CP somente se procede mediante representação. Por oportuno, se o júri desclassifica crime de homicídio tentado e o Juiz-Presidente entende tratar-se de lesão corporal leve, o Juiz deve encerrar a sessão e, após o trânsito em julgado da decisão, determinar audiência preliminar se a competência da vara for por distribuição. No caso de Vara Privativa do Júri o processo será remetido ao Juizado Especial Criminal, se houver, para processar o feito, em face da desclassificação própria, operada pelo conselho de sentença, de acordo com o Código de Organização Judiciária.

O legislador, no artigo 75, da Lei, estabelece: "Art. 75. Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzido a termo".

"Parágrafo único. O não oferecimento da representação na audiência preliminar não implica decadência do direito, que poderá ser exercido no prazo previsto em lei" (sic).

A lei não contempla palavras supérfluas ou inúteis (Alípio Silveira). Demais disso, preceitua a lei, dentre os seus objetivos informadores, a reparação dos danos sofridos pela vítima, sempre que possível (art. 62). Isso demonstra, segundo Ada Pellegrini Grinover, que o legislador investiu claramente na tentativa da reparação dos danos civis, porquanto o Juizado Especial implantou a Justiça consensual, comunitária e despenalizadora. In casu, o interesse privado sobrepõe-se ao interesse público, porquanto, reparado o dano sofrido pela vítima significa que

ela renunciou, tacitamente, ao direito de representação, rendendo ensejo à extinção da punibilidade do agente, que deve ser reconhecida ex officio pelo magistrado (artigo 61, do CPP).¹

2. Da Audiência Preliminar

Aceitar a representação da vítima, condição da ação, no âmbito do Juizado Especial Criminal, perante a autoridade policial judiciária, seria subverter a ordem lógica, racional da mens legis (art. 75, parágrafo único, da Lei). A ordem, segundo o legislador, é a seguinte: conduzida a audiência preliminar pelo Juiz ou pelo conciliador, sob sua orientação (art. 73) as partes são esclarecidas sobre a composição dos danos civis (artigo 72). Se elas celebram acordo, o Juiz homologá-lo-á por decisão irrecorrível, com eficácia de título executivo no juízo competente (art. 74) e art. 584, inciso III, do Código de Processo Civil. Frustrada a conciliação, aí sim, pelo princípio da oportunidade, surge para a vítima o direito subjetivo de representar em face do autor do fato ou mesmo de renunciar ao exercício do direito de representação.

É ressaltado que a representação prevista na parte geral do Código Penal (art. 103, do CP) e no artigo 38, do CPP independe de forma sacramental e poderá ser exercida perante a Autoridade Policial Judiciária, o Promotor de Justiça e o Magistrado. Porém, é não menos sabido que as disposições de lei especial preferem as nor-

¹ Conforme entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo (RJDTCRIM 33/304) e TACRIM (IBCrim 57/97, p. 202. Ap.n. 975.217, Curitiba, 16ª Câm. Criminal, rel. Juiz Dirceu Cintra, j. 25.04.97, v.u.).

mas gerais e a espécie prefere o gênero: "lex specialis derogat legi generali". Vale ressaltar, entretanto, que a Lei nº 9.099/95 tem mecanismo processual próprio e as disposições do Código Penal e do Processo Penal somente são aplicáveis, subsidiariamente, no que forem compatíveis com a lex specialis (art. 92, da Lei).

O Egrégio Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo decidiu ser inadmissível a representação de que ora se cuida na fase policial.

3. Da Oportunidade da Representação

"A representação, nos casos disciplinados pela Lei nº 9.099/95, deve ser oferecida em juízo, em audiência regularmente instalada, após infrutífera tentativa de composição de danos civis, sendo inadmissível sua apresentação perante a Autoridade Policial. (Vide Mirabete, Julio Fabbrini, Juizados Especiais Criminais : Comentários, jurisprudência e legislação, - 3. Ed. - São Paulo : Atlas, 1998, p. 81).²

Nesse aspecto, a doutrina é por demais vencedora:

"A representação, que sucede a fase de composição dos danos civis, prevista pelo artigo 75, só deve ser concretizada no fórum, como observado por Luiz Flávio Gomes, nunca nas unidades de polícia judiciária, a não ser quando a autoridade policial optar pela instauração de inquérito policial". (Apud, Juizados Especiais Criminais, Queiroz, Carlos Alberto Marchi de - São Paulo : Iglu, 1996, p. 41).

Bastante elucidativa é a opinião de Luiz Flávio Gomes, Juiz de Direito em São Paulo. É dele o seguinte

posicionamento: "Não obtida a composição dos danos civis, será dada imediatamente ao ofendido a oportunidade de exercer o direito de representação verbal, que será reduzida a termo (art. 75). Isso significa, desde logo, que o direito de representação será concretizado em juízo, não na fase policial. Para a lavratura do termo de ocorrência (art. 69) não se exige a representação (que é necessária, não obstante, para a abertura do inquérito policial - art. 5º, § 4º). De outro lado, quer a lei que o ato de representar seja antecedido de conciliação. O escopo primeiro da lei nova, no que toca ao âmbito do juizado especial, é o de solucionar o litígio civil. Tudo deve ser feito para se favorecer a conciliação. É a utilização da via penal para a satisfação de interesses civis. Se o resultado for positivo, dois litígios (o civil e o penal) ficarão solucionados. Censurável, pelo que acaba de ser exposto, a praxe que se instalou em algumas comarcas, depois da Lei 9.099/95, de se colher a representação da vítima na delegacia de polícia".³

Como lembra o autor, o legislador pátrio não se preocupou em inserir no texto de lei disposição semelhante ao plea bargaining (súplica/barganha) do direito comparado vez que, na audiência preliminar, o juiz presta os esclarecimentos às partes e o acordo não pode ser realizado fora dela.

Conclusivamente, diz o Professor e Juiz de Direito no Rio Grande do Sul, Maurício Alves Duarte:

"O art. 75 da Lei nº 9.099/95 é suficientemente claro ao dispor que: (...)".

² (RJD TACRIM 34/226)

³ REVISTA DA ESCOLA PAULISTA DA MAGISTRATURA, a. 1, n. 1, set./dez. 1996, p. 86.

“Ora, se a lei diz que será dada a oportunidade de exercer o direito de representação, fica evidente que este direito não poderá ser exercido pelo ofendido antes de tal ocasião.

“Assim, inválida e ilegal, qualquer manifestação desse direito antes da audiência preliminar, uma vez que a composição civil é direito subjetivo público do agente, pois, devidamente homologada, além de constituir-se em causa extintiva de punibilidade, conforme parágrafo único do art. 74, retira a disponibilidade do ofendido sobre a persecução penal.

“Também merece interpretação literal (até porque a lei no art. 2º, recomenda a simplicidade) o parágrafo único do art. 75, quando diz que o direito de representação: “...*poderá ser exercido no prazo previsto em lei*” (sem os grifos), fazendo uma clara alusão aos arts. 38 do Código de Processo Penal e 103 do Código Penal.

“(...)”

4. Casos de lesões corporais simples e culposa agravadas.

De outra ótica, pelas palavras do legislador “...a que a lei comina pena máxima não superior a um ano” (artigo 61, da Lei nº 9.099/95) infere-se que eventual aumento de pena não pode ser computado para o efeito de prescindir da representação da vítima e ou de seu representante legal, como condição de procedibilidade da ação, no caso de lesões corporais leves dolosas, (art. 129, caput, e §§ 4º, 5º e 7º, do CP). “(...) Para efeito de enquadramento na competência dos Juizados Especiais Criminais é necessário que a lesão corporal dolosa seja simples (art. 129,

caput), uma vez que a forma agravada (§ 7º) eleva a pena acima do limite permitido (art. 61). No art. 88, entretanto, o legislador fala em lesão corporal leve, excluindo apenas a grave, gravíssima e seguida de morte, pelo que subsistem as agravadas por causa de aumento de pena (§6º)”. (In, Damásio E. de Jesus, *Lei dos Juizados Especiais Criminais* Anotada, - 4. Ed. rev. e ampl. - São Paulo, Saraiva, 1997, pp 103 usque 104).

Reforça tal entendimento o magistério de Ada Pellegrini Grinover:

“Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação dos crimes de lesões corporais leves e lesões corporais culposas. Como se percebe, não importa se as lesões culposas são simples ou agravadas. Todas, doravante, sujeitam-se à representação do ofendido. De outro lado, não importa se a lesão está prevista no Código Penal ou em leis especiais: todas sujeitas à incidência do art. 88. Cuidando-se, no entanto, de lesão grave (ou “gravíssima”) dolosa, não incide o preceito legal aqui enfocado, é dizer, nesta hipótese, a ação penal continua sendo pública incondicionada”.

Prossegue, afirmando: “Para não haver problemas interpretativos, a lei tomou a iniciativa de excepcionar as hipóteses em que o Código Penal e a legislação especial já exigem representação.” Nenhuma foi afetada pela nova lei. Estão intactas. Ao rol de delitos de ação penal pública condicionada, em suma, agora devemos agregar dois novos: lesão culposa e lesão dolosa leve”.⁴

⁴GRINOVER, Ada Pellegrini et al. São Paulo: Saraiva, RT, 1996. pp. 179 usque 180.

5. Do início do Prazo Decadencial

Ad argumentandum tantum, na análise da questão, há uma implicação que reputo da maior relevância. Como a representação, para correta aplicação da lei, somente poderá ser levada a efeito pela vítima e ou seu representante legal em juízo, na audiência preliminar, quer dizer que o instituto da decadência (artigos 103, do CP e 38, do CPP) não se verifica, se, porventura, decorrido o lapso de seis meses entre a notitia criminis, levada ao conhecimento da autoridade policial, e a concretização da representação, se negativa a conciliação. A audiência preliminar é o marco inicial do prazo decadencial. O parágrafo único do art. 75, da Lei, nesse aspecto, não dá margem à dúvida.

6. Referências Bibliográficas

- GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Juizados Especiais Criminais: Comentários à Lei nº 9.099, de 26.09.1995*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- DAMÁSIO, E. de Jesus. *Lei dos Juizados Especiais Criminais*. 4. ed. ver. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1997.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais: Comentários, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: Iglu, 1996.

PENHOR MERCANTIL: Possibilidade de sua Efetivação pela Tradição Simbólica da coisa empenhada

Thiago Arraes de Alencar Norões
Procurador do Estado de Pernambuco e Advogado

Considerou-se por muito tempo que a efetivação do penhor mercantil só poderia se dar com a entrega da coisa empenhada ao credor (entendendo-se como tal a sua tradição real). Assim é que **Fran Martins**¹ fazendo coro com a doutrina dominante, ao tratar do penhor mercantil lecionou, sem dar margem à discussão:

*“ O art. 274 do Código Comercial trata da entrega do objeto empenhado. A tradição do penhor não apenas tem dado motivo a várias discussões doutrinárias como também tem sido regulado por inúmeras leis especiais. O Código Civil, entretanto, estabelece que “ só se pode construir o penhor com a posse da coisa móvel pelo credor”, abrindo exceções especiais ao penhor agrícola e ao pecuário, casos em que os objetos empenhados ficam em poder do devedor por efeito da cláusula **constituti** (art. 769). O **constituto possessório**, ou seja, a posse do bem pelo próprio devedor que, de regra, deveria entregar a coisa que o penhor pudesse se constituir, passou,*

1. Contratos e obrigações comerciais. Forense. 12, ed. pp. 396/398

assim, a ser uma exceção, só permitida por disposição expressa de lei. Vários diplomas legais alargaram esse dispositivo do Código Civil, sendo hoje admitido, sem a entrega efetiva da coisa, o penhor de máquinas e aparelhos utilizados na indústria, o dos produtos da suinocultura, e do sal e coisas destinadas à exploração de salinas, o de estabelecimento de ensino (Dec. lei nº 7.780, de 26 de junho de 1945), os dos veículos automotores, equipamentos para a execução de terraplanagem e pavimentação, e viaturas de tração mecânica usadas no transporte de passageiros e cargas. Quase todas essas modalidades de penhor estão hoje reguladas pelo Dec. lei nº 413, de 9 de janeiro de 1969. A cláusula constituti, ou constituto possessório, só valerá, assim, nos casos expressamente permitidos em lei, perdurando a regra geral de que o penhor só se constitui mediante a entrega efetiva da coisa.” (grifamos)

Esse entendimento decorre da disciplina dada ao instituto pelo Código Civil, que teria derogado o que havia sido originalmente estatuído pelo Código Comercial sobre a matéria. De fato, esse diploma estabelecia, de forma expressa:

“Art. 274. A entrega do penhor pode ser real ou simbólica, e pelos mesmos modos por que pode fazer-se a tradição da coisa vendida (art. 199).”

O Código Civil sobrepuôs-se a essa disciplina mais flexível (e mais apropriada, em nosso entender, à dinâmica das relações comerciais), para instituir a obrigatoriedade da tradição efetiva da coisa empenhada, salvo taxativas exceções legais:

“Art. 768. Constitui-se o penhor pela tradição efetiva, que, em garantia do débito, ao credor, ou a quem o represente, faz o devedor, ou alguém por ele, de um objeto móvel, suscetível de alienação.

“Art. 769. Só se pode constituir o penhor com a posse da coisa móvel pelo credor, salvo no caso do penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula constituti.”

Se o aparente conflito entre esses dois diplomas foi objeto de longos debates – se o estabelecido no Código Civil implicaria a derrogação do art. 274 do Código Comercial, ou se prevaleceria esse em relação ao penhor mercantil, como lei específica constituindo exceção à regra geral – a lei de falências de 1929 teria afastado a plausibilidade da efetivação do penhor mercantil, por meio do constituto possessório. De fato, esse diploma falimentar (lei comercial por excelência) veio se alinhar claramente à disciplina dada pela lei civil ao instituto. É o que nos ensina **Waldemar Ferreira**²:

“Não há penhor sem entrega da coisa que se vincule, por direito real, à garantia da obrigação mercantil.

² Tratado de Direito Comercial, Saraiva, 1963, vol. 11, pp. 448/449

Essa entrega, pela lei civil, consistirá na "tradição efetiva" da coisa dada em garantia do débito; e acrescentou que - e foi no art. 769 - só se pode constituir o penhor com a posse da coisa móvel pelo credor, salvo no caso do penhor agrícola ou pecuário, por efeito da cláusula constituti.

Mas, quanto ao penhor mercantil, por expresse no art. 274 do Código Comercial, "a entrega do penhor pode ser real ou simbólica, e pelos mesmos modos por que pode fazer-se a tradição da coisa vendida."

*Assaz se debateu, diante da diversidade desses dois dispositivos, acerca da legitimidade do penhor mercantil com a cláusula **constituti**, estabelecida no texto comercial a entrega por via real ou simbólica.*

*Mostrou-se-lhe hostil a jurisprudência, até que a lei falimentar de 1929 reconheceu o privilégio especial aos credores pignoratícios, "sobre as coisas entregues em penhor", salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário, em que os objetos continuam em poder do devedor, por efeito da cláusula **constituti**.*

Desde então se tornou pacífica a tese da inadmissibilidade do penhor mercantil com o constituto possessório, do mesmo modo que no

penhor civil, salvo em virtude de expressa disposição (legal)."

Dentre os doutrinadores mais proeminentes, destoa apenas a opinião de **Pontes de Miranda** que, sem maiores tergiversações, afirma que "o penhor mercantil pode fazer-se com a posse imediata, indo ao outorgado, ou indo ao outorgado a posse imprópria, constituto possessório"³. É interessante notar-se que toda essa construção doutrinária - que resultou em opinião ainda hoje prevalecente no meio jurídico - baseia-se na evolução do entendimento dado à matéria por nossos tribunais. De fato, não foi com a interpretação dos textos legais - que são da mais absoluta clareza - nem através de questionamentos de ordem doutrinária, que os ilustres tratadistas citados chegaram às **conclusões** acima expostas, mas sim com base em sucessivas e cada vez mais conclusivas decisões de nossas mais altas cortes, como ambos expressamente esclarecem. Veja-se a nota de Waldemar Ferreira a seu escólio citado.:

*"Por maioria dos votos, em acórdão de 19 de outubro de 1943, o Supremo Tribunal Federal não considerou revogado o art. 92, nº 1, da lei de falências de 1929, admitindo o penhor mercantil com a cláusula **constituti** (Revista dos Tribunais, São Paulo, 1944, vol. 152, pág. 777).*

Reformou-se esse acórdão, em embargos, pelo

3. Tratado de Direito Privado, Borsari, t. 20, p. 432.

16 de agosto de 1944., decidindo pela nulidade do penhor mercantil feito com a cláusula constituti, sem a entrega, assim real e efetiva, da coisa móvel dada em garantia.

Prevaleceu a conclusão do Ministro Orosimbo Nonato, vencido no acórdão, que então se reformou, em que assentou "em suma: a) a tradição efetiva é obrigatória para a validade do penhor civil, princípio que se amplia ao penhor mercantil, do que é índice expressivo no disposto no art. 92 da lei falencial; b) a tradição simbólica é admitida no Direito Comercial, mas com essa reminiscência do Direito Romano não se confunde o constituto possessório; c) a própria tradição simbólica - própria aos casos da alienação da coisa - é, em geral, inajustável à índole do penhor" (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1946, vol. 160, pág. 834).

Posteriormente, e por acórdão de 4 de outubro de 1948, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que, "pelo regime do Código de Comércio, podia-se constituir o penhor mercantil mediante transmissão simbólica da coisa entre as partes contratantes; todavia, e principalmente para os efeitos da lei falimentar de 1929, que disciplinava as relações entre os credores e a massa, ficou derogado aquele princípio, tornando-se indispensável a tradição efetiva e real da coisa apenhada para assegurar privilégio especial ao credor pignoratício, salvo no caso de penhor agrícola ou pecuário, em

que os objetos continuam em poder do devedor por efeito da cláusula constituti" (*Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1951, vol. 189, pág. 544)."

Na verdade, a celebração de penhor mercantil com a tradição simbólica da coisa empenhada sempre foi de uso corrente nas práticas do comércio, mormente quando o penhor recaía sobre mercadoria. Exemplo típico é o da venda a prazo feita pelo fornecedor, na qual a garantia ao pagamento do preço devido era muitas vezes feita pela constituição de penhor mercantil sobre a própria mercadoria fornecida, já em poder do comerciante adquirente. Esse penhor era efetivado com a tradição simbólica da mercadoria do devedor - que acabava de adquiri-la - ao credor. Essa tradição simbólica da mercadoria (do devedor ao credor) era muitas vezes feita concomitantemente à tradição efetiva decorrente do fornecimento, no sentido inverso (do fornecedor/credor ao adquirente/devedor).

Paralelamente à tradição simbólica da coisa empenhada, tinha-se normalmente a constituição do depósito convencional, com o devedor, na sua posse imediata, assumindo o encargo de fiel depositário em favor do credor, detentor da posse mediata, ou indireta.

É fato que o uso desses artifícios muitas vezes gerava situações que iam de encontro ao que havia sido inicialmente pactuado entre as partes. Assim, o adquirente, que também era devedor pignoratício e depositário da coisa (adquirida precipuamente para integrar o giro de seu negócio) não raras vezes passava a dela dispor plenamente, comercializando-a ou dando-lhe a finalidade para a qual

a havia adquirido. Essa atitude do devedor não era necessariamente adotada à revelia do credor, já que a plena disponibilidade daquele bem era geralmente necessária à apuração de um resultado que seria empregado, em parte, no pagamento do preço inicialmente avançado.

Havia então simulação, a pôr em causa da validade do negócio celebrado? Não se deve entender assim. A dinâmica das relações comerciais, e as necessidades que o giro do comércio impunha justificavam a adoção de soluções ágeis, que eventualmente poderiam relegar a segundo plano formalismos dispensáveis, sem descuidar da necessária segurança para as partes contratantes, especialmente o credor. Também não se pode deixar de lado o caráter acessório da garantia. O credor pignoratício, em se tratando de penhor mercantil, normalmente assume essa qualidade para viabilizar uma transação comercial, que é a principal preocupação dos contratantes. As garantias de que ele dispõe são as que lhe facultam a lei, e dessas apenas algumas serão viáveis para aquele negócio específico. É clara a sua diferença em relação ao penhor civil, que efetivamente se aperfeiçoa com a entrega da coisa dada em penhor, e que normalmente constitui autêntica contrapartida ao negócio.

Desse modo, uma excessiva preocupação com os aspectos formais deve retirar das partes instrumentos que são importantes para a segurança das relações jurídicas? Aplicando esse raciocínio ao exemplo colocado acima, deve-se considerar que, celebrando-se penhor mercantil com a tradição simbólica da coisa, e em caso de inadimplência do devedor, esse penhor não deverá ser considerado como válido, deixando o credor sem a garantia livremente pactuada pelas partes?

É essa, indiretamente, a posição que do entendimento inicialmente colocado veio consagrar: o paradigma, segundo o qual o penhor mercantil não poderia ser efetivado sem a tradução real da coisa empenhada, veio restringir sobremaneira o emprego desse direito real de garantia pelos comerciantes. O pior é que essa interpretação restritiva de certos institutos comumente utilizados como garantia em transações comerciais (ao lado do penhor, o depósito e a fiança, por exemplo) veio dar largo abrigo à inadimplência, a qual a legislação processual já tratava com especial favor. A consequência disso: uma crescente insegurança nas relações jurídicas, com a correspondente retração e encarecimento do crédito, ante o aumento exagerado do fator "risco".

É necessário colocar-se que essa tendência decorria, em parte, do crescente deprestígio dos princípios tradicionais da doutrina contratual, entre os quais reinava a autonomia da vontade das partes, em prol de uma maior influência de princípios de ordem pública, o que se justificava pela necessidade de se dar tratamento adequado à massificação das relações jurídicas e às práticas contratuais abusivas.

Todavia, essa nova realidade foi identificada, e vem sendo disciplinada de forma específica e dirigida. Ao lado disso, a concepção moderna do contrato volta a consagrar entre os "princípios de ordem pública contratual" o princípio da autonomia privada, entendendo-se como tal "a liberdade de as pessoas regularem através de contratos, ou mesmo de negócios jurídicos unilaterais, os seus interesses, em especial quanto à produção e distribuição de bens e serviços"⁴. Esse princípio foi inclusive acolhi-

4. NORONHA, Fernando. O direito dos contratos e seus princípios fundamentais. *Saravá*, 1994, pág. 115.

do pela ordem constitucional estabelecida em 1988, estando albergado pelo art. 170 da Constituição vigente.

Dentro dessa nova ordem das coisas, era de se esperar um abrandamento do excessivo formalismo que tinha, em tempos passados, orientado nossos tribunais, em seu papel de intérpretes da lei. No caso específico do penhor mercantil, e na hipótese que ora se coloca, o Superior Tribunal de Justiça tem adotado posicionamento nesse sentido, ao decidir pela admissibilidade, por entendimento unânime de sua Terceira e Quarta Turma, da efetivação do penhor mercantil pela entrega simbólica da coisa apenhada. Ao assim entender, seguiu na trilha dos julgados mais recentes do Supremo Tribunal Federal, em mudança de curso iniciada em 30 de abril de 1974 pelo Ministro Rodrigues de Alckmin, ao relatar o Recurso Extraordinário nº 72.500 SP.

A posição do STJ pode ser resumida pela ementa do acórdão proferido por sua Terceira Turma, no julgamento do Recurso Especial nº 66.930 RS, em 13 de junho de 1995 (decisão publicada no DJ de 04/09/1995 à pág. 27.832), relatada pelo Ministro Eduardo Ribeiro:

“Penhor Mercantil – possibilidade de construir-se sem a entrega efetiva do bem empenhado. Continua em vigor o artigo 274 do Código Comercial, não derogado pelo Código Civil. Esse se aplica subsidiariamente, mas não atinge situações especificamente reguladas naquela outra codificação. Igualmente não ocorreu derrogação, por força do artigo 92, I, da lei de falências de 1929, que apenas pretendeu discri-

minar os créditos com privilégios sobre determinados bens. Hipóteses em que, tratando-se de bens fungíveis, aceitável a descrição genérica feita no instrumento”.

Todavia, se a decisão acima transcrita sintetiza com perfeição o tratamento que hoje é dado à matéria em estudo por aquele Tribunal, é necessário dar-se o merecido destaque ao pioneiro no trabalho de sistematização feito acerca do instituto pelo Ministro Sálvio de Figueiredo, ao relatar várias decisões sobre a matéria, entre as quais se destaca a proferida em 12 de maio de 1992, no recurso Especial nº 7.187-0 SP, que não só veio constituir-se em precedente naquela alta Corte, como também externou os princípios que devem reger as relações negociais no comércio dos tempos atuais:

“Direito Comercial. Penhor Mercantil. Tradição simbólica. Admissibilidade. Código Comercial, art. 274. Vigência. Ação de depósito. Boa-fé. Recurso provido.

I - Em se tratando de penhor mercantil, admissível é a entrega simbólica dos objetos, estando em vigor a norma do art. 274 do Código Comercial.

II - A aceitação do encargo pelo depositário, no penhor mercantil, faz presumir a tradição dos bens dados em garantia, caracterizando infidelidade do depositário a falta de entrega dos objetos.

III - A realidade das relações de comércio dos tempos atuais repudia os formalismos injustificáveis, instalando-se na boa-fé a "consagração do dever moral de não enganar a outrem"

Do voto condutor dessa decisão, colhe-se trecho em que o célebre jurista, após reconhecer a vigência do art. 274 do Código Comercial, proclama os princípios da autonomia e da boa-fé como especialmente merecedores da proteção legal:

"No mais, afigurar-se-ia estranho que, sobretudo quando mais a mais se busca facilitar as relações econômico-financeiras na sociedade, o direito viesse a abrigar formalismos excessivos em prol de um fetichismo injustificável. (...)

*Não bastassem tais considerações, haver-se-á de acrescentar aqui o elemento moral de boa-fé, merecedora de proteção legal para que "as partes cumpram aquilo a que, por escrito e livremente, se obrigaram", boa-fé que, no dizer de François Gorphe, é a alma das relações jurídicas, na qual se insere a "consagração do dever moral de não enganar a outrem" (*Le Principe de la Bonne Foi*).*"

Essas decisões vêm consagrar o melhor atendimento que pode ser dado à matéria, e algumas conclusões podem se inferir de sua leitura. A primeira delas, especi-

ficamente a respeito do assunto tratado, é que é perfeitamente cabível o penhor mercantil com a tradição simbólica da coisa apenhada. É incontestável a vigência do art. 274 do Código Comercial, que deve ser aplicado à matéria não tendo sido derogado pelos arts. 768 e 769 do Código Civil. Esses dispositivos tratam especificamente do penhor civil, como são civis as exceções previstas pelo art. 769 do mesmo diploma.

Também se pode concluir que a leitura das relações econômico-financeiras, especialmente sob o ponto de vista contratual, deve ser regida pelos princípios da autonomia, boa-fé e justiça contratual. Devem ser deixados de lado os formalismos caducos e desnecessários e as idéias preconcebidas que não mais se ajustam à dinâmica realidade em que vivemos, e que muitas vezes favorecem a desigualdade nas relações às quais deveriam dar segurança.

PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

Vladimir da Rocha França

Mestre em Direito Público pela UFPE. Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN e da Universidade Potiguar.

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Natureza Constitucional da Propriedade. 3. Princípio da Função Social da Propriedade: 3.1. Função Social da Propriedade como Base Constitucional da Propriedade Privada. 3.2. Princípio da Função Social da Propriedade e as Regras Constitucionais Programáticas. 4. Conclusão. 5. Referências Bibliográficas.

1. Introdução

A propriedade sempre constituiu um foco constante de tensões sociais e econômicas, instabilizando relações jurídicas, causando acirrados conflitos entre as pessoas e, entre essas e o Estado; enfim, tem fortes repercussões em todas as esferas sociais.

O Direito sempre procurou criar instrumentos e meios que pudessem defendê-la e pacificá-la, no sentido de superar as violentas controvérsias que explodem ao seu redor. Hodiernamente, identificamos um objetivo que as pressões socioeconômicas produziram para o operador jurídico: efetivar e concretizar a função social da propri-

idade. Não apresentaremos aqui um conceito acabado e claro do que seja a função social da propriedade e nem temos tal pretensão neste trabalho. O que procuramos é oferecer um ponto de partida do qual pode ser edificada uma nova concepção dogmática para o direito de propriedade e de sua função social.

A sociedade, após um longo e doloroso processo de lutas e convulsões, assumiu o compromisso de redistribuir a riqueza por ela produzida, ou seja, integrar aquelas camadas marginalizadas pela concentração abusiva de renda, transformar a massa em cidadãos. Entretanto, as camadas que detêm os meios e bens de produção, a elite composta pelos grandes latifundiários e conglomerados empresariais, impõem resistências a esse escopo e aferiram-se às suas posses de modo intransigente e, muitas vezes, violento, num esforço cego e inconseqüente. E esse fenômeno se reproduz com bastante freqüência nas classes sociais baixas, não sendo portanto privativo da elite dirigente. Da bicicleta ao automóvel, da pequena gleba rural ao latifúndio, da pequena empresa à grande corporação industrial, ninguém se dispõe a renunciar ao direito de propriedade em prol desse interesse coletivo (cf. França, 1995: 7).

Existe, no direito positivo brasileiro, todo um sistema integrado por institutos de direito material e processual para a propriedade e todas as suas manifestações. Tem a propriedade um regime jurídico constitucional e infraconstitucional no qual se faz sempre presente um rígido e cauteloso cuidado para com o direito de propriedade. Nunca o operador jurídico se ressentiu da ausência de meios legais para garantir a posse e a propriedade in-

dividual, haja vista o conjunto dos poderosos interesses que surgem em sua defesa. O que se reivindica hoje, do Direito, são soluções pacíficas e legais para a posse e propriedade sociais (cf. França: 1995: 7/8; e 1997b: 480/482).

O objetivo do presente trabalho consiste em propor uma revisão dos conceitos da propriedade privada e do papel que sua função social tem no mundo jurídico. Procuraremos inicialmente fixar os conceitos que empregaremos neste trabalho, de direitos e garantias constitucionais e de norma constitucional; logo após, o modo como foi inserida e juridicamente regulamentada pela Constituição brasileira vigente a instituição da propriedade. Tentaremos esclarecer qual a natureza constitucional da propriedade, demonstrando sua submissão incondicional ao princípio da função social da propriedade.

2. Natureza Constitucional da Propriedade

A inserção da instituição da propriedade no art. 5º da Lei Maior deve ser estudada com cuidado. A Constituição reflete as várias faces desse instituto, que estão em constante tensão.

Ao estabelecer o constituinte (art. 5º, *caput*, *in fine*) que a propriedade constitui uma garantia inviolável do indivíduo, elevou-se a instituição da propriedade à condição de garantia fundamental. Contudo, a posição da garantia fundamental da propriedade no texto constitucional não deve ser interpretada necessariamente como uma matéria restrita à esfera privada.

No inciso XXII, no mesmo dispositivo, declara que "é garantido o direito de propriedade", e, logo mais, "a

propriedade atenderá a sua função social". A propriedade não pode ser mais vista como um direito estritamente individual nem como uma instituição de direito privado.

No capítulo que se refere aos "princípios gerais da atividade econômica", a Constituição assim estatui:

"Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

- I - *omissis*
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- (...)"

Inicialmente, o direito de propriedade foi concebido como direito absoluto, natural e imprescritível (Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), seja como uma relação entre uma pessoa e uma coisa, seja como entre um indivíduo e um sujeito passivo universal, dentro da visão civilista. Predomina atualmente o entendimento de que a propriedade compreende um complexo de normas jurídicas de direito privado e de direito público, cujo conteúdo é determinado pelo direito positivo (cf. Silva, 1991: 240).

O regime jurídico da propriedade não se restringe às normas de direito civil, compreendendo, sim, todo um complexo de normas administrativas, ambientais, urbanísticas, empresariais, e, evidentemente, civis, fundamentado nas normas constitucionais. Cabe ao direito civil

disciplinar as relações jurídicas civis decorrentes do direito de propriedade. A Constituição confere à propriedade uma concepção mais ampla, determinando juridicamente a sua limitação positiva (até onde vai o conteúdo) e, a sua limitação negativa (até onde vêm ou podem vir as incursões dos outros), procurando orientá-la como um instrumento de bem-estar social (França, 1995: 8/9).

O direito de propriedade não é superior ao direito à vida, este, efetivamente, direito constitucional fundamental (cf. França, 1995: 9). É a lei que "hierarquiza os valores socialmente protegidos, e ao interesse de um antepõe o direito de outro. **Em nosso ordenamento jurídico positivo, encimado pela Constituição, tem supremacia o direito à vida, mesmo porque é esse direito - em grau mais próximo ou remoto - que explica a existência dos demais**" (Cunha, 1994: 53; grifo nosso).

Para se identificar o caráter jurídico da propriedade, é preciso antes distinguir claramente os direitos fundamentais das garantias fundamentais, segundo a nossa Constituição.

Os direitos fundamentais são direitos constitucionais (individuais, sociais, econômicos, políticos e ambientais), baseados na norma constitucional (princípios e regras constitucionais), que têm existência jurídica incondicionada e inviolável, gozando de supremacia jurídica sobre os demais direitos constitucionais e infraconstitucionais. Sua concreção não pode estar condicionada por normas remissivas ou programáticas, sob pena de paralisia constitucional (Saraiva, 1993: 30; cf. CRFB, art. 5º, § 1º).

As garantias fundamentais compreendem as garantias constitucionais e as garantias institucionais, desti-

nadas à viabilizar à concretização dos direitos fundamentais.

As garantias constitucionais consistem em instrumentos jurídicos postos à disposição do cidadão para a concretização dos direitos consagrados no texto constitucional (Saraiva, 1993: 45).

As garantias institucionais compreendem, por sua vez, o reconhecimento constitucional de determinadas instituições jurídicas como fundamentais para o desenvolvimento pacífico das relações jurídicas de uma dada sociedade, submetida a uma determinada Constituição. Podem tanto se referir a instituições político-jurídicas (como o município, os sindicatos, os partidos políticos), como a instituições jurídicas originariamente concebidas como da seara do direito privado (contrato, família, propriedade) (ver França, 1997b: 470/471).

Carl Schmitt é apontado como o criador da distinção entre "direitos fundamentais" e "garantias institucionais". Aqueles se caracterizariam como direitos incondicionados, típicos do indivíduo e invioláveis pelo Estado; já estas, nas palavras de Nicolau Pérez Serrano (1984: 674), "*son derechos que se reconocen a determinadas instituciones, como ya el propio nome indica, y no afectan a los Individuos, o a lo sumo repercuten oblicua e indirectamente en ellos; no pueden valer contra el Estado, sino para su adecuado funcionamiento; no se conciben antes ni por encima del Estado, sino dentro de él, y no implican órbita previa de competencia ilimitada, sino radio de acción, más o menos amplio, marcado por la Constitución; se trata, en suma, de protección especial dispensada por el poder constituyente a instituciones*

que no conviene dejar entregadas a veleidades de la Ley ordinaria".

Pontes de Miranda (1987: 396/397; ver tb. Canotilho & Moreira, 1991: 110 e 163) ensina-nos que a liberdade pessoal não é instituição estatal que exija garantias. É direito fundamental, supra-estatal, que os Estados não podem desrespeitar. Quanto à propriedade privada, "é instituição, a que as Constituições dão o broquel da garantia institucional". Inexiste um conceito fixo da propriedade e "nem seria possível enumerar todos os direitos particulares em que se pode decompor, ou de que transcendentemente se compõe, porque da instituição apenas fica, quando reduzida, a simples e pura patrimonialidade". Está vedado apenas ao legislador extinguir o instituto jurídico, com o direito de propriedade. Lembra o jurista alagoano que o direito de propriedade é garantido quanto ao sujeito, que o tem, já que assegura, em caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou interesse social, a pretensão à indenização prévia; sendo o seu conteúdo e os seus limites suscetíveis de mudança em virtude de legislação, assim como o seu exercício.

A idéia de um direito supra-estatal deve ser encarada com cautela. Embora se possa afirmar que os direitos podem se consolidar historicamente como "fundamentais", somente com o seu reconhecimento pela Constituição é possível considerá-lo formalmente positivado. Se uma Constituição é feita com "os faróis voltados para trás", como costuma dizer José Gláucio Veiga¹, ela é con-

¹ Em notas tomadas durante as aulas da disciplina "Direito Econômico", do curso de mestrado em direito da Universidade Federal de Pernambuco, ministrada pelo supra citado jurista.

denada pela história e pela sociologia, não pelo direito. Isso não significa dizer que o jurista deva ignorar a história ou a sociologia, pois do contrário, tudo o que estuda torna-se passível de inutilidade. Levada a sério, a Constituição pode ajudar concretamente a evolução da sociedade. Embora não se deva esquecer que um interesse jurídico supra-estatal do Primeiro Mundo tende a ser mais "supra-estatal" que um interesse jurídico supra-estatal latino-americano...

A propriedade consiste no anteparo constitucional entre o domínio privado e o público, havendo a sua tutela constitucional em razão da limitação imposta ao Estado no campo econômico, pois a apropriação particular dos bens econômicos não pode ser sacrificada. Tanto que a mutação subjetiva que a desloque do particular para o Estado somente pode ocorrer mediante desapropriação nos termos da lei, conforme a necessidade de utilidade pública ou interesse social, após prévia indenização (cf. art. 5º, XXIV). "O Texto Constitucional, ao dar independência à proteção da propriedade, tornando-a objeto de um inciso próprio e exclusivo, deixa claro que a propriedade é assegurada por si mesma, erigindo-se em uma das opções fundamentais do Texto Constitucional, que assim repele modalidades outras de resolução da questão dominial como, por exemplo, a coletivização estatal" (Bastos, 1989: 193).

A garantia institucional da propriedade pode ensejar a criação de direitos e deveres para o indivíduo e para a sociedade (cf. Serrano, 1984: 675). Inexiste propriamente compartimentos estanques e incomunicáveis entre os direitos e garantias fundamentais. O direito é dinâmico e não se prende apenas ao que foi expressamente exposto

no Texto Constitucional, como ele mesmo reconhece no seu art. 5º, § 2º, ao determinar que 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. Princípio da Função Social da Propriedade

3.1. Função Social da Propriedade como Base Constitucional da Propriedade Privada

A norma constitucional não consegue abranger todas as formas nas quais a instituição da propriedade se manifesta, até pela própria dinâmica do sistema capitalista. Mas a instituição da propriedade é uma só, incidindo sobre tudo o que for economicamente apreciável e apropriável pelo indivíduo (em sentido contrário, ver Grau, 1990: 248).

A propriedade tem duas faces. Têm-se as propriedades estáticas e as propriedades dinâmicas.

As propriedades estáticas referem-se às propriedades imobiliárias, os créditos e as relações jurídicas delas derivadas para os seus titulares, que são regidas eminentemente pelo Código Civil (Vaz, 1993: 145). Já as propriedades dinâmicas estão relacionadas com as atividades econômicas, industriais e comerciais, que se destinam "a produzir e promover a circulação, a distribuição e consumo de bens", estando sua regulamentação parcialmente assentada em outros diplomas le-

gais (Vaz, 1993: 145). Estas tratam diretamente dos bens de produção, enquanto que aquelas, dos bens de consumo.

E lembra Isabel Vaz (1993: 151):

“Retirar o capital, os bens de produção do estado de ócio (aspecto estático), consiste, pois, em utilizá-los em qualquer empresa proveitosa a si mesma e à comunidade. É dinamizá-los para produzirem novas riquezas, gerando empregos e sustento aos cooperadores da empresa e à comunidade. É substituir o dever individual, religioso, de dar esmola pelo dever jurídico inspirado no compromisso com a comunidade, de proporcionar-lhe trabalho útil e adequadamente remunerado”.

Há um núcleo mínimo de propriedade privada, essencial à preservação da dignidade humana e do acesso material aos bens da educação, cultura, segurança, moradia etc. (Vaz, 1993: 48). Nesse caso, configura-se um direito fundamental à propriedade, consagrado no art. 5º, caput, da nossa Constituição. A Constituição preserva, assim, o acesso do indivíduo à propriedade, como instrumento de manutenção de sua sobrevivência mínima. E, ao mesmo tempo, reconhece a garantia institucional da propriedade.

Já o direito de propriedade, configurado no art. 5º, inciso XXII, estabelece um direito individual, que confere soberania (bastante relativa) ao indivíduo ao dispor, usufruir e gozar das comodidades dos bens que legitimamente possuir. In casu, inexistente uma inviolabilidade e um caráter sacro no direito de propriedade, podendo ou não estar limitado pela legislação infraconstitucional. O seu

exercício é extremamente condicionado pelas leis do Estado, que esvaziaram em muito a plenitude do art. 524 e seguintes do Código Civil.

No art. 5º, inciso XXIII, declara expressamente a existência do princípio constitucional fundamental da função social da propriedade, que se encontra também exposto no art. 170, III, elencado entre os princípios da ordem econômica. Como já dissemos, em outra oportunidade (cf. França, 1997a: 486), os princípios constitucionais expostos no art. 5º são princípios constitucionais fundamentais, plenamente eficazes e vinculantes da conduta do indivíduo e do Estado.

Segundo Eros Roberto Grau (1990: 247), enquanto a propriedade é encarada como instrumento, como uma garantia da subsistência individual e familiar, tem uma função individual, isenta da função social, limitada tão somente pelo poder de polícia estatal, que estaria relacionada com o art. 5º, inciso XXII, da Carta Magna. Estando a propriedade relacionada com os bens de produção, teríamos não um direito de propriedade, mas uma propriedade-função, perdendo sua condição de direito e passando a de dever, estando assentada no texto constitucional no art. 170, inciso III, da Constituição. Lembra ainda o jurista (Grau, 1990: 247):

“(...) quanto à inclusão do princípio da garantia da propriedade privada dos bens de produção entre os princípios da ordem econômica, tem o condão de não apenas afetá-los pela função social - conúbio entre os incisos II e III do art. 170 - mas, além disso, de subordinar o exercício dessa propriedade aos ditames da justi-

ça social e de transformar esse mesmo exercício em instrumento para a realização do fim de assegurar a todos existência digna”.

Não há, segundo Eros Roberto Grau (1990: 244), possibilidade em se considerar o princípio da função social da propriedade como elemento isolado da propriedade privada, pois afinal, a “alusão à função social da propriedade estatal qualitativamente nada inova, visto ser ela dinamizada no exercício de uma função pública”.

Isabel Vaz (1993: 154) não aceita o critério proposto por Grau para se identificar juridicamente a incidência do princípio da função social da propriedade. E assim se manifesta:

“O direito subjetivo do proprietário dos bens de produção, da “propriedade dinâmica”, ao contrário do que afirma Eros Grau, não pode ser considerado abolido simplesmente porque a empresa privada tem uma função social a cumprir. Esta função impõe compromissos e deveres ao acionista controlador, conforme o artigo 170, caput, e inciso III da Carta vigente e ainda nos termos do parágrafo único do artigo 116 da Lei 6.404/76, mas não lhe retira a qualidade de titular de direitos subjetivos sobre os lucros ou os dividendos resultantes da atividade empresarial. Caso contrário, não se justificariam a inserção da ‘livre iniciativa’ no caput do citado artigo 170 nem do princípio da ‘propriedade privada’ no inciso II do mesmo dispositivo”.

Assim nos posicionamos quanto à questão.

O tratamento constitucional das propriedades estáticas e dinâmicas não seguem, evidentemente, o mesmo

ritmo. Mas destacar a função social da propriedade das propriedades estáticas não nos parece acertado. Alerta Isabel Vaz (1993: 153):

“A interpretação mais adequada, a nosso ver, seria considerar tanto a propriedade estática quanto a dinâmica submetidas ao preceito da função social, que não acarreta, em nenhuma das hipóteses, a supressão do princípio constitucional garantidor do direito à propriedade privada. Existem, evidentemente, limitações ‘de direito privado’ e limitações de ‘direito público’, conceituadas como gênero, das quais as espécies ‘restrições’ limitam o seu caráter absoluto; as ‘servidões’ limitam o caráter exclusivo e as ‘desapropriações’, o caráter perpétuo do direito de propriedade”.

A função social é intrínseca à propriedade privada. As concepções individualistas sucumbiram ante à força das pressões sociais em prol de sua democratização. Pode-se dizer que não basta apenas o título aquisitivo para conferir-lhe legitimidade: é preciso que o seu titular, ao utilizar o feixe dos poderes - absolutos, amplos ou restringidos - integrantes do direito de propriedade, esteja sensibilizado com o dever social imposto pela Constituição Federal (França, 1995: 10).

Sem o atendimento da função social que lhe foi imposta pela Constituição, a propriedade perde sua legitimidade jurídica e o seu titular, no nosso entender, não pode mais arguir em seu favor o direito individual de propriedade, devendo se submeter às sanções do ordenamento jurídico para ressocializar a propriedade.

A inclusão do direito individual de propriedade entre os direitos fundamentais, no texto constitucional, foi

um grave equívoco do constituinte. Somente o direito à propriedade tem natureza compatível com os direitos fundamentais, por ser inviolável e incondicionado. O disposto no art. 5º, XXII, deve ser interpretado como uma especificação complementar e acessória de um dos aspectos da garantia institucional da propriedade, estabelecida no *caput* do dispositivo constitucional supracitado.

O princípio fundamental da função social da propriedade constitui, no nosso entender, o alicerce constitucional do regime jurídico-constitucional da propriedade, estando todos os demais princípios e regras constitucionais a ele submetidos, inclusive o princípio da propriedade privada estabelecido no art. 170, II, da Lei Maior. Se o constituinte desejasse colocar o princípio da apropriação privada dos bens econômicos como superior ao da função social, deveria tê-lo posto como princípio constitucional fundamental, o que seria histórica e sociologicamente irreal. Como nos ensina J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (1991: 49), os "princípios são núcleos de condensação nos quais confluem os bens e valores constitucionais, i. é, são expressão do ordenamento constitucional e não fórmulas apriorísticas contrapostas às normas".

Não vemos no art. 5º da Carta Magna uma inserção do princípio da propriedade privada, mas sim da instituição da propriedade, submetida ao princípio da função social da propriedade. Somente se insistirmos numa concepção individualista da propriedade, fulminada pela Constituição e pelos fatos, é possível se admitir que a função social constitui um elemento acessório da propriedade privada. Nem se fale que ao inserir a instituição da propriedade, o constituinte pôs no núcleo fundamental

da Constituição o princípio da propriedade privada. A propriedade privada e a função social da propriedade, quando encaradas como princípios, se postos no mesmo patamar hierárquico, produzem uma contradição sem solução. Um ou outro assume um caráter acessório, no nosso entender. Optamos em colocar a função social da propriedade como princípio superior ao da propriedade privada, já que é justamente aquela o núcleo de sustentação e estabilidade da instituição da propriedade nos dias atuais. "A grande contradição dialética das Constituições na área das propriedades está em resolver, por **adjetivos** o que pede solução através de **substantivos**. (...) Na abóbada constitucional a chave que sustenta esta cúpula é a **propriedade privada** que dia a dia torna-se menos individual e mais social, menos **privada** e mais **associativa**" (José Gláucio Veiga, em parecer gentilmente prestado em razão de consulta por nós formulada sobre o tema a respeito do qual estamos a discorrer).

Mas a relativização e alteração do núcleo normativo tradicional empreendido pelo texto constitucional não implica uma abolição da propriedade, ou uma tendência em prol de sua coletivização.

O princípio da função social tem como objetivo conceder legitimidade jurídica à propriedade privada, tornando-a associativa e construtiva (cf. França, 1997b: 485) e, por conseguinte, resguardar os fundamentos e diretrizes fundamentais expostos nos arts. 1º e 3º da Carta Magna, bem como os demais fundamentos e diretrizes constitucionais relacionados com a matéria (cf. França, 1997a: 475 e 478).

Cabe ao princípio da função social, enfim, dar a estabilidade necessária à propriedade privada, tutelando sua

integridade jurídica e procurando tornar sua existência sensível ao impacto social do exercício dos poderes concedidos ao titular do domínio. A função social da propriedade informa, direciona, instrui e determina o modo de concreção jurídica de todo e qualquer princípio e regra jurídica, constitucional ou infraconstitucional, relacionada à instituição jurídica da propriedade.

Imputar uma função social à propriedade não significa estabelecer um direito ou um dever ao bem. "O capital não é sujeito de direitos e deveres, que apenas mediamente lhes podem ser impostos como funções a cumprir, através do reconhecimento e da imposição de direitos e deveres ao seu titular" (Vaz, 1993: 149).

Segundo Celso Ribeiro Bastos (1989: 194), a função social da propriedade "nada mais é do que o conjunto de normas da Constituição que visa, por vezes até com medidas de grande gravidade jurídica, a recolocar a propriedade na sua trilha normal". Para o jurista, há o predomínio do critério econômico no conteúdo da função social da propriedade, abrangendo a mesma as sanções determinadas e aceitas na Constituição ao uso deturpado e degenerado, no que vai de encontro à Ordem Jurídica. Tais sanções referem-se às decorrentes do atentado das normas do poder de polícia, ou então à perda da propriedade na forma da Constituição Federal. A função social da propriedade careceria de um regime único haja vista a diversidade de domínios nos quais se manifesta a propriedade, dependendo sua eficácia de uma rígida e expressa regulamentação constitucional e infraconstitucional.

Por esses critérios teríamos a função social da propriedade como um elemento acessório, expresso e corretor. Uma retificação dos desvios tomados por sua utiliza-

ção excessivamente individualista e não conciliada com o interesse social. Um fator que determina claramente o que se considerará danoso à coletividade no exercício do feixe de poderes decorrentes do direito de propriedade. Enfim, mais um instrumento de harmonização da propriedade privada, como "direito fundamental", com a sua destinação social, não servindo, na sua ausência, como uma justificativa que lhe retire sua legitimidade. Nesse sentido, somente o direito agrário teria conseguido regulamentar a função social da propriedade no direito positivo (França, 1995: 11).

Todavia, entendemos (cf. França, 1995: 11) que a função social da propriedade não pode ser confundida com os sistemas de limitação de propriedade, ou seja, a afetação de seus caracteres tradicionais (direito absoluto, exclusivo e perpétuo). Dizem, sim, respeito ao exercício do direito, ao proprietário, e, não à estrutura interna do direito à propriedade, estando sim subordinados à função social da propriedade, como bem leciona José Afonso da Silva (1991: 294):

"(...) a função social da propriedade se modifica com as mudanças na relação de produção. E toda vez que isso ocorrer, houvera transformação na estrutura interna do conceito de propriedade, surgindo nova concepção sobre ela, de tal sorte que, ao estabelecer expressamente que a propriedade atenderá a sua função, mas especialmente quando o reputou princípio da ordem econômica, ou seja: como um princípio informador da constituição econômica brasileira com o fim de

assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, II e III), a Constituição não estava simplesmente preordenando fundamentos às limitações, obrigações e ônus relativamente à propriedade privada, princípio também da ordem econômica, e, portanto, sujeita, sô por si, ao cumprimento daquele fim. Pois, limitações, obrigações e ônus são externos ao direito de propriedade, vinculando simplesmente a atividade do proprietário, interferindo tão-só com o exercício do direito, os quais se explicam pela simples atuação do poder de polícia”.

A norma constitucional que dispõe sobre a função social da propriedade possui aplicabilidade imediata, pois “tem plena eficácia, porque interfere com a estrutura e o conceito da propriedade, valendo como regra que fundamenta um novo regime jurídico desta, transformando numa instituição de direito público, especialmente, ainda que nem a doutrina nem a jurisprudência tenham percebido o seu alcance, nem lhe dado aplicação adequada, como nada tivesse mudado” (1991: 250). Entretanto, os princípios esculpidos na Lei Maior precisam materializar-se de modo mais consistente no direito positivo.

Apesar de a Constituição Federal ter vinculado a propriedade à sua função social, é preciso que o operador jurídico se disponha a construir meios para a consecução do escopo fundamental da República que é o bem-estar social. Nada vale existência do formal sem o material (cf. Souto, 1992: 17).

3.2. Princípio da Função Social da Propriedade e as Regras Constitucionais Programáticas.

O Princípio da Função Social da Propriedade tem sido posto por importante parcela da doutrina como uma norma constitucional programática (como por exemplo, Barroso, 1993: 173). Fruto talvez da grande controvérsia que naturalmente gira em torno da regulamentação jurídica da propriedade privada.

Cabe mais uma vez lembrar o enunciado do art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, ao determinar inequivocamente que as normas constitucionais definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Cláusula que não deve ficar restrita ao art. 5º, devendo ser interpretada como vinculante para os demais direitos e garantias expostos no texto constitucional, no Título II, sob o enunciado de “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Os princípios constitucionais e as chamadas “normas constitucionais programáticas” não podem ser colocados indiscriminadamente na mesma categoria. As diretrizes constitucionais propostas no texto constitucional podem vir ligadas tanto a princípios como a regras constitucionais (ver França, 1997a: 477/478). Mas nunca um princípio pode estar restrito a indicar singelamente uma diretriz.

A diretriz constitucional apenas se limita a propor um objetivo que será imposto pela norma constitucional. Se um dispositivo constitucional se limita a estabelecer uma diretriz, sem indicar expressamente os meios jurídicos necessários para sua realização, a Constituição, ao nosso ver, está remetendo ao ordenamento jurídico como um

todo a tarefa de concretizá-lo. Como bem ensina Eros Roberto Grau (1990: 181), "jamais se aplica uma norma jurídica, mas sim o Direito, não se interpretam normas constitucionais, isoladamente, mas sim a Constituição, no seu todo". Nesse caso, temos uma regra constitucional programática, cuja eficácia está vinculada à concreção de todo ordenamento jurídico-constitucional.

A rigor, nenhuma norma constitucional tem eficácia enquanto não houver a concretização normativa do texto constitucional (Neves, 1994: *passim*; ver tb. França, 1997c: 13/14).

O princípio constitucional pode ou não abranger um conteúdo programático. Contudo, sua eficácia e aplicabilidade não podem estar condicionadas à regulamentação ulterior. Se o princípio consagra uma diretriz, a diretriz se torna plenamente exigível e juridicamente imperativa, independentemente de regulamentação infraconstitucional.

Os princípios constitucionais são normas constitucionais hierarquicamente privilegiadas, nas quais o fundamento e/ou diretriz constitucionais se encontram imperativamente determinadas, objetivando o seu conteúdo e tornando-o concretizável juridicamente (França, 1997a: 480). "A norma que dita um princípio constitucional não se põe à contemplação, como ocorreu em períodos superados do constitucionalismo; põe-se à observância do próprio Poder Público do Estado e de todos os que à sua ordem se submetem e da qual participam" (Rocha, 1994: 26).

Os princípios fundamentais da Constituição, dentre eles o da função social da propriedade, não podem ter sua aplicabilidade comprometida por uma regra remissiva ou programática. Se os elementos principiológicos essenci-

ais do ordenamento jurídico-constitucional são apenas programáticos, dependendo de regulamentação infraconstitucional, é deixar à arbitrária discricção do legislador, do administrador e do juiz a decisão de aplicar ou não o princípio constitucional.

Os princípios constitucionais não necessitam de regulamentação infraconstitucional para se fazer valer no ordenamento jurídico-constitucional. Constituem os pontos de direção, sistematização e controle do processo de concretização do texto constitucional, que tornam viáveis a determinação objetiva dos conceitos, fundamentos e diretrizes diante do caso concreto posto à apreciação do operador jurídico.

Também não se constituem em "programas" para o operador jurídico, já que o princípio constitucional representa justamente a objetivação das diretrizes e fundamentos constitucionais.

A técnica constitucional de estabelecer fins sem indicar os meios, sob a forma de regras programáticas e remissivas é fenômeno bastante presente na época contemporânea. "Se o econômico, cada dia, juridiciza-se intensamente, ou seja, exige uma multiplicidade de leis, regulamentos, instruções, portarias, etc., implicando uma proeminência do Poder Executivo, por outro lado, o D. Econômico 'desjuridiciza' no sentido de estabelecer uma relação de oposição com a chamada 'segurança do Direito', a 'certeza del diritto' dos italianos" (Veiga, s/d: 3). O que tem provocado a expansão da atividade legislativa para o Poder Executivo, e, por conseguinte, do poder discricionário posto à sua disposição (França, 1997c: 40).

A tarefa do princípio é ordenar a utilização e concre-

tização dos meios e fins jurídicos postos à disposição do operador jurídico. Colocar os mandamentos nucleares do sistema jurídico como meros "programas" e sujeita à "remissões" a legislação hierarquicamente inferior, é tornar precários e inconsistentes os alicerces da própria ordem jurídica. Os princípios não foram feitos para serem apenas contemplados, mas sim aplicados e concretizados na realidade social, determinando objetivamente as diretrizes e os fundamentos que devem ser efetivamente obedecidos no processo de concretização do ordenamento jurídico posto.

Se a função social da propriedade serve apenas para a contemplação da sociedade, não vinculando e nem podendo vincular objetivamente a concretização do regime jurídico-constitucional da propriedade, então ela é inútil juridicamente, representando um discurso retórico e mítico.

Se a concretização dos direitos e garantias fundamentais encontra-se emperrada por uma regra remissiva ou programática, esta padece do vício de inconstitucionalidade (Saraiva, 1993: 31). Portanto, um princípio não deve estar condicionado por esta também.

Isso não significa dizer que a aplicação do princípio fundamental da função social da propriedade possa se dar na ausência de parâmetros jurídicos. Esses existem e são construídos e sistematizados em todo o ordenamento jurídico, segundo as prescrições normativas da Constituição.

Diante da resistência do Estado ou do particular em obedecer ao determinado pelo princípio fundamental da função social da propriedade para o caso concreto, ao

tolerar ou empreender a utilização anti-social do direito individual de propriedade, comprometendo a estabilidade da garantia institucional da propriedade ou negando o direito fundamental à propriedade, cabe ao prejudicado ou ao Estado ingressar, pedir a tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV, da CRFB), ou mesmo, implementar os instrumentos jurídicos postos no ordenamento jurídico (servidões, limitações, desapropriação) para a delimitação da propriedade; havendo falta de dispositivo regulamentador para o caso concreto, o prejudicado pode impetrar o Mandado de Injunção (art. 5º, LXXI, da CRFB).

Inexiste desculpa legal para a omissão do Judiciário em concretizar a função social da propriedade. O art. 5º, da Lei de Introdução ao Código Civil, estabelece expressamente que na aplicação da lei, "o juiz atenderá os fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum", devendo ainda, na omissão da lei, decidir o caso conforme a analogia, os princípios gerais do direito e os costumes (art. 4º, do mesmo diploma legal).

O art. 126, do Código de Processo Civil, estabelece que o juiz não pode se eximir em sentenciar ou despachar alegando lacuna e obscuridade da lei. Não deseja o dispositivo que deva haver a substituição do legislador pelo juiz², mas sim, a justa adequação da lei com todo o ordenamento jurídico posto. Como bem lembra O Ministro Sálvio de Figueiredo Texeira (apud Negrão, 1995: 161):

2. "Não pode o juiz, sob alegação de que a aplicação do texto da lei à hipótese não se harmoniza com o seu sentimento de justiça ou equidade, substituir-se ao legislador para formular ele próprio a regra de direito aplicável. Mitigue o juiz o rigor da lei, aplique-a com equidade e equanimidade, mas não a substitua pelo seu critério" (STF - RBDP 50/158, apud Theotônio Negrão, 1995: 161).

"A interpretação das leis não deve ser formal, mas sim, antes de tudo, real, humana, socialmente útil. (...) Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando contra legem, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum".

Não é tarefa do presente trabalho fazer uma análise do Mandado de Injunção e de suas potencialidades. Apenas identificamos nessa garantia constitucional uma grande contribuição do constituinte para a concretização da função social da propriedade, ainda não explorada pelos nossos tribunais.

Outra ressalva a ser feita é a de que os princípios constitucionais não constituem elementos subsidiários à interpretação da norma constitucional. Todo o processo de concretização da norma constitucional deve partir justamente do princípio, para que se possa dar à norma individual a ser produzida no caso concreto a necessária coerência e adequação com o ordenamento jurídico posto.

Se há demanda por uma regra *in concreto* para a aplicação setorizada do princípio constitucional, e por conseguinte, dos direitos constitucionais por ele informado, o próprio ordenamento concede o Mandado de Injunção, para que o prejudicado possa vir até o Poder Judiciário, que tem a última palavra na resolução dos conflitos sociais de relevância jurídica, pedir a tutela jurisdicional sob a forma do suprimento da ausência de norma regulamentadora que viabilize o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Medida que seria interes-

sante para a concretização do direito fundamental à propriedade.

Embora o Mandado de Injunção não tenha sido bem aceito pelo Supremo Tribunal Federal (Saraiva, 1993: 48/50), resta-nos aguardar por uma nova apreciação da jurisprudência quanto a essa garantia constitucional, quando, certamente, descobrirá a força que recusou a aplicar.

Há uma importante ressalva a ser feita. Se há norma constitucional definindo *in concreto* o conteúdo que a função social da propriedade deve assumir, não há espaço para uma interpretação que lhe seja diretamente divergente. Se o constituinte definiu que a propriedade rural, onde estejam presentes os requisitos do art. 186 da Constituição (aproveitamento racional e adequado do solo; utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; observância das disposições que regulam as relações de trabalho; e, a exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores), e a propriedade urbana, ao atender as exigências do plano diretor do Município (art. 182, § 2º, da Constituição) estão cumprindo sua função social, não há razão útil para propor um conteúdo diferente para o caso concreto. A não ser, numa reformulação desses conceitos, através de emenda à Constituição, pois afinal, esses não estão afastados do Poder de Reforma (art. 60, § 4º, da CRFB).

O que é isento de qualquer reforma constitucional é o princípio constitucional fundamental da função social da propriedade, preceito basilar, essencial e estabilizador da instituição da propriedade.

4. Conclusão

“Sem uma mudança estrutural do conceito e das bases da propriedade, jamais haverá desenvolvimento e justiça social”, leciona Paulo Lopo Saraiva (1993: 44). A eficácia e a concretização da função social da propriedade passa pela reformulação material das estruturas do instituto da propriedade. É preciso a edificação de uma nova concepção da propriedade, de uma nova tutela processual para esse direito, de mecanismos que possam representar a material, além da formal, democratização do acesso à propriedade.

Esses são os elementos indispensáveis, ao nosso ver, na busca de melhores parâmetros para a normatização e aplicação do direito de propriedade e de sua indissociável função social. Trata-se de um esforço lento e gradual, no qual deve se comprometer o operador jurídico, de desbravar os caminhos traçados pela Lei Fundamental para a propriedade, para reconciliá-la com sua destinação social.

A função social da propriedade representa um dos pontos fundamentais da estabilidade da ordem econômica, pois sua ausência enseja o abuso e o comprometimento da própria legitimidade jurídica da propriedade.

Na ordem econômica atual, a propriedade privada encontra um sentido cada vez mais relativizado, exigindo do operador do direito sua inserção no ordenamento jurídico positivo como um fato disciplinado não só pelo direito privado, e cada vez mais relativizado pelo direito público.

A propriedade privada dissociativa representa um foco de instabilidade nas relações entre os sujeitos econômicos, ao retirar a legitimidade jurídica da disposição

do bem economicamente apreciável (ver França, 1997b: 481/482).

A sociedade confere ao Estado, através da concessão de vários mecanismos legais, prescritos na lei constitucional e infraconstitucional, poderes de intervenção na propriedade privada que tem inobservado sua função social, para retificar o curso social de sua disposição.

O princípio da função social da propriedade legitima juridicamente a intervenção do Estado na propriedade em todos de seus diversos graus: da limitação do exercício do direito de propriedade até a própria expropriação.

Reiteramos aqui nossa advertência, já exposta anteriormente (França, 1995: 13):

“Nós defendemos a existência da propriedade privada pois acreditamos na livre iniciativa. Mas o direito de propriedade não pode servir como um instrumento de marginalização da esmagadora maioria do povo brasileiro. A atual sistemática da propriedade, embora a função social esteja prevista expressamente na Carta Magna como elemento fundamental da propriedade e da ordem econômica, induz necessariamente à instabilidade institucional e social brasileira, ameaçando não só a subsistência dos trabalhadores excluídos da sociedade, mas também, da própria propriedade privada. Não é preciso suprimi-la, pois ainda constitui o melhor instrumento para a produção de riqueza: **faz-se indispensável à sociedade brasileira reconhecer a função social da propriedade como um princípio essencial à própria existência da propri-**

idade, bem como da Ordem Econômica, em outras palavras, concretizar o bem-estar social exigido pela Constituição Federal para preservar sua própria estabilidade.

A função social da propriedade não constitui sacrifício à propriedade privada, mas sim a garantia mais sólida de sua manutenção pacífica”.

5. Referências Bibliográficas

- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes & MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CUNHA, Sérgio Sérvulo da. A Nova Proteção Possessória. In: CHAGAS, Sílvio Donizete (org.). *Lições de Direito Civil Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Função Social da Propriedade na Constituição Federal. In: *Revista Jurídica In Verbis* - 1/1, Natal, UFRN/CCSA/Curso de Direito, maio/junho de 1995. pp. 7/13.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Questões sobre a Hierarquia entre as Normas Constitucionais na Constituição de 1988. In: *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 2, n. 4, abr/jun. pp. 467/495, 1997.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. Instituição da Propriedade e sua Função Social. In: *Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Pernambuco*, v. 2, n. 6. pp. 457/488, 1997.
- FRANÇA, Vladimir da Rocha. *Discrecionabilidade e Estado Intervencionista - Aspectos Constitucionais e Administrativos*. Natal: mimeo, 1997c.
- GRAU, Eros Roberto. *Ordem Econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e Crítica)*. São Paulo: RT, 1990.
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda Nº 1 de*

1969. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. Tomo V.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____. *Código Civil e Legislação Civil em Vigor*. São Paulo: Malheiros, 1992.
- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- OLIVEIRA, Juarez de. *Constituição da República Federativa do Brasil - Promulgada em 5 de Outubro de 1988*. 14 ed. Atual. São Paulo: Saraiva, 1996.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Princípios Constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- SARAIVA, Paulo Lopo. *A Constituição deles não é a nossa*. Natal: Cooperativa Cultural, 1993.
- SERRANO, Nicolás Pérez. *Tratado de Derecho Político*. 2 ed. Madrid: Civitas, 1984.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 7 ed. rev. amp., São Paulo: RT, 1991.
- SOUTO, Cláudio. *Ciência e Ética no Direito - Uma Alternativa de Modernidade*. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- VAZ, Isabel. *Direito Econômico das Propriedades*. 2 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1993.
- VEIGA, José Gláucio. *A Constituição Econômica*. Recife: mimeo, s.d.
- VEIGA, José Gláucio. *Direito Econômico*. Recife: mimeo, s/d.

PRÁTICA

**PARECER. MANDATO.
ADMINISTRADOR. PODERES
GERAIS E ESPECIAIS.
INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE
MANDATO. RATIFICAÇÃO.**

Humberto Theodoro Júnior

*Professor Titular da Faculdade de Direito da UFMG.
Desembargador Aposentado do TJMG. Doutor em Direito.
Advogado.*

CONSULTA

Recebi da empresa consultante, F. M. S.A. I e C., através de seu ilustre advogado, Dr. J. B. dos S., o relatório que se segue para fins de parecer jurídico.

Relatório do Caso M..

Em junho/98, a Empresa F. M. S.A. I e C., de um lado, e de outro, S. J. M., produtor rural, iniciaram tratativas no sentido de realizar operação de compra e venda de fertilizantes para as safras de 1.998/1.999 a 2.002/2.003.

Como garantia dos negócios a serem realizados, fora constituída uma hipoteca em primeiro grau, sobre o Imó-

vel constante da Escritura Pública lavrada no Cartório do 3º Tabelionato de Notas de Rondonópolis - MT, de fls. 043/045Vº do Liv. 116.

A presente escritura fora assinada por procurador, Sr. D. H. P. B., conforme Instrumento de poderes de 12.09.96, lavrado às fls. 130 do Lv. 081, onde também constavam outros dois procuradores.

Foram realizadas as vendas, e emitidas as competentes faturas e duplicatas respectivas, aceitas em sua maioria pelo Sr. M. N. C., genro do devedor, o qual possuía poderes para tanto, conforme infere-se das diversas procurações que lhe foram outorgadas.

Cumpra neste momento ressaltar que o Sr. SÉRGIO delegou poderes de gerência no total para quatro pessoas:

- D. H. P. B. (contador);
- S. C. (gerente);
- M. M. C. (filha);
- M. N. C. (genro).

Tais pessoas administram e gerenciam a quase totalidade dos negócios do Devedor, realizando compra, vendas, tocando a produção etc., sendo certo que o Sr. Sérgio praticamente afastou-se dos negócios administrativos, ficando mais próximo da produção (fazendas), inclusive no exterior (Bolívia).

Após realizadas diversas vendas, que ultrapassaram o valor da garantia prestada, fora acertada entre as partes a novação da dívida, traduzida essa em dois Instrumentos de Confissão de Dívidas com garantia de entrega de determinada quantidade de feijão-soja, ou seja, substituí-se

a obrigação de pagar (duplicatas mercantis) pela Entrega de Coisa Incerta (Feijão-soja).

Os instrumentos de Confissão foram assinados pelo Sr. M. N. C., genro do Devedor, e avalizadas pelo Sr. E. M., irmão do mesmo, tendo como uma das testemunhas o Sr. D., que fora quem na qualidade de procurador assinou a escritura de hipoteca.

Vencidas as dívidas, e não pagas, a Empresa protestou apenas alguns títulos, os quais posteriormente quitados, tendo o Devedor buscado uma composição do seu débito através da entrega de contratos futuros de algodão, os quais não foram aceitos.

Assim determinado pela Empresa fossem executados os títulos extrajudiciais, foram as respectivas iniciais (05 execuções - 03 por quantia certa e 02 para entrega de coisa incerta) protocoladas no dia 13.09.99, posteriormente fora desistido de uma e protocolada novamente, corrigidos os erros apurados.

Neste íterim, fora proposta pelo devedor uma **Ação Declaratória de nulidade de cláusula contratual cumulada com substituição de índice e execução de acordo de prorrogação**, sendo que a Empresa recebeu citação antes de serem propostas as Execuções.

Nessa Declaratória, em síntese, alegou o Requerente que teria adquirido da Requerida determinada quantidade de adubo conforme relação de pedidos constante da exordial, e que o preço pelos produtos teria sido fixado em dólar americano, por imposição da Ré.

Que por ocasião da Compra e Venda, o Requerente teria constituído hipoteca sobre um imóvel rural, através da escritura pública de constituição de hipoteca, em ga-

rantia do pagamento da obrigação, bem como, posteriormente, fora-lhe exigida uma confissão de dívida, obrigando-se pela entrega de produtos (Feijão-soja) que não existiam.

Alega ainda, que haveria sido acordado entre as partes, na citada escritura, a prorrogação dos vencimentos estabelecidos em caso de alguma frustração ou força maior, divididos em até três anos.

Que devido a fatores alheios a sua vontade, teria sua capacidade de pagamento imediato comprometida, sendo que a Requerente não teria cumprido o contratado, não promovendo a prorrogação do vencimento, e ainda tiveram de resgatar diversas duplicatas, e que teria sido ameaçado pelo Requerente de novos protestos, ajuizamento de execuções etc.

Alega a nulidade da contratação de pagamento em moeda estrangeira, o desequilíbrio contratual, e a **ineficácia de uma das confissões de dívida, não citando a outra em momento algum.**

Requeru a revisão dos valores pactuados, fixando-os com base nos valores estabelecidos nos pedidos e notas fiscais, e respectivas faturas e duplicatas.

Fosse substituído o indexador (Dólar por INPC), declarada a ineficácia da confissão de dívida, e a obrigatoriedade da repactuação do saldo credor da Requerida, nos termos da Escritura hipotecária.

Em nossa Contestação, alegamos:

- Preliminares d'inépcia da inicial e Carência de ação;
- Inexistência de acordo de prorrogação;

- Fixação dos preços dos produtos e emissão das duplicatas pelos valores constantes das respectivas faturas, e a concordância do Autor, em sua Exordial, com tais fatos;
- Inexistência de desequilíbrio contratual;
- Novação, traduzida na confissão de dívida, e sua legitimidade, liquidez, certeza e exigibilidade.

Impugnando nossa contestação, entre outras coisas, inovou o Autor, alegando que quem assinou a confissão de dívida não possuía poderes para confessar ou contrair dívidas, alegando tratar-se na verdade de mero reforço de garantia, já previsto na cláusula Segunda da hipoteca.

Posteriormente, volta à tona na nulidade e ineficácia do Instrumento de novação, porque o procurador não possuiria poderes para tanto, estando desprovido de procuração. Alegando inclusive que não existiria qualquer mandato outorgado ao Subscritor, "desafiando" a Requerida a juntar aos Autos o Instrumento de mandato.

"Suspensão" o andamento da Declaratória em decorrência de Impugnação ao valor da Causa, fora o Sr. Sérgio citado das execuções.

Nas três execuções por quantia certa, ofereceu o imóvel hipotecado, em garantia do juízo para poder Embargar as mesmas, sendo que até o presente momento não decorreu o prazo do Devedor.

Nas duas execuções para entrega de coisa incerta, alegou EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, por não ser o título líquido, certo e exigível em decorrência do subscritor, Sr. M. C., não possuir poderes expressos para confessar e contrair débitos, pois que o Executado não

teria outorgado qualquer instrumento de mandato com poderes especiais ao signatário da confissão.

Alega, ainda, que não teria ratificado expressamente os atos praticados pelo signatário, pugnando pela nulidade da execução.

Isso posto, formulou o ilustre causídico, à vista dos documentos relativos às impugnações do mandante e do teor dos mandatos existentes, os seguintes quesitos:

1º Quesito:

M. N. C. tinha poderes, segundo as procurações públicas de 13.11.96, 3.1.97 e 2.4.97, para firmar a confissão de dívida de 28.12.98, em favor de F. M. S.A.?

2º Quesito:

O teor da escritura hipotecária, reconhecida pelo devedor, não permitiria concluir que a confissão de dívida já estava adrede autorizada pelo devedor (mandante)?

3º Quesito:

Caso não houvesse poderes, teria ocorrido ratificação através das informações trazidas pelo próprio executado na exceção de pré-executividade, bem como na ação declaratória proposta pelo devedor, contra a exequente, em data anterior às execuções?

PARECER

SUMÁRIO

1. Representação e mandato.
2. Poderes do mandatário.
3. Mandato geral e mandato em termos gerais.
4. Interpretação do mandato.
5. Excesso de mandato.
6. Ratificação do ato exorbitante do mandato.
7. Teoria do ato próprio.
8. O caso *sub examine*.
9. Conclusões.

1. Representação e mandato

Opera-se o mandato - segundo o art. 1.288 do Código Civil - "quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos, ou administrar interesses".

O traço característico dessa modalidade de negócio jurídico é a **representação**, que consiste no poder de uma

parte (mandatário) agir em nome de outra (mandante), praticando atos jurídicos, de modo a criar obrigações de terceiros para com o representado e desse para com terceiros, "como se o próprio mandante estivesse atuando como pessoa: *qui mandat ipse fecisse videtur*".¹

Se o contrato de mandato implica sempre representação, a recíproca não é verdadeira, já que o direito conhece muitas possibilidades de alguém atuar em nome de outrem sem ter recebido do representado uma voluntária outorga de poderes. Basta lembrar da representação dos filhos menores pelo pai ou dos interditos pelo curador, ou, ainda, do espólio e da massa falida pelo inventariante e pelo síndico, respectivamente, entre muitas outras situações similares. Em todas essas hipóteses, atos jurídicos são validamente praticados por quem não é titular do direito subjetivo exercitado, sem que esse os tenha voluntariamente autorizado. Como a representação pode provir da lei ou do contrato, diz-se que há representação **legal** e representação **voluntária** ou **convencional**.²

A representação, portanto, é um gênero, do qual o mandato é apenas uma das espécies, ou seja, aquela que provém de livre ajuste de vontade entre representado e representante.

Como toda relação contratual, o mandato tem um **objeto** que vem a ser **a prática de atos jurídicos**: uma parte se encarrega de realizar **atos jurídicos** em nome da outra. Trata-se, portanto, de um negócio jurídico em torno de **obrigação de fazer**, na modalidade de realizar **declaração de vontade**. Visa, destarte, um *fare* "particularmente qualificado".³

¹ CARVALHO SANTOS, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, 7. ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1958, v. XVIII, p. 108.

² ORLANDO GOMES, *Contratos*, 14. ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, n. 280, p. 348.

³ MICHELE GRAZIADEI, verbete "Mandato" in *Digesto*, 4. ed., ristampa, Torino, UTET, 1996, v. XI, p. 180.

É justamente essa especialização do fato a ser prestado pelo mandatário que distingue o mandato dos demais contratos que também envolvem obrigações de fazer, como a locação de serviços, a empreitada, a representação comercial, a corretagem etc.

2. Poderes do mandatário

Conforme a extensão dos poderes conferidos ao mandatário, o mandato se diz **geral** ou **especial**. Considera-se **especial** aquele em que a outorga se refere "a um ou mais negócios determinadamente", e **geral** o que abrange "todos os do mandante" (Código Civil, art. 1.294).

A determinação do conteúdo dos poderes do mandatário é fruto da liberdade de vontade dos contratantes: "les parties sont entièrement libres de donner au mandat l'étendue qu'il leur plaît. L'une d'elles peut donner mandat à l'autre de s'occuper de **toutes** ses affaires, de **certaines** de ses affaires seulement, ou enfin uniquement **d'une affaire** ou même **d'un acte** déterminé. L'autonomie de la volonté est souveraine".⁴

A distinção entre o mandato **geral** e o **especial** é importante, porque, na primeira espécie, o mandatário pode gerir a generalidade dos negócios do mandante, mas não lhe cabe ir até os atos de disposição. "O mandato em termos gerais" - prevê o art. 1.295 do Código Civil - "só confere poderes de administração".

⁴ HENRI DE PAGE, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, Bruxelles, Etablissements Émile Bruyant, 1941, t. V, n. 388, p. 387. As partes são completamente livres para dar ao mandato a extensão que lhes aprover. Uma pode dar à outra mandato para se encarregar de todos os seus negócios, de determinados negócios, ou, enfim, de um único negócio ou mesmo de um ato determinado. A autonomia de vontade é soberana.

Mas, para se considerar geral ou especial um mandato não importa a quantidade maior ou menor de poderes, nem a discriminação mais ou menos minuciosa dos negócios a realizar.

Explica CUNHA GONÇALVES que a lei considera **mandato geral** o outorgado “em termos gerais ou para todos e quaisquer atos, **sem os especificar**. Portanto, o mandato em que sejam dados **poderes especificados**, por exemplo, **comprar, vender, hipotecar, constituir penhor e consignação de rendimentos, administrar, representar em juízo e fora deste, assinar letras e livranças, contrair empréstimos etc.**, não será um **mandato geral**..., embora o mandatário fique autorizado a praticar tais atos numerosas vezes e em relação a pessoas indeterminadas. Para que uma procuração seja **especial** não é preciso indicar, quer os nomes dos prédios, quer os das pessoas com quem se vai contratar”.⁵

Não é a **forma**, mas o **fundo**, que distingue o mandato geral do especial. Exemplificando, DE PAGE ensina que será **geral** o mandato relativo a todos os negócios do mandante, tal como se dá quando uma pessoa parte para o estrangeiro, numa longa viagem, e constitui um mandatário para tudo que possa interessar a seu patrimônio, durante sua ausência do país. Já será **especial** o que se dirige, seja a **um ato** determinado, seja a **um negócio** ou um empreendimento, seja enfim a **diversos negócios** determinados. Donde sua conclusão:

“Est un mandat spécial, le mandat de gérer mon fonds de commerce, ou mon portefeuille de titres, ou mès

immeubles; ou encore mon fonds de commerce et mès immeubles, ou mès immeubles et mès titres, etc... Se mandat peut donc rester spécial, même s'il comporte un nombre indéfini d'actes le plus variés, se rapportant au surplus à des affaires différents”.⁶

3. Mandato geral e mandato em termos gerais

Não se confunde o **mandato geral** com o **mandato outorgado em termos gerais**. No primeiro tem-se uma questão de **fundo** ou uma característica **substancial**. Já na segunda categoria, tudo se passará no campo da interpretação da vontade declarada pelo mandante, **que**, mesmo não sendo detalhada quanto aos negócios a praticar em nome do mandante, não chega ao ponto de conferir poderes genéricos e indiscriminados como o do mandato realmente geral. Dentro do complexo dos negócios do mandante, o mandato pode discriminar certos tipos de atos que, sem maior especificação, ficarão a cargo do mandatário. De outro lado, o mandato tipicamente geral pode eventualmente ser acrescido de poder específico para atos que normalmente não se compreenderiam na pura e típica gestão.

Dessa maneira, pode ocorrer mandato **especial** com **poderes gerais** e a distinção entre esse e o verdadeiro mandato **geral** estará no fundo da outorga. Ambos dizem respeito à extensão do mandato, mas encarando-a de pontos de vista diferentes. O mandato **geral** “toma como base

⁵ DE PAGE, *ob. cit.*, n. 388, p. 387-388: “É um mandato especial, o mandato de gerir meu fundo de comércio ou meu portfólio de títulos, ou meus imóveis; ou ainda meu fundo de comércio e meus imóveis, ou meus imóveis e meus títulos etc... O mandato pode, então, ser especial, mesmo quando comporta um número indefinido de variados atos, referindo-se, ao demais, a negócios diferentes”.

⁶ CUNHA GONÇALVES, *Tratado de Direito Civil*, 2. ed., São Paulo, Max Limonad, v. VII, t. II, n. 1.014, p. 538.

ESMAPE

os **negócios** dos quais o mandatário se encarrega"; o mandato com **poderes gerais** funda-se nos "atos que este tem de cumprir relativamente aos referidos negócios, qualquer que seja, ademais, sua extensão".⁷

Tanto no mandato **geral** como no mandato em **termos gerais**, não se compreendem, em princípio, senão os atos de administração, salvo se dentre os poderes gerais forem explicitados alguns que correspondam a atos de disposição. Vale dizer: não há incompatibilidade entre mandato com poderes gerais e previsão de atos de disposição por parte do mandatário. O que é necessário para que o mandatário ultrapasse os atos de simples administração é apenas a previsão expressa, na procuração, também de atos de disposição.

"Le mandat donné en termes généraux n'embrasse que les actes d'administration. Il ne s'étend pas aux actes de disposition. Si le mandat doit s'étendre aux actes de disposition, il faut que sa portée à cet égard soit clairement précisée".⁸

Os poderes gerais para administrar um imóvel, dentre vários de propriedade do mandante, não compreenderá, sem previsão expressa, os poderes de vendê-lo ou de ceder gratuitamente seu uso a terceiro. É um mandato especial outorgado em termos gerais. Nele, portanto, pode ser ou não inserido o poder de disposição, mas sem previsão expressa em contrário, só se compreenderão ordinariamente na outorga os poderes de gestão.

⁷ DE PAGE, *ob. cit.*, n. 389, p. 388.

⁸ DE PAGE, *ob. cit.*, n. 390, p. 388: "O mandato outorgado em termos gerais não vai além dos atos de administração. Não alcança os atos de disposição. Se o mandato deve estender-se a atos de disposição, é necessário que sua previsão a esse respeito seja claramente precisa".

4. Interpretação do mandato

O problema de determinar a extensão dos poderes conferidos ao mandatário se resolve segundo os princípios comuns da interpretação dos negócios jurídicos em geral, dentre os quais avulta o que preconiza a prevalência da intenção da parte sobre a literalidade da declaração de vontade (Código Civil, art. 85).

Como o mandatário irá obrigar, com sua declaração de vontade, o mandante, é regra admitida, sem contestação, a de que a interpretação do mandato deve ser **restritiva**. Não se lhe deve, pois, dar um alcance analógico e ampliativo que permita ao mandatário usar a outorga dos poderes para criar situações jurídicas que não se compreendam nos parâmetros que a vontade do mandante livremente estipulou.

Esse critério de interpretação não impõe a exegese puramente literal do mandato. Ao contrário, é amplo e uniforme o consenso doutrinário no sentido de que "cumprir não exagerar o princípio da interpretação limitativa dos poderes; pois, o mandatário pode praticar todos os atos que sejam preparatórios, adjuvantes, dependentes, consequentes ou condições legais do ato mencionado na procuração, porque estes atos estão implicitamente compreendidos no mandato".⁹

Adverte, com propriedade, CARVALHO SANTOS:

"O que se faz mister, todavia, é não confundir interpretação restritiva com os atos que estão intimamente vinculados aos próprios poderes conferidos ao procurador, deles não se podendo destacar sem que se verifique a inexecução, em parte, do mandato".¹⁰

⁹ CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, n. 1.015, p. 542.

¹⁰ CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 180.

Dentro dessa ótica, até mesmo quando a lei exija poderes especiais e expressos, não se pode “entender o texto legal ao pé da letra”, já que não se deve “excluir a possibilidade de certos atos que são conseqüências necessárias da atuação do procurador, no desempenho dos poderes expressos e especiais que lhe foram conferidos”.¹¹

Então:

“Il mandato comprende non solo gli atti per i quali è stato conferito, ma anche quelli che sono necessari al loro compimento (art. 1.708, 1º co.). Tali atti accessori rispetto alla prestazione principale non snaturano il tipo contrattuale, nemmeno nel caso in cui essi abbiano natura materiale”.¹²

Não é extensiva ou ampliativa a interpretação que perquisa tanto os poderes **conferidos** como os poderes **deduzidos**, já que tanto aqueles como estes se entendem como compreendidos no mandato.

“Os poderes **conferidos** são justamente os que se expressam ou que constam do mandato. E não carecendo, para a evidência deles de exame demorado, desde que ali se acham claramente determinados, ou positivamente ordenados”. Já por poderes **deduzidos** ou **implícitos**, “entendem-se aqueles que se mostram virtualmente compreendidos dentro da extensão do mandato ou integrados dentro de sua forma. Tomam vida e adquirem força, em razão ou em função dos próprios poderes **conferidos** ou

como natural imposição do próprio encargo ou da própria missão confiada ao mandatário”.¹³

Quando o mandato é dado para um negócio complexo composto por uma série de atos que se configuram para formar um conjunto, “a interpretação do mandato, ainda que permaneça restritiva (especialmente quanto ao negócio propriamente dito), deve ser, nada obstante, **racional**. Todos e quaisquer atos que se ligam normalmente ao negócio visado, e que se impõe pelas circunstâncias, devem ser considerados como compreendidos no mandato”.¹⁴

Na busca de fixar-se a intenção do mandante, além dos dizeres escritos da procuração, as próprias circunstâncias que envolvem o objeto do mandato, sua outorga e sua aceitação, prestam-se para revelar “os principais elementos para a sua interpretação, que, assim, se promove mesmo implicitamente dentro da própria intenção do mandante”.¹⁵

No mais das vezes, contudo, a tarefa exegética se desenvolve dentro do contexto da procuração onde a outorga se exteriorizou, e aí se busca fixar a inteligência da declaração de vontade, segundo as regras comuns de interpretação dos contratos. Dentre essas merecem destaque as que valorizam a visão sistemática e teleológica, procurando interpretar cada cláusula não isoladamente, mas dentro do conjunto do negócio, de modo a preservar-lhe a utilidade e harmonia; e visando, ainda, a compatibilizar todos os enunciados do contrato com o fim jurídico e econômico a que ele se endereça.

11 CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 179-180.

12 MICHELE GRAZIADEI, *ob. cit.*, p. 160: “O mandato compreende não só os atos para os quais foi conferido, mas também os que são necessários ao seu cumprimento (art. 1.708, § 1º). Esses atos acessórios relativamente à prestação principal não desnaturalizam o tipo contratural, nem mesmo no caso em que tenham natureza material”.

13 DE PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do Mandato e Prática das Procurações*, 3.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1963, v. I, n. 227, p. 335.

14 DE PAGE, *ob. cit.*, n. 393, p. 391.

15 DE PLÁCIDO E SILVA, *ob. cit.*, n. 227, p. 334.

Na melhor e mais atualizada doutrina, admite-se a chamada interpretação **integrativa** ou **complementar** do contrato, que não se limita a interpretar o sentido das declarações de vontade em particular, mas vai além do significado normativo das vontades declaradas, para descobrir e fixar “la **regulación objetiva** creada con el contrato”.¹⁶

Esse tipo de interpretação busca completar as declarações formuladas pelos contratantes, de modo a valorizar o objetivo visado pelo acordo de vontade, segundo os princípios de lealdade e da boa-fé e, ainda, segundo os usos e costumes observados no tipo de negócio que se interpreta. Tudo é feito objetivamente, para superar lacunas do enunciado convencional e assegurar que os fins jurídicos e econômicos do contrato sejam plenamente alcançados. Com isto, se pode, também, lograr uma interpretação que conduza à obtenção de “um resultado justo”.¹⁷

O importante para o intérprete, nesse tipo de exegese negocial é, destarte, a “interpretação ou averiguação do **sentido do contrato em concreto**, isto é, da regulamentação posta em vigor pelas partes”, tendo em vista que as disposições contratuais devem, necessariamente, ser compreendidas “como um todo coerente”.¹⁸

Entre dois sentidos possíveis de uma cláusula, é claro que não poderá prevalecer aquele que a torne inconciliável com as demais, nem aquele que impeça as partes de alcançarem a meta justificadora do acordo de vontades.

É importante destacar, ainda, que o mandato tende a gerar sua eficácia final perante terceiros que, em regra,

16 KARL LARENZ, *Derecho Civil, Parte Geral*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1978, § 29, p. 744.

17 KARL LARENZ, *ob. cit.*, p. 751.

18 KARL LARENZ, *ob. cit.*, p. 748.

não tiveram condições de negociar diretamente com o mandante a forma e o conteúdo da outorga de poderes. Assim, esse se apresenta como estipulação do mandante, que, na dúvida, haverá de ser interpretada contra o estipulante e a favor do estipulado.

Eis a lição clássica de AFFONSO DIONYSIO GAMA:

“Na interpretação dos termos do mandato, se deverá atender mais à intenção do mandante que ao sentido literal da linguagem por este empregada (Cód. Civ. Braz., art. 85). Quando as expressões forem duvidosas, obscuras e ambíguas, estas deverão ser interpretadas contra o mandante (Martinho Garcez, Null. dos actos jurid., 1ª ed., pág. 170). Daí a seguinte recomendação do nosso grande comercialista J.X. Carvalho de Mendonça em seu Tratado de Direito Civil Brasileiro (vol. VI, n. 845): - “Tenha-se cautela na redação do objeto da outorga, da natureza, designação e extensão dos poderes conferidos ao mandatário. A ambigüidade dos termos do ato escrito do mandato pode servir de defesa à ação promovida pelo mandante, fundada no não cumprimento das suas ordens e instruções. O mandante suporta as conseqüências, se emprega expressões com sentido impreciso. A regra é que não se interpreta extensivamente o mandato; concebido em termos gerais, não deve ir além da intenção do mandante, **apreensível pelo complexo do ato ou dos atos para os quais foi conferido**”.¹⁹

19 AFFONSO DIONYSIO GAMA, *Das Procurações*, 4. ed., São Paulo, Saraiva, 1927, n. 17, p. 29-30.

Em abono de tal entendimento o mesmo autor invoca um aresto da Corte de Cassação de Paris, onde se decidiu que:

“O mandante será responsável pessoalmente para com terceiros, se os termos da procuração podem lhes fazer crer que o mandatário tem qualidade para agir: o mandante fica em falta por ter dado a sua procuração um sentido ambíguo, ou por não ter vigiado seu mandatário”.²⁰

Em suma: as regras de interpretação do mandato, mesmo quando recomendam a exegese restritiva, não são inflexíveis e, ao contrário, se ligam ao princípio maior, que domina todo o universo contratual, que é o da prevalência da intenção da parte. Dessa maneira, as regras e presunções legais cedem sempre à vontade e intenção dos contratantes, nessa matéria.²¹

5. Excesso de mandato

Importante se mostra a interpretação do mandato, porque é por meio dela que se determina o **objeto**, o **conteúdo**, do contrato, do qual se extrai o limite dos poderes conferidos ao mandatário para agir, juridicamente, em nome do mandante.

É que a declaração de vontade (ato jurídico) consumada pelo mandatário só terá condições de obrigar o mandante se se contiver dentro do objeto do mandato.

Se, então, o mandatário pratica ato exorbitante da autorização inscrita no mandato, ou que dele se possa

deduzir, terá cometido **excesso**, ou seja, terá praticado “atos que não foram autorizados pelo mandante e, por isso, não geram obrigações que o possam atingir”.²²

Fala-se em nulidade absoluta do ato do mandatário afrontoso aos limites do mandato, que, por isso, não produziria efeito algum oponível ao mandante. Mas, na verdade, o ato se contamina de defeito mais profundo do que a própria nulidade. A hipótese é de **inexistência**, porque sendo o ato jurídico ato de vontade, e jamais tendo o mandante emitido qualquer vontade no sentido de autorizá-lo, o que se constata é a ausência de elemento material para que se possa sequer pensar em ato daquele em cujo nome injuridicamente atuou o mandatário.

Ensinam AUBRY et RAU, a propósito do assunto, que os atos jurídicos praticados em nome do mandante, exorbitantes dos limites do mandato, se não são posteriormente ratificados por esse, devem ser considerados como “não existentes”. E, sendo assim, não tem o mandante, sequer, necessidade de contestar semelhantes atos por via da arguição de nulidade: “eles são, a seu respeito, *res inter alios acta*”.²³

Toda vez, portanto, que o mandatário procede *ultra viris mandati*, “os seus atos, a respeito do mandante, são como se não existissem. Nenhuma obrigação por eles contrai o mandante, nenhum prejuízo deles pode resultar”.²⁴

Mas, releva notar que os limites do mandato não se medem apenas pela literal estipulação contida em seu ins-

20 AFFONSO DIONYSIO GAMA, *ob. cit.*, p. 31

21 HENRI DE PAGE, *ob. cit.*, n. 398, p. 393.

22 DE PLÁCIDO E SILVA, *ob. cit.*, n. 228, p. 336.

23 AUBRY et RAU, *Droit Civil Français*, v. 4^o, p. 651 e nota 5.

24 POTHIER, *Mandat*, n. 39, apud DE PLÁCIDO E SILVA, *ob. cit.*, n. 229, p. 3338; CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 185-212.

trumento. Como já se demonstrou, os poderes do mandatário compreendem, além dos **explícitos**, também os **deduzidos** ou **implícitos**, que são aqueles que, embora não declarados ostensivamente, se apresentam como pressupostos ou conseqüências lógicas e necessárias daqueles que formam o **objeto** da outorga.

6. Ratificação do ato exorbitante do mandato

Dispõe o art. 1.297 do Código Civil que havendo prática de negócio com excesso dos poderes conferidos pelo mandato, o mandatário será reputado “mero gestor de negócios, enquanto o mandante lhe não ratificar os atos”; regra que se completa com a do art. 1.296, no qual se prevê que “pode o mandante ratificar ou impugnar os atos praticados em seu nome sem poderes suficientes”.

Os atos do mandatário fora dos limites do mandato, são, a rigor, **inexistentes** perante o mandante, como já se demonstrou. No entanto, no regime de nossa lei civil, “os atos do mandatário, ainda que praticados com excessos de poderes, poderão ser **ratificados** pelo mandante”.²⁵

O ato juridicamente **inexistente**, após a ratificação do mandante adquire **existência** na esfera jurídica deste. Trata-se, porém, de uma ratificação diferente daquela que se dá com o ato anulável (Código Civil, art. 148). Nessa última hipótese, o ato existe e produz sua natural eficácia, não obstante a presença de um defeito que autoriza a parte prejudicada a desconstituí-lo. É justamente para eliminar tal desconstituidade que a parte o ratifica. Nada se cria, ape-

nas se elimina um defeito, ao confirmar o ato anteriormente praticado e ao qual a parte já se encontrava vinculada.

O ato oriundo da prática exorbitante do mandatário é legalmente tratado como ato de mero **gestor de negócio** e não como ato do mandante. O ato é, pois, de responsabilidade exclusiva do mandatário. Passa a ser ato também do mandante se esse, *a posteriori*, o ratifica, isto é, o tem como seu.

A ratificação opera como uma outorga retroativa de mandato, visto que transforma o ato praticado sem mandato em ato acobertado por ulterior outorga de poderes. Portanto, “não se trata aqui de uma ratificação que possa ser equiparada à que é feita para validar os atos anuláveis”.²⁶

Não é preciso que o mandante repita a declaração de vontade do mandatário em todos os seus termos para ratificá-la, tal como se exige no art. 149 do Código Civil, para o ato anulável. Nem a própria forma do negócio ratificado pelo mandante é exigível. Como destaca PONTES DE MIRANDA, a “ratificação é da outorga de poderes; não do negócio jurídico”.²⁷

Nem mesmo um instrumento específico e direto se exige para a declaração de vontade do mandante. A ratificação do ato excessivo do mandatário pode tanto ser **expressa** como **tácita**, na dicção da lei (Cód. Civ., art. 1.296, parág. único).

O que realmente se exige é que a manifestação, quando tácita, seja inequívoca, isto é, corresponda a ato que

²⁵ CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 213.

²⁷ PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado, Rio de Janeiro, Borsoi, 1963, t. XLIII, § 4.686, n. 2, p. 71.*

tenha sentido certo, não deixando margem a dúvida quanto ao reconhecimento do mandante de que o ato do mandatário o obrigou.

A ratificação *sub cogitatione* pressupõe que o mandante tenha conhecimento de que o ato excede os limites do mandato e mesmo assim o admita. Assim, são, entre outros, exemplos da doutrina para a ratificação tácita: a exigência pelo mandante de garantia para a execução de obrigação contraída por terceiro junto ao mandatário; o pagamento, pelo mandante, das despesas ou do preço do negócio realizado pelo mandatário; a alusão, em outro ato do mandante, àquele praticado pelo mandatário, dando-o como subsistente em relação à sua pessoa; a execução, pelo mandante, de prestação ajustada por ato do mandatário etc.²⁸

7. Teoria da ato próprio

Uma vez ratificado o ato exorbitante do mandatário, de forma expressa ou tácita, não cabe mais ao mandante alegar, como defesa, a objeção de falta ou excesso de mandato. É que não é dado ao litigante desprezar ou ignorar sua própria conduta e formular exceções contrárias ao que resulta de **ato próprio**.

A doutrina do "*estoppel by conduct*" consagrada pelo direito anglo-americano tem obtido larga recepção também no direito latino-americano sob a denominação de "doutrina dos atos próprios". Embora desenvolvida modernamente entre os anglo-saxões, essa doutrina deita suas raízes num princípio romano expresso na máxima *venire*

28 CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 215.

contra factum proprium nulli conceditur, que se aplicava justamente para "impedir um resultado que embora conforme ao direito civil estrito, fosse, no entanto, contrário à equidade e à boa fé".²⁹

Segundo o princípio em cogitação, "*los sujetos están obligados a asumir las consecuencias de sus propios actos, tanto en virtud de la regla pacta sunt servanda (art. 1.197, Cód. Civil), cuanto por el imperativo general del derecho de ser coherentes con la propia conducta, aplicándose por ello tanto a las relaciones contractuales como extracontractuales*".³⁰

Segundo a jurisprudência, tem prevalecido a tese de que as partes "não podem contradizer em juízo seus próprios atos anteriores, voluntários, juridicamente relevantes e plenamente eficazes, bem como se tornam inadmissíveis as pretensões que põem a parte em contradição com seus comportamentos anteriores juridicamente relevantes".³¹

Daí porque, uma vez ratificado o ato excessivo do mandatário, ainda que de forma tácita, não é dado mais ao demandante embargar a pretensão do terceiro fundada no negócio ajustado pelo primeiro, invocando o mesmo excesso de poderes já anteriormente sanado por ato do próprio mandante. Isto iria contra "ato próprio" do embargante, gerando uma contradição intolerável e inadmissível segundo os princípios jurídicos e o bom senso.

29 ALEJANDRO BORDA, *La teoría de los actos propios*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1987, n.º 53, p. 56.

30 JUAN M. DOBSON, *El abuso de la personalidad jurídica*, Buenos Aires, Depalma, 1985, n.º 163, p. 282.

31 ALEJANDRO BORDA, *ob. cit.*, n.º 53, p. 56.

8. O caso *sub examine*

O quadro fático-jurídico extraído do caso invocado na consulta permite a seguinte síntese:

- a) O Sr. S. J. M. é proprietário de imóvel rural na região de Rondonópolis, onde cultivava lavouras de soja e outros cereais;
- b) para aplicação em suas plantações contratou a aquisição de fertilizantes junto à empresa consulente, pactuando garantia hipotecária para cobertura dos créditos respectivos;
- c) tanto a escritura hipotecária como as faturas e duplicatas foram firmadas por mandatários do Sr. S. J. M., visto que seus negócios agrícolas são atribuídos à administração plena de quatro pessoas, dentre as quais sua filha M. M. C., e seu genro M. N. C. e o contador D. H. P. B.;
- d) uma vez que o montante dos fornecimentos ultrapassou o valor da garantia prestada, dois instrumentos de confissão de dívida foram firmados pelo procurador M. N. C., nos quais se substituiu o pagamento em dinheiro por entrega de soja (colheita futura) e, ainda, se incluiu a garantia fidejussória prestada pelo irmão do devedor, Sr. E. M.. Figurou como testemunha o procurador que antes firmara a escritura de hipoteca, Sr. D. H. P. B..

Quando, verificado o inadimplemento, a credora intentou as execuções (parte por quantia certa, parte para a entrega da coisa), o devedor lhe opôs **exceção de pré-executividade**, a pretexto de que a confissão de dívida fora subscrita por quem não dispunha de poderes expressos para **confessar e contrair débitos** e que o executado não teria **ratificado expressamente** os atos praticados pelo mandatário. Daí a arguição de nulidade da execução, formulada antes mesmo de achar-se seguro o juízo por penhora.

Nessa conjuntura, não se vê, *data venia*, como possa prosperar a exceção de pré-executividade. Em primeiro lugar, porque a matéria de falta ou excesso de poderes do mandatário é complexa, por envolver complicadas operações probatórias em torno da pesquisa da vontade ou intenção efetiva das partes e do eventual saneamento dessa omissão por posterior ato ratificatório do mandante.

Basta, portanto, essa complexidade do *thema probandum* para tornar-se completamente inviável sua apreciação fora da via normal dos embargos do devedor.

É certo que, sendo a iliquidez e a incerteza do título causa de nulidade da execução (CPC, art. 618), sua arguição prescinde de formalização de embargos do devedor, já que essa matéria deve ser conhecida de ofício pelo juiz (STJ, 4ª T., ac. 13.11.95, DJU, 29.4.96, p. 13.421). Isso, contudo, só é viável quando a nulidade se revele evidente, de molde a dispensar qualquer indagação probatória. Se houver, portanto, necessidade de pesquisar e desvendar situações fáticas controvertidas, o recurso aos embargos se torna obrigatório (STJ, 3ª T., Resp. 3.264-PR, Rel. Min. NILSON NAVES, ac. 28.6.90, DJU

18.2.91, p. 1.034).

O caso em análise, sob tal enfoque, não é daqueles que permitam solução em simples exceção de pré-executividade.

Aliás, a demonstrar a complexidade do tema, o próprio devedor já antes havia recorrido a juízo para tentar a anulação do negócio jurídico gerador dos títulos exequíveis. Sem que se tenha concluído a discussão no processo de conhecimento ordinário, a lide foi novamente posta em apreciação no bojo da execução forçada, já agora sem o contraditório pleno e dentro da sumariedade da exceção de pré-executividade. A impropriedade dessa última via torna-se gritante.

Quanto ao excesso de mandato, sua apreciação depende da resposta as seguintes indagações: O signatário dos atos impugnados recebeu algum mandato do devedor? Os atos impugnados estavam expressamente contemplados no mandato? Ou podiam, por via de interpretação, ser havidos como implícitos nos poderes expressos outorgados?

Pode-se afirmar, sem medo de erro, que o Sr. M. N. C. era detentor de mandato para ampla administração dos negócios agrícolas de seu sogro, Sr. S. J. M.. Antes da confissão de dívida questionada, várias procurações foram passadas por instrumento público entre ambos, como, por exemplo, as de 13.11.96, 3.1.97 e 2.4.97, lavradas nas notas do 2º Tabelionato de Rondonópolis.

Na primeira delas, há outorga expressa de “**poderes** de comprar, vender, ceder, transferir, anuir, alugar, pro-meter vender, ou por qualquer outra forma **adquirir** ou **alienar** bens imóveis, móveis, veículos, créditos, direi-

tos, **tudo mais que possua** a qualquer parte ou que **venha a possuir, contratar, alterar, distratar**, locar, firmar escrituras públicas, estabelecendo **cláusulas e condições**”, etc. (Livro 081, fl. 159).

Na segunda procuração pública mencionada foram repetidos *ipsis litteris* os poderes já referidos (Livro 081, fl. 177v.).

Na terceira, além dos poderes antes enunciados, foram explicitados, como especiais, os “de **comprar e vender insumos agrícolas**, máquinas e implementos agrícolas, assinando os documentos necessários para tal ato, assinar **contratos de transferência e venda de soja industrial e sementes**; receber e dar quitação em contratos e **permuta** ou arrendamentos” etc. (Livro 081, fl. 192v.).

A confissão de dívida arrola várias duplicatas ou faturas, todas expressamente ligadas à compra de fertilizantes. Não se trata, pois, de um reconhecimento vago e sem causa explícita. Ao contrário, o reconhecimento foi **causal**, e a causa corresponde à compra de insumos agrícolas. Logo, contraiu-se o débito exatamente dentro dos poderes que o mandante antes lhe conferira.

Em relação à modificação da forma de pagamento (de dinheiro para soja), também não se pode entrever excesso algum de mandato, pois o mandatário, administrador geral dos negócios de seu sogro, tinha poderes expressos para firmar qualquer tipo de contrato, fosse para adquirir bens, fosse para transferi-los, tinha poderes para livremente estabelecer “cláusulas e condições” poderes que eram não só para “contratar” como “alterar” e “ceder” bens e direitos (Livro n081, fl. 159 e 177v). Especificamente, em relação à produção de soja, existiam pode-

res explícitos para “assinar contratos de **transferência** e venda” da produção respectiva (Livro 081, fl. 192v.).

Aliás, ainda que não fossem explícitos os poderes para “contratar”, “alterar contratos” e “transferir” produtos da lavoura de soja, bastariam os poderes gerais para administrar o negócio para que o mandatário se considerasse juridicamente autorizado à sua prática. É que, segundo as lições de CUNHA GONÇALVES e CARVALHO SANTOS, “há atos de disposição que são **atos de administração**”. E, como exemplo, se arrolam, os de comprar insumos e utensílios para a cultura do imóvel rústico; a contratação de empréstimo para reparações urgentes; a **novação** das “dívidas ou créditos do mandante” e a “dação em pagamento”; o emprego dos frutos percebidos “em pagamento de dívidas do mandante”.³²

É importante consignar que o problema de definir limites da outorga de poderes resume-se a uma operação de interpretação do mandato. E em semelhante operação tem-se de indagar não apenas pelos poderes explícitos, mas por tudo aquilo que realmente entrou na vontade e intenção do outorgante. Nessa perspectiva, compreende-se no mandato a “instituição de um poder **deduzido**, seja no concernente ao **meio** de ser executado o mandato, ou de um **fim** que preencha o desejo do próprio mandante”.³³

Dessa forma, não se restringe o intérprete à pesquisa dos simples enunciados explícitos de poder. “Examina-se a intenção do mandante e, ante os intuitos claramente demonstrados pelos poderes explícitos, perfeitamente se

32 CUNHA GONÇALVES, *ob. cit.*, n. 1.014, p. 540; CARVALHO SANTOS, *ob. cit.*, p. 160.
33 DE PLÁCIDO E SILVA, *ob. cit.*, n. 259, p. 384.

poderão interpretar e assinalar os poderes decorrentes, que não se choquem nem se contradigam com os poderes expressamente autorizados, pois que se mostram conseqüência natural e justa destes mesmos poderes”.³⁴

Dentro desse enfoque é evidente que o negócio de aquisição de fertilizantes, a confissão do débito dele oriundo e a convenção sobre a forma de resgatar a dívida compreenderam-se, normalmente, dentro dos poderes que o dono do negócio havia conferido a seu administrador.

De mais a mais, a ratificação tácita, se não houvesse a outorga de poderes adequados (e na realidade, houve), teria convalidado plenamente os atos do mandatário. Isso porque o mandante teve pleno conhecimento deles, tanto que, antes da execução, intentou ação para invalidá-los, em certos aspectos, mas não para argüir a **inexistência** ou **nulidade** por falta de poderes ou excesso de mandato.

Ora, se o mandante entrou em litígio contra o terceiro, que contratou com o mandatário, é porque reconheceu que o ato de seu intermediário lhe era oponível. Se discutiu o mérito com o terceiro, e tentou excluir-se de obrigações por razões ligadas ao conteúdo material do negócio, superado restou o problema da legitimidade de representação do respectivo signatário.

Diante da regra do art. 1.296 do Código Civil, duas opções cabiam ao mandante, na espécie: ou impugnar o ato, como não oponível, por falta de poderes do mandatário; ou ratificá-lo, expressa ou tacitamente. Ao as-

34 DE PLÁCIDO E SILVA, *ob. cit.*, n. 259, p. 384.

sumir a demanda contra o terceiro beneficiário, por razão de fundo, o mandante, sem dúvida, optou pela segunda via, qual seja a da ratificação tácita do ato de seu mandatário.

E uma vez, ratificado, não o conteúdo do ato, mas o mandato exercido pelo preposto, não lhe é dado voltar a argüir a inexistência do ato jurídico por falta ou excesso de mandato. A ratificação equívale à outorga retroativa de poderes, que elimina total e definitivamente o vício originalmente detectado a esse título. Contra seu próprio ato saneador não é permitido ao mandante voltar-se, principalmente quando sua objeção represente simples forma de ignorar a ratificação já operada.

Nesse sentido: inócua foi argüição de falta de poderes do signatário da confissão de dívida, feita tardiamente em impugnação à contestação da ação declaratória, porque, naquela altura, já estava tacitamente ratificado o mandato; e, principalmente, porque, após a resposta da ré, não era dado ao autor alterar a *causa petendi* invocada na petição inicial (C.P.C., art. 264).

O certo, enfim, é que a confissão de dívida não criou débito novo para o mandante, e apenas confirmou aqueles oriundos de compra de fertilizantes, cuja existência não é sequer posta em dúvida pelo comprador. O que houve de inovação foi apenas a substituição de parte de débito de dinheiro por promessa de entrega futura de soja. Isso, porém, não pode ser visto como excesso de mandato, já que na outorga existente constam, explicitamente, poderes para atos dessa espécie.

9. Conclusões

À vista de tudo quanto se expôs e argumentou, dou ao questionário da consulta as seguintes respostas:

1º Quesito: M. N. C. tinha poderes, segundo as procurações públicas de 13.11.96, 3.1.97 e 2.4.97, para firmar a confissão de dívida de 28.12.98, em favor de F. M. S.A.?

Resposta: Sim. As procurações examinadas, especialmente a de 2.4.97 (Livro 081, fl. 192v.), contêm poderes explícitos e implícitos suficientes para legitimar a representação do devedor na confissão de dívida firmada em 28.12.98, com o testemunho de outro procurador do mesmo devedor e fiança de um irmão deste.

2º Quesito: O teor da escritura hipotecária, reconhecida pelo devedor, não permitiria concluir que a confissão de dívida já estava adrede autorizada pelo devedor (mandante)?

Resposta: Sim. Há na escritura de hipoteca previsão expressa de que a garantia real se estenderia a débitos posteriores, como “documento acessório, para garantia de título público ou particular, que vier a ser formalizado, tais como **confissão de dívida**, cédula de produto rural, ou outro documento firmado pelas partes” (Cláusula 2ª). É interessante ressaltar que a escritura hipotecária não é posta em questionamento pelo devedor. Se nela se previa a forma de confissão de dívida como possibilidade de

assunção de obrigação sob garantia da referida hipoteca, é porque esse tipo de negócio jurídico foi reconhecido como cabível dentro da gestão que o devedor delegou a seus mandatários-administradores. Para realçar essa verdade, impende destacar que o procurador que firmou a escritura de hipoteca, sem impugnação do mandante, e que fez inserir a previsão de oportuna confissão de dívida, firmou, também, o instrumento da confissão passada pelo Sr. M. N. C., na qualidade de testemunha.

3º Quesito: Caso não houvesse poderes, teria ocorrido ratificação através das informações trazidas pelo próprio executado na exceção de pré-executividade, bem como na ação declaratória proposta pelo devedor, contra a exequente, em data anterior às execuções?

Resposta: Sim. A se admitir, apenas para argumentar, que o Sr. C. não dispunha de poderes suficientes para firmar confissão de dívida ora examinada, o fato de ter o mandante proposto ação declaratória para discutir o fundo do negócio com a credora, sem incluir na *causa petendi* o excesso de mandato, operou, por si só, a ratificação tácita da atuação do mandatário em seu nome (Cód. Civil, art. 1.296, parág. único). Não lhe era, por isso, viável levantar semelhante excesso em arguições posteriores no mesmo processo ou em outras demandas com a mesma credora.

É o meu parecer, s. m. j.,

Belo Horizonte, 01 de dezembro de 1999

PARECER. TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO

Joaquim Lustosa Filho

*Subprocurador-chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional
PFN – PE. Professor da Escola Superior da Magistratura do
Estado de Pernambuco – ESMape.*

Taxa de prevenção e extinção de incêndio do Estado de Pernambuco. Taxa de limpeza pública do Município do Recife. Inconstitucionalidade. Inteligência dos arts. 144 e 145 da Constituição da República.

1. A Consulta

O Sr. Procurador-chefe da Procuradoria da Fazenda Nacional do Estado de Pernambuco, atendendo sugestão do então Subprocurador-chefe deste órgão, solicita a emissão de parecer quanto à constitucionalidade da taxa de prevenção e extinção de incêndio, conhecida como taxa de bombeiros, lançada pelo Estado de Pernambuco contra a União, proprietária de grande quantidade de imóveis neste Estado, entre os quais a sede desta Procuradoria.

2. No mesmo sentido, o Gerente Regional do Patrimônio da União do Estado de Pernambuco solicita, por

meio do ofício nº 020/00/GRPU/PE, pronunciamento desta Procuradoria a respeito da cobrança da citada taxa de bombeiros e da taxa de limpeza pública, lançada pelo Município do Recife contra a União.

2. A taxa de limpeza pública do município do Recife

3. Em relação à taxa de limpeza pública do Município do Recife, já existe pronunciamento desta PFN/PE, que concluiu pela ilegitimidade da sua cobrança. Assim, reporto-me à manifestação do Dr. Gustavo Just da Costa e Silva, então Subprocurador-chefe, às fls. 01 destes autos, in verbis:

“Quanto à TLP, é invocável o Parecer PGFN/CAT/nº 1013/95, em que está amplamente demonstrada a inconstitucionalidade de tributos instituídos pelas municipalidades com as características apresentadas pela TLP do Município do Recife: basicamente, a indivisibilidade do serviço de limpeza de logradouros públicos. Acentuo que o Parecer faz menção à decisão TCU nº 040/92, que também considera indevido o pagamento de semelhante exação.

Além da orientação do TCU e da PGFN, está em tramitação ação proposta pela União contra o Município do Recife (2ª Vara Federal/PE, proc. nº 95.6495-2) com pedido de declaração da inexigibilidade da TLP. A sentença julgou

procedente o pedido e foi confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região (AC 102064-PE), tendo sido remetido o processo ao Supremo Tribunal Federal em 19/09/97 para julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo Município.”

4. A sentença a que se refere o Dr. Gustavo Just foi prolatada pelo Juiz Federal da 2ª Vara deste Estado, Dr. Francisco Alves dos Santos Júnior, que entendeu não ser o serviço de limpeza pública específico e divisível.

5. A Constituição de 1988, em seu art. 145, II, limita o exercício do legislador ordinário, dando-lhe competência para instituir taxas cujo fato gerador seja serviço público específico e divisível ou baseada no exercício regular do poder de polícia. Por outro lado, serviço público que não seja específico ou divisível não enseja a cobrança de coisa alguma. Tais serviços só podem ser custeados por impostos.

6. Ademais, o próprio conceito de taxa, previsto no art. 77 do Código Tributário Nacional, exige que o serviço público seja específico e divisível, prestado ou posto à disposição de cada cidadão singularmente, uti singuli. No caso, o serviço em causa, tributado pela taxa de limpeza pública, é prestado para a coletividade como um todo. Foi essa a conclusão do Juiz Federal Dr. Francisco Alves na citada sentença:

“(...)

4. As Taxas de Iluminação e de Limpeza públicas em debate seriam então enquadráveis nas Taxas Contraprestacionais, de serviços efetivamente prestados??

O Código Tributário Nacional também traça orientação quanto a esse tipo de Taxa.

A primeira está no caput do art. 77; o serviço público tem que ser específico e divisível.

E o art. 79 esclarece o que seja específico e divisível: a) específico – quando possa ser destacado em unidade autônoma de intervenção, de utilidade ou de necessidade públicas (inciso II); b) divisível – quando de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

Não consigo imaginar como os serviços de iluminação pública e de limpeza pública do Recife possam ser específicos e divisíveis, como estabelecido nos dispositivos comentados do Código Tributário Nacional.

Mencionados serviços são exemplos típicos de serviços públicos que atendem aos interesses genéricos de todos os Administrados, quer sejam os que residam nas proximidades da área que goza de iluminação pública e da limpeza pública, quer sejam os que residam em outras localidades e, como qualquer cidadão, utilizem-se daquela área,

e ainda pessoas de outras plagas, como turistas, que eventualmente passem pelo local. Englobam-se nos encargos gerais da Prefeitura, no sentido de deixar a cidade mais aprazível, sobretudo tendo em vista a veia turística desta bela Recife.

Portanto, referidos serviços públicos, de impossível especificação e divisão, em face do característico de generalidade de ambos, só podem ser custeados com receitas decorrentes de Impostos, que têm por fato gerador situação que independe de qualquer atividade estatal específica, relativa ao Contribuinte (art. 16 do Código Tributário Nacional).

Cabe lembrar, porque diretamente ligada à problemática da iluminação pública, a Súmula 135 do C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, que inquiriu de inconstitucional a Taxa de Eletrificação de Pernambuco, exatamente por não se tratar de serviço específico e divisível, mas sim de cunho eminentemente genérico.

ISTO POSTO, rejeito a matéria preliminar, incidenter tantum, reconheço a inconstitucionalidade dos artigos 62 e 68 do Município do Recife-PE, e declaro inexistir relação jurídica que obrigue a UNIÃO FEDERAL a pagar as Taxas de Iluminação e Limpeza públicas, instituídas e cobradas com base nos men-

cionados dispositivos legais, pela Prefeitura-Ré.

(...)”

7. O acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que confirmou a sentença acima, teve a seguinte ementa:

“TRIBUNAL:TR5 ACORDÃO RIP:5190770
DECISÃO:22-08-1996

PROC:AC NUM:5 102064-5 ANO:96 UF:PE

TURMA:1 REGIÃO:5

APELAÇÃO CÍVEL

Fonte: DJ DATA:13-09-96 PG:68301

Ementa:

TRIBUTÁRIO. TAXA. SERVIÇOS PÚBLICOS. INTERESSES GENÉRICOS E NÃO ESPECÍFICOS E DIVISÍVEIS. ART. 145, II, CF/88. ART. 79, II E III, DO CTN.

- TAXAS DE ILUMINAÇÃO E DE LIMPEZA PÚBLICAS, NÃO SE ENQUADRAM NAS TAXAS CONTRA PRESTACIONAIS.

- APELO E REMESSA OFICIAL IMPROVIDOS.

Relator: JUIZ FRANCISCO FALCÃO

Decisão: UNÂNIME.”

3. A taxa de prevenção e extinção de incêndio do estado de Pernambuco

8. A Taxa de Prevenção e Extinção de Incêndio do Estado de Pernambuco é disciplinada pelas seguintes leis

estaduais: lei nº 6.384, de 31/12/74 (publicada em 01/01/1975), lei nº 7.550, de 20/12/1977 (publicada em 21/12/1977), lei nº 11.185, de 22/12/1994 (publicada em 23/12/1994) e lei nº 11.225, de 10/07/1995 (publicada em 11/07/1995).

9. Cumpre também salientar que o Supremo Tribunal Federal, por meio da Súmula 549, considerou constitucional a taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco. A data da publicação dessa súmula se deu em 10 de dezembro de 1969, anterior, portanto, à edição das leis acima referidas.

10. Vê-se, dessa forma, que a jurisprudência dominante do Supremo Tribunal diz respeito à legislação revogada, pois hoje a taxa de bombeiros de Pernambuco tem nova disciplina normativa. E sobre essas novas leis, notadamente a de nº 11.185, de 22/12/1994, que fixa a base de cálculo da exação, ainda não há posição da nossa Suprema Corte.

11. Passemos a analisar a Lei Estadual nº 11.185, de 22/12/1994. Em seu anexo único, a lei estabelece os valores da taxa, que variam conforme a área do imóvel que se pretende tributar. Assim, por exemplo, imóveis comerciais com área de até oitenta metros quadrados são devedores da quantia equivalente a 72 UFEPE (unidades fiscais do Estado de Pernambuco, substituída hoje pela UFIR).

12. Em casos como o presente, em que taxas utilizam como base de cálculo a área do imóvel, o Ministro

Célio Borja, na posição de relator do ERE 115.683 – SP, afirmou o seguinte:

“(…)

Na conformidade do artigo 33, CTN, a base de cálculo do IPTU é o valor venal do imóvel. Uma das formas de determinação desse valor é a multiplicação da área do imóvel por um valor atribuído, pelos interessados, ao metro quadrado; ou o valor do metro quadrado de construção, pela área construída. Claro que o valor unitário poderá variar em decorrência de situação do terreno, idade da edificação e qualidade dos materiais nela empregados etc. Mas, basicamente, o valor venal é obtido como acima indicado.

Esse procedimento não pode ser adotado para definição da base de cálculo de taxa, pois, como bem anotara o Ministro Moreira Alves, no paradigma que sufraguei no RE nº 110.327-SP, ‘nada mais é do que forma de mascarar a incidência de uma alíquota (tantos por cento) sobre o valor do imóvel, apurado em função de uma unidade de medida’... (‘a que se atribui o valor de um salário mínimo’, no caso a que se referia o voto de S.Exa.).
(...) (RTJ 131/887)”

13. Assim, o Supremo Tribunal Federal vinha entendendo que, ao usarem a área do imóvel, as taxas repetiam a mesma base do IPTU:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 131450 - SP

Data do Julgamento: 21-05-1991

Ementa: Taxa de licença para localização. Cobrança por metro quadrado de área de construção, ou ocupada. Base de cálculo que apresenta identidade proibida com a do imposto predial e territorial urbano (art. 145, §2º, da Constituição de 1988).

Recurso extraordinário provido, para restabelecer a sentença concessiva da segurança.

VOTAÇÃO: UNÂNIME.

RESULTADO: PROVIDO.

Publicação: DJ DATA-21-06-91 PP-08428
EMENT VOL-01625-01 PP-00198

Relator: OCTAVIO GALLOTTI

Sessão: PRIMEIRA TURMA”

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 185050 - SP

Data do Julgamento: 28-06-1996

EMENTA: Taxas de licença e funcionamento, de prevenção de incêndio e de publicidade.

Inconstitucionalidade da exação, ante a identidade de sua base de cálculo (metro quadrado de área ocupada ou construída) com a utilizada para a cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano - IPTU (art. 145, § 2º, da Constituição).

Precedente do Tribunal Pleno: ERE 115.683 (RTJ 131/887).

Votação: Por maioria.

Resultado: Improvido.

RECTE. : MUNICÍPIO DE SOROCABA

RECDO. : BANCO DO BRASIL S/A

Publicação: DJ DATA-07-03-97 PP-05409

EMENT VOL-01860-04 PP-00680

Relator p/ o acórdão: OCTAVIO GALLOTTI

Relator: ILMAR GALVÃO

Sessão: Primeira Turma”

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 120954
- ES

Data do Julgamento:14-03-1996

EMENTA: Taxa de Segurança contra Incêndio do Estado. Sua inconstitucionalidade, por identidade de base de cálculo (valor unitário do metro quadrado) com a do Imposto Predial e Território Urbano (art. 18, § 2º, da Constituição de 1967 - Emenda nº 1-69).

Votação: Unânime.

Resultado: Não conhecido e declarada a inconstitucionalidade dos arts. 8º e 9º da lei-3310/79 do Estado do Espírito Santo

RECTE. : ESTADO DO ESPÍRITO SANTO

RECDO. : DISTRIBUIDORA REBELLO LTDA E OUTROS

Publicação: DJ DATA-13-12-96 PP-50179

EMENT VOL-01854-05 PP-01005

Relator: OCTAVIO GALLOTTI

Sessão: Tribunal Pleno”

14. No entanto, em duas decisões proferidas no ano passado, o Supremo Tribunal modificou o ponto de vista anteriormente adotado e exposto acima. Passou o Pre-tório Excelso a admitir que taxas utilizassem como base de cálculo a área do imóvel, sem que houvesse afronta ao art. 145, §2º, da Constituição.

15. Senão, vejamos.

16. No informativo 157 – STF, “concluindo o julgamento de recurso extraordinário, o Tribunal, por maioria, decidiu que é constitucional a taxa de coleta de lixo domiciliar instituída pelo Município de São Carlos - SP (Lei municipal 10.253/89). O Tribunal entendeu que o fato de a alíquota da referida taxa variar em função da metragem da área construída do imóvel - que constitui apenas um dos elementos que integram a base de cálculo do IPTU - não implica identidade com a base de cálculo do IPTU, afastando-se a alegada ofensa ao art. 145, § 2º, da CF (“As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”). Vencido o Min. Marco Aurélio, que declarava a inconstitucionalidade da referida taxa por ofensa ao art. 145, § 2º, da CF.”. Essa decisão se deu no julgamento do RE 232.393-SP, rel. Min. Carlos Velloso, em 12.8.99.

17. No mesmo sentido, “também com base no entendimento acima mencionado, o Tribunal, por maioria, concluindo o julgamento de recurso extraordinário, decidiu que é constitucional a taxa de licença de fiscalização, localização e funcionamento cobrada pelo Município de Belo Horizonte - MG (Lei Municipal 5.641/89). Afas-

tou-se a alegada tese de ofensa ao art. 145, § 2º, da CF (“As taxas não poderão ter base de cálculo própria de impostos.”) uma vez que a base de cálculo da referida taxa, isto é, a área ocupada pelo estabelecimento fiscalizado constitui, apenas, um dos elementos levados em consideração na base de cálculo do IPTU, que é o valor venal do imóvel. Vencido o Min. Marco Aurélio, por entender caracterizada a ofensa ao art. 145, § 2º, da CF, visto que a área do imóvel é integrante da base de cálculo do IPTU. RE 220.316-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 12.8.99.”

18. As duas decisões acima, proferidas no julgamento dos RREE 232.393-SP e 220.316-MG, pelo Supremo Tribunal Federal, na sua composição plena, mudam completamente a orientação anterior, citada nos itens 12 e 13 acima.

19. Do cotejo das duas teses adotadas pela Suprema Corte, parece-me que a última posição (a dos RREE 232.393-SP e 220.316-MG) é a mais acertada. Isso porque não há identidade de base de cálculo entre a taxa de bombeiros e o IPTU, porquanto este tributa o valor venal do imóvel, a teor do art. 33 do CTN, e aquele a área do imóvel que pode vir a usufruir do serviço público prestado pelo Corpo de Bombeiros.

20. Por outro lado, entendo que a taxa de bombeiros viola outro dispositivo constitucional, pois o serviço prestado pelos corpos de bombeiros militares não podem ser remunerados por tal espécie de tributo. As corporações de bombeiros prestam segurança pública a toda a sociedade, a teor do art. 144 da Constituição.

21. Nesses casos, o art. 144 estabelece que a segurança pública é direito e responsabilidade de todos e dever do Estado. Na medida em que a Constituição assegura a segurança pública, nela incluída os bombeiros, a todos os cidadãos como um direito subjetivo, esse direito deve ser exercido sem condicionantes, tais como o pagamento de taxas.

22. Em caso análogo, só que analisando taxa de segurança policial, “por aparente ofensa ao art. 144, “caput”, inciso V e §5º da CF (“Art. 144 - A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: ... V - polícias militares e corpos de bombeiros militares ... § 5º - Às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.”), o Supremo Tribunal deferiu medida liminar em ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, para suspender, com eficácia “ex nunc” e até final julgamento da ação, a expressão “serviço ou atividade policial-militar, inclusive policiamento preventivo”, constante do art. 2º, bem como da Tabela V, ambos da Lei 6.010/96, do Estado do Pará, que institui a Taxa de Segurança [“art. 2º- A Taxa de Segurança tem como fato gerador a efetiva ou potencial utilização, por pessoa determinada, de qualquer ato decorrente do exercício do Poder de Polícia, serviço ou atividade policial-militar, inclusive policiamento

preventivo prestado ou posto à disposição do contribuinte por qualquer dos órgãos do Sistema de Segurança Pública (art. 3º da Lei nº 5.944/96), exceto o Departamento de Trânsito do Estado do Pará - DETRAN-PA.”], porque dizem respeito à atividade de segurança da polícia militar estadual. Entendeu-se que sendo a segurança pública dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através entre outras da polícia militar, só pode ser sustentada por impostos e não por taxa. ADInMC 1.942-DF, Rel. Min. Moreira Alves, 5.5.99.” (Informativo STF nº 148).

23. O citado acórdão, da lavra do Ministro Moreira Alves, publicado em 22 de outubro de 1999, foi assim ementado:

“EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 2º e Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará. Medida Liminar.

- Em face do artigo 144, “caput”, inciso V e parágrafo 5º, da Constituição, sendo a segurança pública dever do Estado e direito de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através, entre outras, da polícia militar, essa atividade do Estado só pode ser sustentada pelos impostos, e não por taxa, se for solicitada por particular para a sua segurança ou para a de terceiros, a título preventi-

vo, ainda quando essa necessidade decorra de evento aberto ao público.

- Ademais, o fato gerador da taxa em questão não caracteriza sequer taxa em razão do exercício do poder de polícia, mas taxa pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, o que, em exame compatível com pedido de liminar, não é admissível em se tratando de segurança pública.

- Ocorrência do requisito da conveniência para a concessão da liminar.

Pedido de liminar deferido, para suspender a eficácia “ex nunc” e até final julgamento da presente ação, da expressão “serviço ou atividade policial-militar, inclusive policiamento preventivo” do artigo 2º, bem como da Tabela V, ambos da Lei 6.010, de 27 de dezembro de 1996, do Estado do Pará.”

24. Dessa forma, demonstra-se a incompatibilidade da taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco com a Constituição de 1988, notadamente com o seu art. 144. A segurança pública, nela incluída os corpos de bombeiros militares, só podem ser custeados pelos impostos.

4. Conclusão

25. Diante do exposto, conclui-se que:

- a) a taxa de limpeza pública, cobrada pelo Município do Recife, não deve ser paga pelos órgãos federais

com sede no território da referida entidade tributante, ante a sentença favorável à União, proferida pelo Juiz Federal da 2ª Vara, e confirmada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região;

- b) a taxa de prevenção e extinção de incêndio do Estado de Pernambuco viola o art. 144 da Lei Maior; e
- c) enquanto não houver decisão judicial favorável à União, a taxa de bombeiros deve ser paga pelos órgãos federais situados no Estado de Pernambuco.

26. Por fim, proponho que seja oficiado ao Sr. Gerente Regional do Patrimônio da União no Estado de Pernambuco, dando-lhe ciência deste parecer, em resposta à consulta por ele formulada a esta Procuradoria, bem como ao Sr. Procurador-chefe da União neste Estado para que, dentro de suas atribuições, estude a viabilidade da propositura de ação contra o Estado de Pernambuco, visando ao não pagamento da taxa de bombeiros.

27. É o parecer, que submeto à consideração do Sr. Procurador-chefe.

Aprovo o brilhante parecer da lavra do Subprocurador-chefe da Fazenda Nacional no Estado de Pernambuco, Dr. Joaquim Lustosa Filho. Oficie-se conforme proposto.

PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL NO ESTADO DE PERNAMBUCO,
em 1º de março de 2000.

DÁRIO DE OLIVEIRA PINHEIRO
Procurador-chefe da PFN – PE

Nota JLF/PFN/PE nº 03/2000

Em 1º de março deste ano, emiti o parecer JLF/PFN/PE nº 02/2000, aprovado por V.Sa., sobre a taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco, no qual concluí que a citada taxa violava o art. 144 da Constituição, sendo necessário que se oficiasse ao Procurador-Chefe da União no Estado de Pernambuco para que aquele órgão estudasse a viabilidade da propositura de ação contra o Estado de Pernambuco, a fim de eximir a União do pagamento daquela exação.

2. Ocorre que, melhor analisando a legislação tributária do Estado de Pernambuco, constatei a existência da Lei nº 11.414, de 20-12-1996, que assim dispõe em seu art. 2º, in verbis:

“Art. 2º. Ficam isentas do pagamento da TPEI - Taxa de Prevenção e Extinção de Incêndio as pessoas jurídicas de direito público.”

3. Vê-se portanto, que as pessoas jurídicas de direito público são isentas do pagamento da taxa de bombeiros. Assim, a União não é sujeito passivo da citada taxa, sendo desnecessária a propositura de ação judicial.

4. Diante do exposto, proponho a revisão do parecer JLF/PFN/PE nº 02/2000, para que se desconsiderem os seus itens 25.c) e 26, pois a União é isenta da taxa de bombeiros, o que a torna carecedora de uma eventual ação declaratória de inexistência de obrigação de pagar a mencionada taxa.

5. Diante do exposto, proponho a V.Sa. que, após aprovada esta nota, seja oficiado ao Sr. Procurador-Chefe da União no Estado de Pernambuco e ao Gerente Regional do Patrimônio da União no Estado de Pernambuco, dando-lhes conhecimento da lei estadual acima transcrita, e para que desconsiderem os itens 25.c) e 26 do parecer citado acima, haja vista a isenção deferida às pessoas jurídicas de direito público, no caso a União, os Municípios e suas autarquias, que são desobrigadas do pagamento da taxa de bombeiros do Estado de Pernambuco.

À consideração do Sr. Procurador-Chefe.

13 de março de 2000

SENTENÇA CÍVEL. NOME COMERCIAL.

Jorge Américo Pereira de Lira
Juiz de Direito

PROCESSO N.º 00197049690-8
TOMBO N.º 22.260

EMENTA: NOME COMERCIAL – MARCA – REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI – COLIDÊNCIA - EMPRESAS DE MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.

I. Não há confundir-se marca e nome comercial, este elemento individualizador da empresa e aquela, meio de identificação de produtos, mercadorias e serviços. Tanto o nome comercial quanto a marca, devidamente registrados, nos termos da legislação mercantil aplicável, devem ser protegidos.

II. Em regra, eventual conflito entre eles deve ser resolvido pelo princípio da especificidade, sendo fundamental a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes, porque, se distintos, de molde a afastar confusão, não haveria impossibilidade de convivência.

III. Afigurando-se impossível a aplicação do princípio da especificidade, quando as empresas em conflito atuarem no mesmo ramo de atividade comercial, há de

aplicar-se, para o desate da pendenga, o princípio mercantil da anterioridade, observando-se as jurisdições administrativas das Juntas Comerciais.

IV. Assim, havendo registro de nome comercial anterior a registro de marca, prevalecerá aquele, nos limites da jurisdição administrativa do órgão específico. Uma grande empresa, com uma cadeia de filiais ou de estabelecimentos, para preservar e garantir o monopólio de seu nome, não basta tê-lo registrado na sua sede, mas estendê-lo a outras juntas comerciais, onde deseje operar.

Vistos etc.

1. Cuida-se de ação de preceito cominatório, cumulada com perdas e danos, ajuizada, sob o rito comum ordinário, por FARMÁCIA PAGUE MENOS LTDA. em face de EMPREENDIMENTOS PAGUE MENOS S.A., ambas devidamente qualificadas na petição introdutória de fls. 02/08, colimando, sob a cominação de pena para o caso de transgressão do preceito, ser a Ré obstada de utilizar o nome “Pague Menos”, bem como condenada a compor as perdas e danos correspondentes, em decorrência da captação ilícita de clientela, por uso indevido de nome comercial, por isso que afirma que vem atuando nesta capital, no ramo de medicamentos em geral, desde o ano de 1991, quando teve arquivados seus atos constitutivos na Junta Comercial do Estado de Pernambuco, daí decorrendo o direito de exclusividade do nome comercial.

À inicial, instruindo-a, foram juntos os documentos de fls. 09/37.

2. Citada (v. fl. 43), a Ré atuou na instância do art. 297, do CPC, oferecendo resposta sob a forma de contestação (v. fls. 45/49, com os documentos de fls.50/63) e reconvenção (v. fls. 64/71, com os documentos de fls.72/85). Rebate a ré-reconvinte a pretensão deduzida pela autora-reconvinda, redarguindo que é proprietária da marca nominativa “Farmácia Pague Menos” em virtude de registro no INPI, conforme o Certificado de Registro de Marca n.º 815276257, tendo, assim, direito à exclusividade dessa marca em todo território nacional.

Aduz, ainda, que teve seus atos constitutivos arquivados na Junta Comercial do Estado do Ceará em 19 de maio de 1981, sendo certo que, por ocasião de seu estabelecimento nesta cidade, arquivou os mesmos na Junta Comercial de Pernambuco, no ano de 1997.

Por essas razões, ao tempo em que objetiva, na contestação, o bloqueio do pedido prefacial, formulado pela autora-reconvinda, na atrial, persegue, na demanda reconvenção, provimento judicial no sentido de impelir esta última a alterar a sua denominação social e fazer cessar o uso da marca nominativa “Pague Menos”, sob qualquer forma, tudo com a fixação de pena pecuniária para a hipótese de sua indisciplina..

3. Sobre a contestação, disse a Autora às fls. 91/93.

Na contestação à lide derivada (v. fls.119/124), sob o argumento da anterioridade do registro de sua denominação comercial na jurisdição administrativa da Junta Comercial do Estado de Pernambuco sobre o registro da marca nominativa da ré-reconvinte no INPI, a autora-reconvinda alterca a tese esgrimida por aquela, dizendo que o direito à exclusividade, no particular, é inerente ao re-

gistro do nome comercial. Contudo, o direito de exclusividade se adstringe, na espécie dos autos, à circunscrição territorial da JUCEPE (i.e., apenas ao Estado de Pernambuco), por força do registro do nome comercial da ré-reconvinte na jurisdição administrativa da Junta Comercial do Ceará e, também, por efeito do registro, junto ao INPI, da marca nominativa “Pague Menos”.

Assim, vieram-me os autos conclusos para o desentrelace.

É o relatório.

DECIDO.

4. Cuido, de preâmbulo, que a lide comporta o julgamento conforme o estado do processo, por força do princípio da eventualidade contido nos arts. 282, 302 e 128, do CPC.

O julgamento antecipado da lide representa providência que se ajusta às questões debatidas, prescindindo, pois, da abertura de dilação probatória em audiência (art. 330, I, CPC).

5. Registre-se que não há confundir-se “marca” e “nome comercial”, este elemento individualizador da empresa e aquela, meio de identificação de produtos, mercadorias e serviços. A colidência entre nome comercial e marca não se resolve simplesmente em função do registro desta no INPI, como sustenta a ré-reconvinte em sua tese, porquanto ambos gozam de proteção, sendo bastante a proteger aquele o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio.

Destarte, não pode uma marca interferir em um nome comercial previamente registrado e arquivado no registro do comércio competente, sob a alegativa de proteção

nacional do registro da marca nominativa no INPI, isso porque é relativo o caráter dessa proteção, desafiando mitigação, casuisticamente. Desse modo, havendo registro de nome comercial anterior a registro de marca, prevalecerá aquele, nos limites da jurisdição administrativa do órgão específico.

Em regra, eventual conflito entre eles deve ser resolvido pelo “princípio da especificidade”, sendo fundamental a determinação dos ramos de atividade das empresas litigantes, porque, se distintos, de molde a afastar confusão, não haveria impossibilidade de convivência.

In casu, contudo, desde que as empresas em conflito atuam no mesmo ramo de atividade comercial (comércio varejista de medicamentos em geral), afigura-se impossível a aplicação do princípio da “especificidade”. Para o deslinde da controvérsia, há de aplicar-se, pois, o princípio mercantil da “anterioridade”, observando-se as jurisdições administrativas das Juntas Comerciais.

6. Discorrendo sobre o tema: “exclusividade do nome comercial”, RUBENS REQUIÃO (“Curso de Direito Comercial”, 1º vol., Saraiva, pág. 175), ensina que “o direito à exclusividade é inerente ao nome comercial. Apenas a exclusividade, a princípio, se circunscreve à jurisdição administrativa da Junta Comercial que acolher o Registro da firma ou denominação (...). A exclusividade do uso do nome comercial na jurisdição de outra junta comercial depende de arquivamento de certidão em breve relatório da empresa, passada pela Junta Comercial em que esta tenha sede, mediante requerimento do interessado. Como se vê, uma grande empresa, com uma cadeia de filiais ou de estabelecimentos, para preservar e

garantir o monopólio de seu nome, não basta tê-lo registrado na sua sede, mas estendê-lo a outras juntas comerciais, onde deseje operar (...)"

De sua parte, ALONSO CALDAS BRANDÃO ("Comentários à Lei do Registro do Comércio", Mabri Livraria Editora, 1966, págs. 42 e 43) esclarece que "o registro do comércio produz, em relação à firma ou razão social, os seguintes efeitos: (...) c) atribui à firma direito de preferência, ficando absolutamente privada de inscrição qualquer outra que possa ocasionar erro ou confusão; d) confere a quem primeiro registrou a firma o direito de usá-la ou empregá-la.

Dessa forma, a inscrição da firma ou razão social, além de proteger o comerciante inscrito, na exclusividade de que lhe confere de usá-la, em determinada circunscrição territorial, é fator importante para a segurança das relações com terceiros"

7. No mesmo sentido da doutrina, exsurge triunfante a jurisprudência do colendo STJ, a quem compete a uniformização da interpretação do direito federal infraconstitucional, a conferir :

“EMENTA: DIREITO COMERCIAL – COLIDÊNCIA DE EXPRESSÃO (“PÉ QUENTE”) UTILIZADA COMO TÍTULO DE ESTABELECIMENTO, POR EMPRESAS DE MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO (REVENDA DE LOTERIAS) - REGISTRO ANTERIOR NA JUNTA COMERCIAL DE SAN-

TA CATARINA – PREVALÊNCIA SOBRE REGISTRO DE MARCA, POSTERIOR NO INPI – NOVIDADE E ORIGINALIDADE COMO FATORES DETERMINANTES – ARTS. 59 E 64 DA LEI 5772/71 – RECURSO DESACOLHIDO. I – Tanto o registro realizado nas Juntas Comerciais (denominação social ou nome de fantasia), quanto ao levado a efeito junto ao INPI (marca), conferem à empresa que os tenha obtido, o direito de utilizar, com exclusividade, em todo território nacional, a expressão que lhes constitui como título de estabelecimento, como sinal externo capaz de distingui-la, perante a generalidade das pessoas, de outras que operam no mesmo ramo de atividade. II – Havendo conflito entre referidos registros, prevalece o mais antigo, em respeito aos critérios da originalidade e novidade.” (STJ – 4ª T. – REsp – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo – j. 11.10.93).

“COMERCIAL – MARCA – NOME COMERCIAL – REGISTRO – INPI – JUNTA COMERCIAL – LEGITIMIDADE. I – Segundo a jurisprudência do STJ, quanto ao meio que gerava a aquisição da propriedade da marca, nos afastamos do sistema que atribuíra sua ocupação ou utilização prolongada. Assim, vigente a lei espe-

cial, o INPI é o órgão onde, registrada a marca, se lhe atribui validade erga omnes da propriedade. Quanto ao nome comercial, sua validade e publicidade são requisitos conferidos pela Junta Comercial, por isso que ambos os titulares (Marca e Nome Comercial) têm legitimidade, cada qual no seu campo específico de atividade, para utilizá-los, evitando que o nome comercial resulte em instrumento de captação de clientela”. (STJ – 3ª T. – REsp – Rel. Min. Waldemar Zveiter – j. 21.02.94).

“COMERCIAL – MARCA – NOME COMERCIAL. A circunstância de ter-se obtido registro de determinada expressão, como marca, não significa possa ser utilizada como nome comercial, colidindo com o de terceiro, que anteriormente havia adquirido direito à exclusividade de seu uso”. (STJ - 3ª T. – REsp – Rel. Min. Eduardo Ribeiro – j. 10.02.92).

“COMERCIAL – PROPRIEDADE INDUSTRIAL – NOME COMERCIAL – MARCA – COLIDÊNCIA – REGISTRO DO COMÉRCIO – ATOS CONSTITUTIVOS – ARQUIVAMENTO. PROPRIEDADE INDUSTRIAL – NOME COMERCIAL E MARCA - COLIDÊNCIA. A colidência entre nome comercial e marca não se resolve simplesmente em função do registro desta no INPI, porquanto ambos gozam de proteção, sendo bastante a proteger aquele o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio, que, in casu, é anterior, não podendo vingar, assim, a pretensão de abstenção de uso da expressão designativa da marca da recorrente no nome comercial da recorrida. Precedentes. Recurso não conhecido”. (STJ – 3ª T. – REsp – Rel. Min. Costa Leite – j. 01.07.96).

“NOME COMERCIAL – MARCA – REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO INPI. 1 – Tanto o nome comercial quanto a marca, devidamente registrados, nos termos da legislação mercantil aplicável, devem ser protegidos. Se o pedido alcança, apenas, a vedação do uso da marca, admitido nas instâncias ordinárias que o registro de marca da autora está vigente e o da ré foi indeferido e, ainda, que o nome comercial da ré é registrado com anterioridade, defere-se a vedação para uso da marca, não afetando, pois, o nome comercial da empresa ré. 2. Recurso especial conhecido, em parte, e nessa parte provido”. (STJ, 3ª T. – REsp. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes – j. 20.10.97).

Do repertório jurisprudencial, é significativo trazer à colação, ainda, o seguinte aresto :

“Toda firma deverá se distinguir de qualquer outra que exista inscrita no registro do lugar. O dono da firma registrada ou inscrita pode obrigar o concorrente que se apresente com firma idêntica, a modificá-la por forma que seja impossível erro ou confusão. É limitada à circunscrição territorial do registro a proibição de inscrever ou de usar firma homônima” (Rev. For., vol. XXXII, p. 428, IN: Alonso Caldas Brandão, ob. cit. p. 116) (g. n.).

8. Estas as considerações para a solução da pendenga, força concluir que a autora- reconvinde tem direito à exclusividade do uso de seu nome comercial (Farmácia Pague Menos Ltda.), na circunscrição territorial da JU-CEPE, vale dizer, em todo o Estado de Pernambuco, tão-somente pelo arquivamento de seus atos constitutivos nessa junta, antes do registro da marca nominativa da ré-reconvinte (“Pague Menos”) no INPI.

Impende gizar-se, no tocante à verificação do tempo do registro da marca nominativa de propriedade da ré-reconvinte, que, de acordo com os capítulos VIII, IX e X do atual Código de Propriedade Industrial (Lei n.º 9.279/96), “depósito” é o mero pedido de registro, que será examinado pelo órgão competente, para posterior concessão de registro, o qual somente terá validade na data de publicação deste último ato (v. art. 163). Deveras, no caso dos autos, o depósito, efetivado em 30.11.89, foi feito antes do registro do nome comercial da autora-reconvinda na JUCEPE; porém, a data de concessão do registro é posterior (23.06.1992).

Por seu turno, a ré-reconvinte tem direito à exclusividade do uso de seu nome comercial (Empreendimentos Pague Menos S/A), na circunscrição territorial da Junta Comercial do Ceará, e, por força do registro junto ao INPI, exclusividade quanto ao uso da marca “Pague Menos” em todo o território nacional, à exceção do Estado de Pernambuco – circunscrição administrativa da JUCEPE-, onde há a anterioridade do registro da denominação comercial da autora-reconvinda no órgão específico, o que constitui um óbice à proteção nacional requerida pela ré-reconvinte ao INPI.

9. Por esses fundamentos, ante o exposto, ao tempo em que JULGO IMPROCEDENTE a demanda reconvençional, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido prefacial, formulado pela autora-reconvinda, na peça atri-
al, e, em consequência, reconhecendo a esta última o direito à exclusividade do uso do nome comercial na circunscrição territorial da JUCEPE, condeno a ré-reconvinte a se abster imediatamente da utilização da referida

denominação, sob qualquer forma, inclusive para o efeito de fazer cessar toda e qualquer publicidade que veicule o nome “PAGUE MENOS”, sob pena de multa diária de R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Condeno a ré-reconvinte, outrossim, pelo uso indevido de nome comercial previamente registrado e arquivado no órgão específico (Junta Comercial do Estado de Pernambuco – JUCEPE), o que importa em captação ilícita de clientela, a arcar com o pagamento de perdas e danos, exclusivamente materiais, posto que, no caso, entendendo que, na reparação respectiva, por ser ampla, está compreendida, inclusive, a eventual lesão de natureza extra-patrimonial, em montante a ser depurado em liquidação de sentença, sob a forma de arbitramento (cf. art. 607, CPC).

Pelo princípio da sucumbência, a parte ré-reconvinte responderá, ainda, com o pagamento das custas processuais e verba honorária advocatícia, essa arbitrada no valor correspondente a 10% sobre o valor emprestado à causa subordinada (lide reconvençional) e 20% da condenação (art. 20, § 3º, CPC), na lide dita principal..

Custas na forma da lei, já satisfeitas por antecipação.
P.R.I.

Recife, 16 de novembro de 1998.

SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS.

Nivaldo Mulatinho Filho
Juiz de Direito

Processo nº 00198005520-3

EMENTA: Denúncia de Crimes Hediondos. As Vítimas sobreviventes não têm dúvida sobre a autoria. Inexistiu a tortura. A violência foi exercida para o fim de subtração e dela resultou a morte de uma das vítimas. Tentativa de estupro. Concurso material de crimes. Latrocínio consumado.

E.N.O., conhecido por G. devidamente qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nas penas do artigo 157, § 3º, in fine, do Código Penal, combinado com o art. 1º da Lei 8930/94, e dos arts. 214 do Código Penal e 1º, inciso I, letra "b", e § 4º, II, da Lei 9455/97 (Lei dos Crimes de Tortura), todos combinados com o art 69 do Código Penal (Concurso Material

de Crimes), em razão dos fatos delituosos acontecidos no dia 19 de abril de 1998, pelas 20 horas, no interior do imóvel de número 136 da rua Itapiraí, no Vasco da Gama, nesta cidade do Recife, onde ele entrou, munido de arma de fogo, para agir contra as vítimas S.M.T.DOS S. de 16 anos, A.M.D. DOS S., T.M. DOS S. e a adolescente M.M.C., essa última assassinada a tiros, conforme a Perícia Tanatoscópica de fls. 64.

O denunciado, que era vizinho das vítimas, na Rua Itapiraí, localizada no Alto Nossa Senhora de Fátima, também conhecido como "Alto da Foice", entrou no imóvel, com um revólver calibre 38, ordenando que todas elas ficassem completamente nuas apoderando-se de um relógio de pulso, uma pulseira e outros bens existentes na casa, conforme o Auto de Apreensão de fls. 12, depois de amarrar e amordaçar as mesmas com suas próprias roupas.

A vítima S. foi a única a permanecer sem amarras, pois desmaiou. Depois, quando o acusado estava tentando violentar a mesma S., houve reação e gritos dela, o que alertou os vizinhos, tudo culminando com a fuga do denunciado, que, antes de sair do imóvel, com os objetos roubados, atirou contra as quatro vítimas, atingindo mortalmente M. e ferindo as outras três.

Narra a Denúncia que o acusado ocupou-se durante cerca de uma hora em torturar as vítimas, causando-lhes sofrimento físico e mental, espancando-as e ameaçando-as de estupro e morte. E também que o denunciado praticou atos de libidinagem com as quatro vítimas, chegando a estuprar a vítima fatal, a adolescente M..

As Perícias Traumatológicas referentes às vítimas sobreviventes estão às fls. 54/54v, fls. 55/55v e fls. 56/56v.

O acusado, conhecido na comunidade do Alto de Nossa Senhora de Fátima como G., foi preso, logo depois dos fatos, em sua própria casa (Auto de Prisão em Flagrante de fls. 08/14).

A denúncia foi recebida no dia 05 de maio de 1998, sendo, na mesma data, através do despacho de fls. 81, mantida a Custódia do acusado, com a decretação da sua Prisão Preventiva.

Interrogatório Judicial de fls. 88/89, tendo o denunciado negado a autoria, confessada na fase do Inquérito.

No Tríduo legal, a Defensora dativa apresentou Rol de testemunhas (fls.90).

Todas as três (03) vítimas sobreviventes foram ouvidas, na Instrução Criminal, duas (02) delas através de Carta Precatória (fls. 106/109 e fls.148/151).

Também foram ouvidas, em Juízo, cinco (05) testemunhas do Rol da Denúncia e duas (02) apresentadas pela Defesa (fls. 110/115 e fls. 135/137).

A Assistente Social do Juízo, Dra. Deane Soares, apresentou o Laudo de Estudo social de fls. 126/130, onde estão relatadas, inclusive, as condições físicas do local do crime.

A Promotoria de Justiça apresentou suas alegações finais às fls. 155/160, pugnando pela procedência parcial da Denúncia. Considera que houve Latrocínio e Tentativa de estupro, com a aplicação das regras do

concurso real de crimes, sendo a adolescente S.M.T. DOS S., a única vítima do crime de natureza sexual, conforme as provas colhidas na Instrução do processo.

A Defensora Dativa do acusado pede a sua ABSOLVIÇÃO "por falta de provas", considerando que o mesmo foi torturado pela polícia. Aponta contradições nos depoimentos das testemunhas e ressalta que a arma do crime não foi apresentada para que se fizesse o exame balístico (fls. 162/163).

No prazo do art. 499 do CPP, as partes nada requereram (fls. 152 e fls. 152v), mas chamei o feito à ordem, após as alegações finais, para reiterar o pedido de remessa dos Exames procedidos no acusado E.N.O., de acordo com o encaminhamento de fls. 29.

O resultado dos Exames foi encaminhado pela Diretoria de Polícia Científica (fls. 169).

À vista do Documento, as partes requereram o prosseguimento do feito, sem oposição ao mesmo (fls. 170 e fls. 170v).

É o Relatório.

Decido.

A Denúncia tem procedência Parcial.

Os elementos probatórios dos Autos são inteiramente desfavoráveis ao acusado, inexistindo qualquer dúvida sobre a autoria dos crimes.

Comprovada a responsabilidade penal de E.N.O., o G., assinala-se que o Crime de Tortura não se enquadra nas suas ações delituosas, pois, como bem colocou, nas Razões Finais, a douta Promotoria de Justiça, a "violência impingida às ofendidas foi empregada em

causa de duas motivações: a de subtrair bens de valor das mesmas e a prática de conjunção carnal com uma delas" (fls. 159).

Analisemos.

A materialidade dos delitos, configurada nas Perícias dos Autos, apresenta o quadro completo da ação delituosa. Com exceção da vítima fatal, M.M. da C., todas as outras sofreram lesões leves, embora a prova colhida seja clara quanto à intenção do acusado: eliminar as pessoas que estavam, naquela trágica noite, no imóvel de número 136 da Rua Itapiraí, no Vasco da Gama, depois de se apossar de alguns parques bens que elas tinham. O agente criminoso determinou que as quatro vítimas ficassem inteiramente nuas - o que era uma forma de satisfazer sua lascívia e de ter um domínio sobre todas elas - mas, de logo, revelou seu desejo de saber qual era a jovem virgem do grupo, como diz a própria vítima S., no seu minucioso depoimento judicial, prestado na Comarca de Santa Maria da Boa Vista, local onde reside, pois estava trabalhando no Recife, para ajudar a família, na época dos fatos do presente processo:

"que arrecadado os objetos e o dinheiro E. virou-se para a declarante e tentou lhe arrastar para o quarto tentando manter relações sexuais, o que não conseguiu pois a declarante lutou muito com o mesmo; que esclarece ainda a testemunha que E. ao entrar na casa perguntou a todas quem era virgem ou não, tendo suas primas e M. apontado para a sua pessoa; que quando E. tentava lhe estuprar a testemunha gritou muito por socorro" (fls. 150).

A vítima A.M.D. DOS S. confirma, no seu depoimento judicial, prestado no Recife, a narrativa de sua irmã de criação, S., afirmando "que o acusado realmente chegou a perguntar se entre as vítimas existia alguma virgem" (fls. 108).

A "inequívoca intenção" do acusado E. em manter relações sexuais com a adolescente S., como assinala a Promotoria de Justiça (fls. 157), não se concretizou por motivos alheios à vontade do mesmo.

S., que havia desmaiado quando o acusado apontando o revólver, determinou que todas tirassem as roupas (fls. 108 e fls. 148), lutou muito e gritou por socorro, atraindo os vizinhos, e, finalmente, obrigando o acusado E. a fugir do local, depois de atirar contra todas as quatro vítimas.

Vale transcrever a parte final do depoimento de S.:

"que quando E. tentava lhe estuprar a testemunha gritou muito por socorro; que como houve MUITO BARULHO E. puxou a testemunha até a cozinha e mandou abrir a porta para ver se vinha alguém, que tinha um vizinho, mas a testemunha disse a E. que não tinha ninguém; que E. olhou também pela porta e viu o vizinho ocasião em que ele fechou a porta, apagou a luz da cozinha a beijar e enforcar a testemunha e depois levou a testemunha até a sala onde estavam as demais e ainda segurando a testemunha dirigiu-se, desta feita para a porta da frente para TENTAR FUGIR, no entanto ao abri-la deparou-se com dois vizinhos que estavam do lado

de fora; que E. bateu a porta da frente e atirou na direção dos vizinhos; que nessa ocasião E. atirou a testemunha para junto das outras e começou a atirar contra elas, atingindo a testemunha na mão direita, A. na barriga e na perna, T. nas costas e no braço e M. no peito, sendo que M. veio a falecer no local; que após ter feito os disparos E. fugiu pela porta da cozinha e a testemunha ferida saiu correndo pela porta da frente pedindo socorro. Que a testemunha completamente nua foi socorrida por um homem que a levou para o Hospital da Restauração e passando algum tempo ali chegaram T. e A.; que tomou conhecimento ainda naquela oportunidade que M. havia falecido em razão dos ferimentos a bala provocados por E.. Que não viu se o acusado praticou ato libidinoso com T., A. OU M." (fls. 150/151 - grifos nossos).

S., ferida na mão, saiu do local dos delitos no mesmo momento em que o acusado fugia pela porta da cozinha, a mesma pela qual entrou M., quando E. já estava dentro da casa, ameaçando as outras vítimas, que tinham gritado para que ela corresse, mas não foram compreendidas pela mesma vítima fatal (fls. 108).

No Relatório da Assistente Social Deane Soares temos a descrição detalhada da casa das vítimas e de todo o cenário onde ocorreram os delitos, inclusive o local onde residia o acusado, a casa de número 126 (fls. 126/129).

A casa nº 136 - a das vítimas - possui porta e janela, na parte da frente, do lado da rua, com escadaria, e

porta dos fundos. Embora vizinhas, as casas de números 136 e 126, não se comunicam, estando a primeira num plano superior, separada da segunda (a do acusado) por uma barreira "não muito alta". As duas casas estão dispostas de tal maneira que é preciso descer a escadaria do nº 136 para alcançar a de nº 126 (fls. 127).

O depoimento judicial da testemunha J. A., proprietário do imóvel onde estavam morando as quatro vítimas - que só se encontravam nas folgas do fim de semana, pois trabalhavam como empregadas domésticas (fls. 109) - é bem significativo, corroborando a narrativa da vítima S., que ele viu ser levada para o Hospital da Restauração e sublinhando "que foi recebido a bala", ou seja, que correu depois que deram um tiro de dentro da casa das vítimas (fls. 111).

A reação da vítima S., a única que não foi amarrada, durante a tentativa de estupro, obrigou, assim, o acusado E. a atirar contra os que se aproximavam do imóvel e, posteriormente, a disparar seu revólver contra todas as vítimas indefesas, atingindo mortalmente a adolescente M..

A testemunha informante e vítima, A.M.D. DOS S. reconheceu, sem vacilar, na Audiência do dia 20 de outubro de 1998, o acusado E., que, no dia do fato da denúncia, pela manhã tinha chegado a falar com a adolescente M. (fls.106).

E. ou G., como bem informou a vítima T. M. D. dos S., sabia de "todo o movimento da casa", inclusive que as vítimas moravam sozinhas" (fls. 149).

Qualquer dúvida razoável a respeito da autoria dos

crimes do presente processo foi afastada durante a Instrução Criminal.

A posição do Julgador, diante de qualquer crime ou dos chamados Crimes Hediondos, deve ser sempre a de procurar esclarecer devidamente todas as dúvidas que tiver, obedecendo aos preceitos constitucionais. Vivemos numa época em que grassam a violência e a impunidade, mas nada legitima a maior de todas as violências: a condenação de uma pessoa inocente.

Não existem contradições nos depoimentos das vítimas sobreviventes, como assinalou a nobre e zelosa Defesa, nas suas alegações finais (fls. 163).

Ao contrário.

Nenhuma delas narra "versões diferentes" dos fatos. Todos os depoimentos são coerentes entre si, mesmo levando-se em conta que a emotividade de cada uma poderia modificar pequenos detalhes dos acontecimentos.

O testemunho judicial da vítima A.M.D. dos S. assinala claramente que a outra vítima sobrevivente T. "viu um homem pulando a janela" (fls. 107). Posteriormente, quando o agente criminoso tirou o pano ou a camisa do rosto é que foi reconhecido, e ela própria, A., disse ao acusado que o tinha reconhecido (ainda fls. 107).

A arma usada nos crimes não foi encontrada pela Polícia Judiciária, porém o teste para a identificação de chumbo nas mãos do acusado E. foi POSITIVO, sendo uma prova contundente (fls.169).

As testemunhas apresentadas pela Defesa informam que o acusado E. ou G. ficou bebendo, cerveja e

cachaça, até às 14 horas do dia 19 de abril de 1998, num açougue perto da casa do próprio denunciado. (fls. 135/137).

O Depoimento de uma dessas testemunhas, J. M. DOS S., deve ser assinalado aqui. Ele diz, como todas as testemunhas do Processo, inclusive as apresentadas pelo Ministério Público, que o acusado E., um pedreiro, é considerado pessoa que sempre prestou serviços a todos na Comunidade. Porém, mesmo dizendo-se surpreso com as acusações, afirma que "os comentários na Comunidade do Alto de Nossa Senhora de Fátima é que E. é o autor do delito contra as quatro vítimas" (fls.136).

Efetivamente, os crimes do dia 19 de abril de 1998 marcaram a comunidade, acostumada a conviver com fatos violentos - o Alto, situado em área de ladeiras, como o nome sugere, era conhecido como "Alto da Foíce" - ou melhor, forçada a viver num ambiente violento. E sempre temerosa.

No Relatório da Assistente Social, que visitou o Alto de Nossa Senhora de Fátima no dia 03 de Julho de 1998, destaca-se, entre outros, o fato de que uma mini-blusa (talvez pertencente a uma das vítimas), ainda estava presa numa planta, perto da janela da casa de nº 136, sem que ninguém tivesse coragem de tirar a mesma do local, mais de dois (02) meses depois dos crimes (fls. 129).

A vítima T. M. D. DOS S. relata, no seu depoimento judicial, que a Polícia chegou depois da fuga de S., que procurou socorro, "após longo tempo" (fls. 149),

encontrando M., já morta, e socorrendo ela, T., e também A., apenas feridas.

O longo tempo é claramente um tempo psicológico, já que ela e A. devem ter vivido momentos terríveis, ao lado da vítima morta, esperando socorro. E cada minuto teve o peso de uma angústia.

Na verdade, a Polícia foi comunicada, pela testemunha J. A., logo depois que S., ferida na mão, saiu da casa de nº 136, e chegou "aproximadamente vinte minutos" após a chamada (fls.111).

Os policiais conduziram T. e A. para o Hospital, onde S. estava e lá, A. "apesar de gravemente ferida conseguiu dizer aos policiais que E., seu vizinho teria sido o autor de tudo aquilo. Que os policiais mediante esta informação retornaram ao local do crime e logo depois conseguiram prender o acusado E.N. DE O., em sua casa dormindo com sua mulher" (fls.149).

A adolescente M., como demonstrou a Perícia dos autos, não sofreu estupro (fls. 64), evidenciando-se que um dos tiros que ela recebeu, foi "à queima-roupa".

Também inexistente qualquer relato de torturas, embora a violência e as ameaças de morte estejam caracterizadas, bem como a intenção de subtrair os bens das vítimas, desde o início (fls. 107).

Evidenciou-se, ainda, a meu ver, a intenção do acusado E. de eliminar as quatro vítimas, depois de descoberto pelos vizinhos.

De qualquer forma, caracterizou-se o Latrocínio, com o evento morte, e também como um só delito.

Nos termos legais, o latrocínio não exige que o

evento morte esteja nos planos do agente. Basta que ele empregue violência para roubar e que dela resulte a morte de qualquer pessoa para que se tenha como caracterizado o delito (RT 462/353, 604/352).

A pluralidade de vítimas, no contexto de uma conduta ou ação, como no caso dos presentes autos, não pluraliza a figura do roubo. Embora havendo pluralidade de patrimônios lesados, não há que falar em continuidade delitiva se a conduta criminosa, exercida no mesmo local e simultaneamente contra mais de uma vítima, exaure-se numa só ação atemorizadora, sendo obtidos os proventos da inflação de uma só vez, no contexto de uma única conduta.

O despojamento de bens de mais de uma pessoa, no contexto de uma única ação de violência ou ameaça, caracteriza CRIME ÚNICO, pois não há concurso material nem crime continuado diante desta unidade de conduta, nem concurso formal diante de um resultado lesivo também único.

Em todo o contexto é necessário que a violência tenha sido exercida para o fim de subtração ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção dos bens subtraídos (RT 513/393 - Apud A. DA S. F. e outros, in Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, 1987, fls. 661 e segs., diversos julgados).

Por outro lado, a tentativa de estupro, sofrida pela vítima S., teve desígnio autônomo.

O Latrocínio consumou-se, pois o acusado E. teve condições de exercer a posse sobre os bens subtraídos, os quais escondeu, perto de sua casa.

Já o delito de natureza sexual não foi concretizado, diante da reação da vítima.

São dois delitos distintos, cabendo o concurso real (ou material) de crimes.

É a orientação pacífica nos Tribunais:

"No plano do Direito Material, o roubo e o estupro são infrações diferentes, incabíveis, seja o concurso formal, seja o crime continuado. Resultantes de dois desígnios autônomos, só é possível, no caso de condenação ser aplicado o concurso material" (JUTACRIM 84/415 - Apud, op. cit., pág. 671).

Por todo o exposto, julgo procedente, em parte, a DENÚNCIA, condenando E.N. DE O., VULGO G., devidamente qualificado nos autos, como incurso nas penas do art. 157, parágrafo 3º, e do art. 213 c/com o art. 14, II, todos do Código Penal, com a aplicação do concurso material de crimes, Latrocínio e Tentativa de Estupro, na forma do art. 69 do mesmo Diploma legal.

Passo a aplicar a pena.

Com referência ao Crime de Latrocínio, com base no art. 59 do Código Penal, e considerando, principalmente, as circunstâncias e conseqüências do crime, inclusive a pluralidade de vítimas, aplico a pena-base de 22 (vinte e dois) anos de reclusão.

Não há circunstâncias agravantes ou atenuantes a considerar.

Inexiste também aumento especial de pena, estabelecido no art. 9º da Lei 8072/90, pois todas as vítimas, inclusive a adolescente morta, são maiores de 14 anos.

Fica, assim, a pena definitiva, para o Latrocínio, estabelecida em 22 (vinte e dois) anos de reclusão, além de multa que aplico, nos termos mínimos do art. 49 do Código Penal, ou seja, com valor do dia-multa fixado em um trigésimo do maior salário mínimo mensal do Estado, vigente ao tempo do fato, Abril de 1998.

Em relação ao crime de Estupro, com base no art. 59 do Código Penal, considerando, principalmente, as conseqüências do delito, e que, apesar da violência, houve o dolo normal exigido pelo tipo do art. 213, aplico a pena-base de seis (06) anos de reclusão, que é a pena definitiva, por ser a mínima.

Sobre a pena, ora referida, aplico a diminuição de 1/2 (metade), em face da tentativa, na forma do parágrafo único do art. 14 do Código Penal, ficando a sanção penal, pelo delito do art. 213, em três (03) anos de reclusão.

Em face do Concurso Material de Crimes (art. 69 do Código Penal), aplico cumulativamente as penas privativas de liberdade, ficando, finalmente, a pena definitiva contra o acusado em 25 (vinte e cinco) anos de reclusão, a ser cumprida, de início, em REGIME FECHADO, no estabelecimento indicado pelo Juízo das Execuções.

Registro o entendimento Jurisprudencial quanto à progressão MERITÓRIA da pena, mesmo nos Crimes Hediondos, como no caso presente.

O acusado E.N.O., ora condenado, estava em LIVRAMENTO CONDICIONAL (fls.89) quando foi preso em flagrante, no dia 19 de abril de 1998, sendo decretada, depois, sua Custódia Preventiva, devendo per-

manecer na Prisão, pois ainda subsistem os fundamentos do Decreto de fls. 81, no que diz respeito à sua periculosidade.

Por outro lado, a norma do art. 594, do CPP, é INAPLICÁVEL, segundo entendimento pacífico do STF ao réu que permaneceu preso durante toda a Instrução Criminal (V. Damásio E. de Jesus, Código de Processo Penal Anotado, Ed. Saraiva, 13ª Edição, 1996, pág. 422).

Recomende-se o acusado na prisão onde se encontra.

Sem custas.

P. R. I. e Comunique-se.

Recife, 22 de Junho de 1999

Nota:

A sentença foi confirmada pelo Tribunal de Justiça de Pernambuco por unanimidade.

SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA – PROCEDÊNCIA – REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE-AMERICANO PARA O INPC

Ricardo de Oliveira Paes Barreto
Juiz de Direito

Vistos, etc...

CONSTRUTORA ARAÚJO PINTO, parte legitimamente habilitada, interpõe AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA contra ABN AMRO ARRENDAMENTO MERCANTIL, já qualificados, sob sucinta alegação de ter celebrado para com a suplicada contrato de arrendamento mercantil relacionado ao veículo que indica, cujas prestações decorrentes seriam pagas em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais e sucessivas, com reajustamento vinculado à variação cambial do Dólar norte-americano.

Aduz que a súbita e inesperada alta na flutuação do Dólar norte-americano em relação ao Real, moeda vigen-

te no país, fato público e notório ocorrido no mês de janeiro do corrente ano, teria causado majoração súbita nas prestações a vencer subsequentes, tornando inviável e inexecutível o cumprimento destas obrigações, como no pacto em análise celebrado.

Fundamenta seu pleito no Código de Defesa do Consumidor, indicando onerosidade excessiva e decorrente abusividade.

Requer o deferimento de tutela antecipada, no sentido de substituição provisória da forma de reajustamento das prestações a vencer com base em índice que venha a ser especificado pelo Juízo, mediante depósito judicial, e, quanto ao mérito da ação, que a cláusula contratual específica relacionada à forma de reajustamento das prestações seja considerada abusiva e modificada para que, ao invés da flutuação com base no Dólar norte-americano, passe a ser utilizado o indexador legal determinado, cumulando pedido compensatório, além das demais cominações de direito.

Foi deferida tutela liminar pelo pagamento provisório das prestações em Real, com atualização monetária pelo INPC, através do despacho de fls. 30/31.

Citada, a empresa ré ofereceu a peça contestatória de fls. 36/70, onde aduz, em resumo, que a ação deve ser julgada improcedente, uma vez que todo o procedimento financeiro adotado se encontra amparado por estipulação contratual, ato jurídico perfeito, que os recursos utilizados no funcionamento foram captados em moeda norte-americana, e que assim devem ser pagos, além do fato de que a relação em análise não estaria amparada pelo Código de Defesa do Consumidor, pugnando pela total improcedência do pleito, além das demais cominações da

verba sucumbencial.

Pela petição de fls. 185, com a peça de fls. 186/221, foi juntando aos autos cópia do recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que concedeu a tutela liminar.

Houve réplica.

Autos conclusos.

Feito o breve relato, decido.

Trata-se de ação ordinária visando à revisão de cláusula contratual, em contrato de adesão, relativamente à forma de reajustamento das prestações pactuadas.

No contrato em análise, ficou estipulada cláusula originariamente fixando a atualização monetária de suas parcelas tomando por base a variação cambial do Dólar norte-americano em relação ao Real, com emissão das boletas de pagamento no quantitativo naquela moeda, para conversão em Real pela cotação comercial oficial do dia do pagamento.

O instrumento particular examinado é de adesão, o qual não comporta discussão prévia de suas cláusulas, modalidade esta protegida pelas normas do Código de Defesa do Consumidor, legislação de ordem pública e de interesse social, que prevê, em seu art. 6º, inc. V, a possibilidade de o consumidor buscar a tutela jurisdicional para solicitar a modificação ou a revisão de cláusulas contratuais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.

Antes mesmo de analisar a necessidade de eventual revisão desta cláusula específica, é de se observar se não se trata de estipulação nula de pleno direito, por ilicitude, ante a vigência do Decreto Lei nº 857/69, cujas prescri-

ções estabelecem a proibição de cobrança em moeda estrangeira de contratos exequíveis neste país, exceto dos contratos de empréstimos e quaisquer obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente ou domiciliada no exterior e de cessão, transferência, delegação, assunção ou modificação das obrigações contraídas por aqueles, ainda que domiciliados ou residentes no país.

A posição jurisprudencial inicialmente pelo STJ era intransigente com essa possibilidade de pagamento, considerando-a incompatível com o regime do mencionado Decreto Lei, tendo assim decidido sua 4ª Turma, no Resp. nº 23.707-9-MG, Relator Min. Athos Carneiro, acórdão unânime de 22.06.93:

“Contrato de compra e venda, com preço fixado e indexado em dólares, para pagamento em cruzeiros. Nulidade da cláusula. É taxativamente vedada a estipulação, em contratos exequíveis no Brasil, de pagamento em moeda estrangeira, a tanto equivalendo calcular a dívida com indexação ao dólar norte-americano, e não a índice oficial ou oficioso de correção monetária, lícito segundo as leis nacionais. Ação de cobrança de variação cambial, proposta pela vendedora. Nulidade de pleno direito da cláusula ofensiva à norma imperativa e de ordem pública. Recurso especial conhecido e promovido.”

Ocorre que, em decisão mais recente, a sua 3ª Turma, no Resp. nº 36.120-6-SP, Relator Min. Waldemar Zveiter, decidiu em acórdão unânime de 21.09.93, em síntese, que:

“Legítimo é o pacto celebrado em moeda estrangeira, desde que o pagamento se efetive pela conversão na moeda nacional. O legislador visou a evitar não a celebração de pactos ou obrigações em moedas estrangeiras, mas, sim, aqueles que estipulassem o seu pagamento em outro valor que não o cruzeiro? moeda nacional? recusando seus efeitos ou restringindo seu curso legal. Inteligência do art. 1º do Decreto Lei nº 857/69. Precedentes Resp's nºs 4.818-RJ e 11.801-RJ. recurso não conhecido”

A questão posta, como se vê, não encontra pacificidade jurisprudencial.

Quanto à doutrina, e mesmo numa visão mais hodierna na interpretação dos contratos diante do princípio *pacta sunt servanda*, diante da globalização do mercado mundial, filio-me ao segundo posicionamento, entendo que, como ensina o mestre Orlando Gomes, em sua obra *Obrigações*, Ed. Forense, 12ª Edição, 1999, pág. 45:

“Nos contratos exequíveis no Brasil, deve-se fazer a conversão para o cruzeiro (no caso a moeda nacional vigente, o real) de acordo com o valor da moeda estrangeira ao tempo de sua execução.”

Se estipulado que o pagamento deve ser efetuado em determinada espécie monetária, sejam dólares, marcos alemães ou francos franceses, por exemplo, o devedor somente se liberaria mediante o pagamento na moeda convencional, o que estaria proibido pela legislação retro mencionada.

De forma diversa, como no caso em apreço, a referência contratual à moeda estrangeira se faz apenas visando estabelecer critério de indexação para base de atualização monetária da dívida, podendo a dívida ser paga em moeda nacional, feita a necessária conversão, pela taxa de câmbio oficial vigente no momento do pagamento.

A correção monetária, antes de imperativo jurídico, é imperativo ético, uma vez que se não incidente sobre o débito acarreta verdadeiros atos lesivos aos respectivos credores, sendo, em princípio e desde que formalizado em contrato, qualquer índice válido, inclusive a paridade com a moeda estrangeira, porém se exige que esse índice reflita tão-somente a inflação, mesmo que setorial, nunca trazendo embutido ganho real.

Superada a questão da possibilidade da estipulação da variação cambial de moeda estrangeira como fator de atualização da moeda nacional, surge então a problemática advinda com a distorção cambial súbita do Dólar norte-americano ocorrida no mês de janeiro do corrente ano, fato incontroverso que modificou sensivelmente a relação contratual adesiva em questão.

O valor do contratado arrendamento do veículo já referenciado, de linha de produção nacional, fora celebrado para pagamento em 24 (vinte e quatro) parcelas mensais e consecutivas e cuja correção monetária se daria pela variação do Dólar norte-americano.

O requerente celebrou o contrato em questão dentro do princípio da boa-fé, presumindo uma flutuação cambial dentro da expectativa mercadológica diariamente divulgada pela mídia nacional, de que a previsão de correção anual se situaria na casa de apenas 1 (hum dígito).

Esse princípio define o limite de validade das condições gerais nos contratos de adesão que, diversamente das condições previstas no Direito Civil, sejam resolutivas ou suspensivas e que dependem de acordo de vontades, não constituem evento futuro e incerto, o evento é atual e certo e a cada contrato individual concluído elas produzem efeito, não são cláusulas do próprio contrato, não surgem de relações intersubjetivas, formam-se unilateralmente.

O conteúdo de boa-fé e também de equidade, previstos no art. 51, IV, do CDC, tendo por lastro precípua os bons costumes, a ordem pública e a paz social, não foi estabelecido pelo legislador, que deixou à prudente mediação do juiz preenchê-lo concretamente, no momento histórico de sua aplicação, como pontifica o doutrinador Paulo Luiz Neto Lôbo, em sua obra *Condições Gerais dos Contratos e Cláusulas Abusivas*, Ed. Saraiva, 1991.

O contrato de adesão é o instrumento que concretiza os efeitos destas condições gerais, embora não contenha exclusivamente condições gerais, porém apenas na parte relativa às condições gerais é que se considera de adesão.

Ao aceitar a correção pela flutuação cambial, o autor aderiu de boa-fé a sua condição geral específica, confiando no comportamento previsível e reconhecido no meio sociofinanceiro nacional, afigurando-se uma situação demasiadamente onerosa e um injusto desequilíbrio contratual a inesperada e excessiva alta cambial do Dólar norte-americano frente ao Real, hipótese não prevista expressamente, mas que pode estar sujeita às condições gerais, face às prescrições do art. 51, IV, § 1º, III da Lei nº 8.089/90.

Dentro desse incomensurável conceito, de amplíssimo espectro, tanto caberia a invocação feita a desastres na política econômica do país, como aceno a mero incidente de somenos importância, surgindo fatos supervenientes que tornem a obrigação, aqui na forma de prestação pecuniária, excessivamente onerosa; cabe o imediato reconhecimento da abusividade da cláusula que a originou, revisando-a e adequando o pagamento das prestações devidas através de critério de atualização monetária mais consentâneo à conjuntura econômico-financeira mormente existente no país.

Vencida mais uma etapa da discussão posta, cabe, então, analisar a questão do fator de correção substitutivo, em relação ao pagamento das parcelas a vencer a partir do mês de janeiro de 1999, inclusive.

No caso em estudo, pagamento de arrendamento de veículo automotor, bem de consumo cujo preço também se encontra sujeito às variações monetárias do Real, moeda que sofre corrosão em decorrência da inflação e vigente no país, entendo por justa a modificação para que seja utilizado o indexador INPC (Índice Nacional de Preços ao Consumidor), em substituição à variação cambial do Dólar norte-americano, índice nacional que reflete a alta geral de preços ao consumidor; de forma a garantir ao credor suplicado a manutenção do valor monetário da moeda nacional, o real, e evitar ao suplicante clara onerosidade excessiva.

Diante de todo o exposto, e com base nos arts. 6, V e 51, IV, § 1º, III da Lei nº 8.089/90, JULGO PROCEDENTE presente ação para revisar a disposição contratual questionada, modificando-a para que passe a vigorar, ora

de forma definitiva, como indexador de reajustamento das pressões do arrendamento questionado o INPC, tomando-se por base inicial para incidência dos reajustes a última das parcelas pagas antes da alta excessiva do Dólar norte-americano.

Condeno a parte suplicada na restituição das custas e demais despesas dos processos, além dos honorários advocatícios à razão de 20% (vinte por cento) sobre o valor atribuído à causa, com incidência de juros legais e correção monetária a partir da data do ajuizamento da ação.

P. R. I.

Recife, 17 de agosto de 1999

SENTENÇA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL

Valéria Rúbia Silva Duarte
Juíza de Direito

PROCESSO Nº 00197042512-1

EMENTA: Reconhecimento de União Estável. Direito Constitucional. Direito Civil. Direito Processual Civil. Convivente casado, mas separado de fato dez anos antes do início da união que se pretende reconhecer. Presença dos requisitos exigidos pela Lei 9.278/96. União comprovada por documentos e depoimentos testemunhais. Pedido julgado PROCEDENTE.

Vistos, etc.

L. F. C., devidamente qualificada na inicial e por Advogados regularmente habilitados, postulou neste Juízo de Direito a presente AÇÃO ORDINÁRIA DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL, com fundamento na Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, contra H. S. L. M., igualmente qualificada, alegando, preliminarmente, a competência da Justiça Estadual para apreciar o feito. Relata que manteve uma união estável com

A. L. M. por sete (07) anos, do ano de 1989 até o ano de 1996, quando faleceu seu companheiro. Que era dependente economicamente do seu companheiro, cuja união foi caracterizada pela comunhão de vidas em comum, pela habitação comum, pela notoriedade e pela continuidade e permanência de relações. Alega que era dependente do "de cujus" junto ao Caxangá Golf & Country Club e no Credicard/MasterCard. Requereu o reconhecimento da união estável entre ela e o seu falecido companheiro, a citação da demandada e a ouvida do Ministério Público. Juntou documentos de fls. 08/24. Regularmente citada, a demandada atravessou peça de defesa em seis (06) laudas, argüindo, em preliminar, a incompetência do Juízo para julgar o feito e inadequação do pleito da autora, haja vista que "apenas serve a ação declaratória às hipóteses catalogadas no art. 4º, CPC. Não serve esse tipo processual, repita-se, ao reconhecimento de um simples fato". No mérito, destaca que "impossível tecer qualquer consideração acerca de tal ponto, já que não lhe são do conhecimento os relacionamentos pessoais (supostamente) vivenciados pelo morto, abstém-se a Ré de qualquer comentário pelo momento". Diz mais que, " ... reserva-se a Ré ao direito de oferecer as cabíveis impugnações caso seja promovida ação relativa à pensão (por morte), cujo processamento não dispensa, repita-se, a sua intervenção, bem como a da Universidade Federal, terceira interessada, enquanto responsável pelo (correto) pagamento - a quem de direito - de tal pensão". Ao final, postula pela remessa dos autos à Justiça Federal e pela extinção da ação sem apreciação do mérito, em face de que a declaratória não ser-

ve à comprovação da existência de um fato. Juntou documentos de fls. 36/55. Demandante se pronunciou em forma de réplica às fls. 57/61, rebatendo as alegações postas em defesa, destacando que o pedido é Ordinário de Reconhecimento de União Estável, cujo Juízo competente é o da Justiça comum. Por ocasião da Audiência de Instrução e Julgamento, foram tomados os depoimentos das partes demandante e demandada, além da inquirição de duas das testemunhas da demandante, tendo o Dr. Advogado requerido a dispensa da oitiva das demais, o que foi deferido. Deixou-se de inquirir testemunhas da demandada, em razão de não terem sido arroladas. Quando indagada, disse a demandante que conheceu seu companheiro no ano de 1989, sendo ele casado civilmente com a demandada, mas dela separado de fato há 10 (dez) anos, tendo morado com o mesmo, durante sete (07) anos, sob o mesmo teto, desde 1989 até o ano de seu falecimento, ou seja, 1996. Que da união não nasceram filhos. Que sua relação com seu companheiro era pública e notória, a ponto de ser apresentada às pessoas, pelo seu companheiro, como sendo sua esposa. Que era dependente de seu companheiro junto ao Caxangá Golf Club. Que quando passou a conviver com o seu companheiro, o mesmo já se encontrava aposentado, percebendo mensalmente o valor aproximado de R\$ 1.850,00. Que quando conheceu seu companheiro trabalhava no Colégio Equipe, percebendo mensalmente o valor de R\$ 600,00. Que o casal morava no apartamento de propriedade da demandante, cuja taxa de condomínio era por ela paga, sendo que as demais despesas eram divididas entre ela e o seu companheiro. Que não foi dependente

de seu companheiro no plano de saúde, mas dele foi dependente no Credicard. Que teve aproximação com uma irmã do seu companheiro que reside em Ribeirão Preto/SP. Que trabalhou até fins do ano de 1995, quando teve de deixar seu trabalho para cuidar do falecido, em razão de que o mesmo perdeu a massa muscular dos membros inferiores e, posteriormente, dos membros superiores, causados pela diabetes. Que tem conhecimento de que o falecido teve um infarto, quando ainda vivia com a demandada. Que o falecido era acompanhado por psicoterapeuta em razão de depressão, fisioterapeuta e endocrinologista. Que quando deixou de trabalhar, necessitou vender o carro do falecido, para pagar profissionais não cobertos pelo plano de saúde. Que arcou com as despesas do funeral de seu companheiro. Que os ossos de seu companheiro foram retirados do cemitério e colocados em ossoário do genitor da demandante, a qual foi devidamente autorizada pela irmã do falecido para fazê-lo. Que durante todo o período de convivência com o seu companheiro, não houve separação. Tomado o depoimento da demandada, disse que se separou do falecido no ano de 1979, não tendo conhecimento de quando teve início o relacionamento da demandante com o seu marido. Que só tomou conhecimento do nome da autora através do advogado da mesma, quando a procurou para tratar da separação judicial do falecido com ela, a demandada. Que não tinha conhecimento onde morava o falecido. Que o falecido teve um infarto quando morava com a demandada. Que tem uma cunhada que reside em Ribeirão Preto/SP. Que não sabe o dia, mês e ano em que morreu o Sr. A. Que tomou conhe-

cimento do falecimento de seu marido pelo advogado da autora. Que após a sua separação com o falecido, em 1979, apenas um dos filhos mantinha contato com ele no Caxangá Golf Club, pois a depoente e suas filhas se afastaram do Clube e do falecido. Que não recebe nenhuma quantia, exceto a pensão deixada pelo falecido. Inquiridas, as testemunhas da demandante afirmaram que não conhecem a demandada; que a demandante viveu com o Sr. A. por sete anos sem interrupção; que tinha a impressão que a demandante era esposa do falecido; que a demandante vivia às custas do falecido; que o Sr. A. faleceu na companhia da demandante; que o relacionamento de ambos era público; que a demandante cuidou do falecido até sua morte, e que ele passou quatro meses sem se locomover; que visitou o falecido no apartamento onde morava com a demandante; que o apartamento era de propriedade da demandante; que o sepultamento do falecido foi providenciado pela demandante e por sua família. Apresentadas Alegações Finais por ambas as partes. De um lado, a demandante clama pela procedência do pedido. De outro, a demandada reitera a preliminar de incompetência da Justiça Estadual, em face do interesse da União, evidenciando carência de ação, além de falta de interesse da demandante, face erro procedimental, entendendo que não cabe ação declaratória para apreciação do pedido, requerendo a extinção do feito sem o julgamento do mérito. No mais, trata de ocorrência de "concubinato impuro na sua forma adúlterina" (acentuei), da postura do falecido no ambiente familiar quando ainda em convivência

com a demandada, entre outras argumentações. A Digna Representante do Ministério Público exarou seu bem posto parecer às fls.135, vindo-me os autos conclusos.

Está feito o Relatório. Passo a DECIDIR.

Antes de adentrar no mérito, necessário se faz a apreciação das preliminares argüidas pela parte demandada quando de sua contestação, ratificada nas alegações finais. Trata a primeira preliminar de Incompetência da Justiça Estadual para apreciar o feito. Alega que a demandante postulou o mesmo pedido junto à Justiça Federal, tendo a ação sido extinta por inadequação procedimental. Diz mais que, em razão do interesse da Universidade Federal no feito, enquanto fonte pagadora da pensão objetivada pela autora, a competência é da Justiça Federal. A segunda preliminar argüida é a inadequação procedimental, pois que alega não ser cabível Ação Declaratória em pedidos de reconhecimento da existência de um fato, motivo que, inclusive, levou a pretensão da autora, junto à Justiça Federal a ser extinta sem o julgamento do mérito.

De fato, como demonstrado por prova documental pela demandada, a demandante postulou junto à Justiça Federal, Ação Declaratória de reconhecimento de União Estável., contra a Universidade Federal de Pernambuco e a própria demandada. Naquela Justiça, a Universidade Federal, citada, compareceu aos autos e alegou, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva, porquanto não pode negar ou afirmar a existência da união marital da demandante com o falecido. No mérito, entendeu que para fazer jus à pensão como companheira

do falecido, somente se comprovada de forma indubitosa a união estável como entidade familiar. Em segunda preliminar, aquela Autarquia tratou da não promoção por parte da demandante quanto ao chamamento do Ministério Público. Por sua parte, a demandada, contestando aquela ação junto à Justiça Federal, tratou de argüir a preliminar de Incompetência em Razão da Matéria daquele Juízo, exaltou o art. 9º da Lei 9.278/96, que trata da competência do Juízo da Vara de Família para apreciar toda a matéria relativa à união estável. Portanto, a demandada entendeu, naquela ocasião, que a Justiça Estadual, mais especificamente, a Vara de Família, é a competente para julgar feitos dessa natureza. Estranhamente, vindo à Justiça estadual, mas especificamente, à Vara de família, a demandada argüi incompetência desta Justiça, indicando a Justiça Federal como a competente. Ao final daquele processo, o M.M. Juiz Federal entendeu por extinguir o feito sem o julgamento do mérito, considerando carência de ação, no entendimento de que "A postulação da demandante, como se constata, é para que se declare a ocorrência de um fato, o que é impossível de ser declarado". Depreende-se daquela decisão que a Justiça Federal não declinou da competência para julgar aquele feito. Restou à demandante o entendimento de postular pedido ordinário com a mesma natureza, nesta Justiça Estadual. E no meu entender, o presente pedido ordinário de Reconhecimento de União Estável deve ser apreciado e julgado nesta Justiça Estadual e nesta Vara de Família, para onde a ação foi distribuída automaticamente, cujo pedido específico é de reconhecimento de uma

união estável. Vejamos: a Constituição Federal, promulgada em 1988, enunciou cristalinamente que a união estável é forma de constituição da família. E por isso, a Lei nº 9.278/96, no seu art. 9º, nada mais fez do que regular o preceito que a Carta Magna fez trazer para o universo do direito de família, afastando-se qualquer dúvida a respeito, porque a união estável é relação de família e como tal deve ser tratada. A propósito, o Procurador de Justiça Nelson Nery Jr., em parecer no CComp n.29.726-0/5, deixou claro que o direito positivo brasileiro "colocou pá de cal sobre a polêmica a respeito da natureza jurídica da união estável", de tal sorte que "os respeitáveis entendimentos em contrário, dizendo tratar-se de relação obrigacional, devem ceder diante do texto expresso da Constituição Federal e da lei federal reconhecendo a figura jurídica da união estável como pertencendo ao direito de família e das sucessões". Além disso, "A matéria pertinente à "união estável", constitucionalmente protegida é da competência das Varas de Família". (TJRS, 3ª e 5ª CC, in RJTJRS, 147, p. 294, Rel. Des. Lio César Schmitt, Apelação nº 589078831). Portanto, inacolho a preliminar de Incompetência argüida, por entender ser este Juízo o competente para apreciar e julgar o presente pedido, nos termos do art. 9º da Lei nº 9.278/96. Referente à segunda preliminar argüida pela demandada, e que trata de inadequação procedimental, nada mais correto do que a ação ordinária de reconhecimento de união estável postulada pela demandante. E mesmo que tivesse seguido os caminhos da Ação Declaratória, a demandante poderia fazê-lo, no sentido de ver declarada

a existência da união estável, podendo ser ajuizada incidentalmente, se fosse o caso, ao processo de dissolução de união estável, consoante o art. 5º do CPC, já tendo o STF, inclusive, se pronunciado a respeito (RT 279/877). "A ação declaratória, cuja sede é o art. 4º, I e II, do Código de Processo Civil, é remédio de que pode se servir um dos conviventes para ver declarada a existência da união estável"¹. E mais, "... devemos alertar para o fato de a união estável não ser mais um simples fato, mas constituir, como entidade familiar, um instituto jurídico, em que temos um feixe de relações jurídicas, que se sobrepõem, trazendo tutela para seus membros. Aquele fato social recebeu tegumento jurídico, o que permite seja acolhido no território da ação declaratória"². A demandada alegou carência de ação por inexistência de interesse da demandante. A respeito, entende-se que, quando alguém exterioriza a sua intenção de subordinar o interesse de outro ao seu próprio interesse e esse outro resiste a tal pretensão, surge a lide, competindo ao Estado a sua solução. Assim, o interesse processual resume-se no interesse da demandante em reclamar a tutela jurisdicional do Estado. E se há a lide, há o interesse processual. E se há o interesse processual, não há a carência de ação. Assim, considerando que a postulação da demandante tramita no leito processual adequado, bem como considerando o seu interesse processual na busca da solução da lide, deixo de acolher a segunda preliminar argüida pela demandada.

Ultrapassadas as preliminares argüidas, passo a enfrentar a apreciação do mérito, destacando tratar-se o

1. VIANA, Marco Aurélio S. Curso, *Cit.*, v.2 Cap. 1, n.5

2. VIANA, Marco Aurélio S. Da união estável, p.78.

pedido de Reconhecimento de União Estável, com fundamento na Lei nº 9.278/96.

A Constituição Federal ao mencionar no seu art. 226, § 3º que, "para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar ...", deixou de conceituar a união estável, para que os estudiosos e operadores do Direito pudessem extrair do art. 1º da Lei nº 9.278/96 a sua conceituação, ao reconhecer, como entidade familiar, "a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e de uma mulher, estabelecida com objetivo de constituição de família", com a omissão dos requisitos de natureza pessoal, tempo mínimo de convivência e prole. Daí se depreende que algumas características são suportes essenciais para a constituição efetiva e comprovada de união estável, a saber: 1. Diversidade de sexo: cuida-se de união entre homem e mulher; 2. Convivência ou comunidade de vida: pressupõe vida em comum, apesar do entendimento jurisprudencial que "a vida em comum sob o mesmo teto, *more uxório*, não é indispensável à caracterização do concubinato" (Súmula 382 do STF). É importante delimitar o seu alcance e sua extensão, pois a referida Súmula utiliza o vocábulo concubinato em sentido amplo, pretendendo ensejar aplicação das normas do Código Civil a ele destinadas. "O que a jurisprudência entendeu é que não havia necessidade de vida em comum, sob o mesmo teto, para que o concubinato, nesse caso, estivesse caracterizado"³. Durabilidade da convivência: denota que a convivência por tempo razoável, suficiente para a caracterização do *intuitu familiae*, traduz a estabilidade da

3. VELOSO, Zeno. *União estável*, Cit..., p.7

união, que deve ser contínua e revestida do elemento vontade, como determinante para a manutenção da união estável.⁴ Publicidade e notoriedade da convivência: o que significa que a união deve ser conhecida dentro e fora do círculo dos amigos, de pessoas íntimas, de vizinhos, do meio social onde vivam os conviventes. Continuidade da convivência: entende-se como a característica da permanência da vida em comum, sem interrupções, revestida de estabilidade, com a intenção e o propósito de constituir uma família. Paralelo a todas essas características, a união estável pressupõe, para que seja reconhecida, mútuo respeito, assistência material e moral recíproca. Assim é que dissemos que "a união estável é a convivência entre homem e mulher, alicerçada na vontade dos conviventes, de caráter notório e estável, visando à constituição de família".

Os argumentos invocados pela demandada quanto ao concubinato impuro, baseado no adultério, merece esclarecimento. De logo, antes de qualquer assertiva, demonstrado e comprovado restou que a demandante iniciou sua convivência com o falecido, dez (10) anos após a separação fática do referido senhor com a demandada, aliás, corroborado pela mesma. Assim, em 1989, quando do início da relação apontada pela demandante, o falecido já se encontrava separado de fato da demandada. A respeito, o entendimento atual e majoritário é o de que já não se fala em "concubinato", nome tradicional e conhecido desde o Direito Romano, abrangente de todas as situações de união à margem do casamento. Num sentido amplo, "união está-

4. VIANA, Da união..., p.29

vel" também seria forma de "concubinato". Quanto ao fato de ser o concubinato puro ou impuro, tal distinção é utilizada por alguns doutrinadores, que, aliás, não é destacada e enfrentada pela legislação própria à matéria, a qual não trata de modos ou tipos de união estável. Tratam alguns doutrinadores do tema, para diferenciar as uniões de pessoas desimpedidas, das ligações adúlteras. Mas é de se salientar e reforçar, que o caráter adúltero da relação se perfaz quando há a simultaneidade de relações. Assim, mantidas duas relações simultâneas, o casamento legalmente constituído e a convivência outra, mesmo que duradoura, não há, de fato, como se caracterizar união estável. Inúmeros são os casos em que, separado de fato o casal, sem que se proceda à separação judicial dos cônjuges, passa cada um ou apenas um deles, a conviver com outra pessoa, situação que a Jurisprudência entendeu como não contendo impedimento à ulterior produção de efeitos como decorrência da vida em comum, de forma duradoura e notória, independentemente da circunstância de não serem separados legalmente os nela envolvidos. A relação que envolve uma pessoa casada que mantenha o casamento simultaneamente com outra relação não merece tutela legal, nem geração de efeitos. Da mesma forma, nos casos de concubinato múltiplo, o que inibe falar-se em união estável, pois que não tem a conotação constitucional familiar. No entendimento da aceitação de união estável, mesmo de pessoa ainda legalmente casada pela lei civil brasileira, mas separada de fato, com constituição posterior de uma convivência com vontade de constituí-la família, oportuno

que se apresente a posição do ilustrado jurista Pontes de Miranda quando estuda o Direito no seu aspecto sociológico. Entende o grande mestre que "o Direito, em todas as épocas, é o que se reputa justo e que se trata de conceito sociológico". Por fim, Hans Kelsen, após formular sua teoria pura do Direito, diz que "o aplicador da lei não atua apenas no plano jurídico-científico, de pura cognição, mas obrigatoriamente, passa ao momento jurídico-político, quando exerce uma escolha, uma opção, em função de valores, visto que a teoria pura conduz a uma multiplicidade de interpretações possíveis, em face da plurissignificação da linguagem jurídica. Face ao exposto, resulta evidente nunca se poder interpretar e aplicar o Direito sem consultar a faceta do justo e ponderar os fatos sociais envolvidos, em profundidade" .

Admitem-se, para a demonstração da vida em comum, todos os meios lícitos de prova, com ênfase para a exibição de documentos e a prova testemunhal. Restou provada nos presentes autos a existência da união estável entre a demandante e seu companheiro A. L. M.. Inicialmente, porque a relação teve início dez (10) anos após a separação fática do referido senhor com a demandada, cuja relação perdurou, de forma contínua, duradoura, pública, dependente e com a manifestação de constituição familiar, por sete (07) anos, de forma ininterrupta, não se podendo considerar "concubinato impuro por adúlterio". Depois porque a demandante, de fato, era dependente do falecido em clube social, o que demonstra a intenção e vontade do mesmo em dar publicidade e notoriedade à relação, bem como em car-

tão de crédito, o que demonstra a comunhão de interesse e partilha de direitos e deveres na manutenção da relação. As correspondências endereçadas ao falecido dão conta da sua convivência no mesmo lar da demandante, inclusive reconhecido por familiares do falecido residentes em Ribeirão Preto/SP, à vista de correspondência de fls. 16, bem como Notificação da Secretaria da Receita Federal. Fotografias, declarações, despesas com funerais, nota de Missa de 7º Dia, são outras provas constantes nos autos. E a própria demandada declarou "que só tomou conhecimento do nome da autora através do advogado da própria autora, ocasião em que o mesmo procurou a depoente para tratar da separação judicial dela com o falecido, que não pode ser concluída" (sic). Isso demonstra o conhecimento, mesmo que posterior, pela demandada, do relacionamento da demandante com o seu marido e a intenção do mesmo em dissolver o vínculo matrimonial entre ele e a demandada. A prova testemunhal foi inconteste. Declararam, sob as penas da lei, que o casal viveu ininterruptamente por sete anos, cujo relacionamento, como se casados fossem, era público, notório e que a convivência era sob o mesmo teto.

Assim, por todo o exposto e por tudo o mais que dos autos consta, nos termos do art. 269, inciso I, "ab initio", do Código de Processo Civil, julgo PROCEDENTE o pedido aventado na peça exordial, ao mesmo tempo em que, nos termos da Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996, que regulou o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, RECONHEÇO COMO UNIÃO ESTÁVEL, a união havida por sete (07) anos, com iní-

cio no mês de agosto de 1989, findada no dia 07 de agosto de 1996, entre L. F. C. e A. L. M., já falecido, para que surta seus efeitos legais.

Custas satisfeitas. Face sucumbência, condeno a demandada no pagamento das custas processuais e no pagamento dos honorários advocatícios, estes no percentual de 20% sobre o valor atribuído à causa.

Desentranhem-se documentos, se requeridos, com as cautelas exigidas.

Cumpridas as formalidades legais, levem estes autos ao Arquivo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Recife, 28 de março de 2000

ÍNDICE
ONOMÁSTICO

Revistas de 1 a 11

ÍNDICE ONOMÁSTICO

	<i>Núm.</i>	<i>Pág.</i>
ADEILDO NUNES <i>O CRIME NAS LICITAÇÕES.</i>	09	25
ALBERTO FLÁVIO BARROS PATRIOTA • <i>DO INDEFERIMENTO DE PLANO DO AGRAVO. ALGUMAS CONSIDERAÇÕES.</i> • <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INDENIZAÇÃO. REPONSABILIDADE CIVIL POR ATO ILÍCITO - HOMICÍDIO. PENA DE CONFISSÃO. INAPLICABILIDADE À FALTA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DOS RÉUS. SENTENÇA DE PRONÚNCIA. INSUFICIÊNCIA DE PROVA IMPROCEDÊNCIA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.</i>	07 09	17 407
ALEXANDRE FREIRE PIMENTEL • <i>PODER, ESTADO E DIREITO. A SUPRALEGALIDADE DO DIREITO VIVO.</i> • <i>UM ESTUDO COMPARADO DOS NÚCLEOS CONSTITUCIONAIS E DA LIMITAÇÃO DOS PODERES REFORMADORES BRASILEIRO E PORTUGUÊS.</i> • <i>LINGUAGEM, SIMBOLOGIA E LÓGICA APLICÁVEIS AO DIREITO CIBERNÉTICO.</i> • <i>DO DIREITO NATURAL AO DIREITO ARTIFICIAL.</i>	03 06 09 10	23 17 69 43
ALEXANDRE DA MAIA • <i>INTERPRETAÇÃO E INTEGRAÇÃO JURÍDICAS NO DIREITO TRIBUTÁRIO: NOTAS ACERCA DA ADMISSIBILIDADE</i>		

<i>DE UMA PERSPECTIVA INDUTIVO-HERMENÉUTICA.</i>	03	43
• <i>AUTOPOIESE VERSUS PRÁTICA PROCEDIMENTAL: O FALSO DILEMA DO PODER JUDICIÁRIO.</i>	09	39
<i>O GARANTISMO JURÍDICO DE LUIGI FERRAJOLI - NOTAS INTRODUTÓRIAS.</i>	10	25
AGENOR FERREIRA DE LIMA FILHO		
• <i>A JUSTIÇA DE CONSENSO NO CAMPO PENAL.</i>	01	178
• <i>SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANOS MATERIAIS E MORAIS.</i>	04	499
ALBA MARIA PIRES BARBOSA		
• <i>A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO PROCESSO TRABALHISTA.</i>	03	13
• <i>TRABALHO EDUCATIVO: UMA NOVA PROPOSTA.</i>	04	15
ALEXANDRE MILTON PRAZERES DA COSTA		
• <i>MEDIDA PROVISÓRIA EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA.</i>	07	29
ALFREDO SÉRGIO MAGALHÃES JAMBO		
• <i>ANOTAÇÕES SOBRE O INDIVÍDUO TRANSGRESSOR.</i>	03	63
ALVINO AUGUSTO DE SÁ		
• <i>ALGUMAS PONDERAÇÕES ACERCA DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL DOS CONDENADO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE</i>	11	25
ANA CLÁUDIA MANSO S. O. RODRIGUES		
• <i>EXPEDIÇÃO DE MEDIDAS PROVISÓRIAS - LIMITES CONSTITUCIONAIS.</i>	05	17
ANA LUÍSA CELINO COUTINHO		
• <i>A ESTABILIDADE DO SERVIDOR PÚBLICO NA REFORMA ADMINISTRATIVA.</i>	09	99
ANDRÉ LUIZ ANDRADE VICTOR DE ARAÚJO		
• <i>QUESTÕES JURÍDICAS RELEVANTES NA INTERNET: CONFLITOS EXISTENTES ENTRE NOMES DE DOMÍNIO E MARCA.</i>	10	61
ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO		
• <i>A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ.</i>	06	49
ANTONIO HERMAN V. BENJAMIN		
• <i>REFLEXÕES SOBRE A HIPERTROFIA DO DIREITO</i>		

<i>DE PROPRIEDADE NA TUTELA DA RESERVA LEGAL E DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE.</i>	05	33
ANTÔNIO NATANAEL MARTINS SARMENTO		
• <i>SUFRÁGIO, CIDADANIA E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO NO BRASIL.</i>	06	61
ANTÔNIO VIDAL DE MORAES		
• <i>SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS.</i>	06	491
ARAKEN DE ASSIS		
• <i>ANTECIPAÇÃO DA TUTELA.</i>	04	28
ARTHUR PIO DOS SANTOS NETO		
• <i>O MAGISTRADO E A REFORMA AGRÁRIA.</i>	01	123
ARTUR STAMFORD		
• <i>AS AUDIÊNCIAS JUDICIAIS COMO PROCESSO DE LEGITIMAÇÃO E JUSTIÇA SOCIAL (À LUZ DA TEORIA DA JUSTIÇA DE RAWLS E DA LEGITIMAÇÃO PELO PROCEDIMENTO DE LUHMANN)</i>	07	43
BRASÍLIO ANTÔNIO GUERRA		
• <i>O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE COMO UM SISTEMA DE DEFESA DA CONSTITUIÇÃO</i>	11	71
BRUNO GALINDO		
• <i>PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA. UMA ABORDAGEM CIENTÍFICA.</i>	08	19
CAETANO LAGRASTA NETO		
• <i>MERCOSUL E INTEGRAÇÃO LEGISLATIVA: O PAPEL DA MAGISTRATURA PERANTE A JUSTIÇA SOCIAL.</i>	04	55
• <i>EDUCAÇÃO E JUSTIÇA SUPRANACIONAL.</i>	06	123
• <i>REFLEXÕES EM TORNO D' "O SALÃO DOS PASSOS PERDIDOS".</i>	07	67
CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO		
• <i>A EXECUÇÃO NA REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.</i>	03	95
CARINE DELGADO CAÚLA REIS		
• <i>ENSINO JURÍDICO: BREVES REFLEXÕES SOBRE O TEMA.</i>	09	125

CARLOS ALBERTO BERRIEL PESSANHA		
• MERCOSUL: ASPECTOS DA NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE UM TRIBUNAL DE JUSTIÇA SUPRACIONAL.	08	41
CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO		
• DO PODER JUDICIÁRIO: ORGANIZAÇÃO E COMPETÊNCIA.	04	69
CARLOS MORAES		
• SENTENÇA. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA	08	443
CELSO ANTONIO P. FIORILLO		
• O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.	04	101
CLAUDIA OLIVEIRA PACHÚ		
• OS PRINCÍPIOS DO SISTEMA DOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS EM FACE DO SISTEMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO.	08	59
CLÁUDIO BRANDÃO		
• A CONSCIÊNCIA DA ANTIJURIDICIDADE NA TEORIA DO DELITO.	05	69
• PODER DISCIPLINAR: UM DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO?	07	83
• PODER DO EMPREGADOR E EXCLUSÃO DA CULPABILIDADE CRIMINAL	11	95
CLÁUDIO SOUTO		
• DIREITO ALTERNATIVO: EM BUSCA DE SUA TEORIA SOCIOLÓGICA	01	16
• PÓS-MODERNIDADE CIENTÍFICA E CIÊNCIA DO DIREITO.	02	107
• FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO.	04	435
• A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DO INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO.	05	79
• DE UM POSSÍVEL CARÁTER UBIQUITÁRIO DO DIREITO.	08	81
CLAUDIO VIANNA DE LIMA		
• ESCOLAS DA MAGISTRATURA.	02	13
CRISTIANE GOUVEIA DE BARROS		
• LEGALIDADE E LEGITIMIDADE: SUBSÍDIOS PARA UMA DIFERENCIAÇÃO FILOSÓFICA.	04	126

• PODER CONSTITUINTE: ANÁLISE E COMPARAÇÕES DA POSIÇÃO DO POSITIVISMO KELSENIANO E SUA RELEVÂNCIA ATUAL.	06	97
DANILO FONTENELE SAMPAIO CUNHA		
• CONTRIBUIÇÃO DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL APOSENTADO AO PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL.	02	249
DÁRIO ROCHA		
• A PROPÓSITO DA DEONTOLOGIA DA MAGISTRATURA.	04	167
• APRESENTAÇÃO.	07	13
• CONSIDERAÇÕES DIGRESSIVAS E NEM SEMPRE ORTODOXAS DE COMO E PORQUÊ SER E NÃO SER ALTERNATIVO.	07	103
• APRESENTAÇÃO.	08	15
• JUSTIÇA, VIDA E CORAGEM.	08	93
• APRESENTAÇÃO.	09	21
• APRESENTAÇÃO.	10	21
• MODERNIZAÇÃO E AGILIZAÇÃO DO JUDICIÁRIO - UMA VISÃO SUBSTANTIVA.	10	107
DARLEY KLEBER TIMÓTEO FLORENTINO		
• DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA - DEC. LEI 911/69.	07	121
DEMÓCRITO RAMOS REINALDO FILHO		
• SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO N. 5.336/92	01	292
• AÇÃO EVICTÓRIA - DENUNCIÇÃO DA LIDE. POSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO DIRETA DO DENUNCIADO.	02	362
• AS CLÁUSULAS ABUSIVAS E A VISÃO DO PODER JUDICIÁRIO.	04	156
• DO DIREITO À PERCEPÇÃO DE VERBA DE REPRESENTAÇÃO PELOS JUÍZES AUXILIARES DA CORREGEDORIA DE JUSTIÇA.	05	117
• O PODER INTERATIVO DO JUIZ NOS CONTRATOS DE CONSUMO.	06	141
• DA CAPACIDADE PARA O EXERCÍCIO DA ADVOCACIA DOS CONCILIADORES E JUÍZES LEIGOS DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS.	07	139
• SAÚDE COMO "CONTRATO CATIVO DE LONGA DURAÇÃO": ASPECTOS REFERENTES AO REAJUSTE DAS MENSALIDADES E AO DIREITO DE RESCISÃO.	08	99
DENISE FROSSARD		
• O PAPEL DO JUDICIÁRIO NO ESTADO DEMOCRÁTICO.	06	155

DJACI FALCÃO

- PARECER. MANDADO DE SEGURANÇA. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. IMUNIDADE. 05 501
- PARECER. MATÉRIA TRIBUTÁRIA. ISENÇÃO. 06 501

DJASON B. DELLA CUNHA

- GLOBALIZAÇÃO E ORDEM JURÍDICA: O DILEMA DA CIDADANIA NOS ESTADOS PERIFÉRICOS. 07 151
- O DIREITO COMO FATO SOCIAL: A RACIONALIDADE DO MÉTODO POSITIVO. 09 141
- A CULTURA E O DIREITO: A DINÂMICA DO FENÔMENO JURÍDICO 11 115

DOMINGOS TOCHETTO

- CRIMINALÍSTICA. 06 163

EDSON DE ARRUDA CÂMARA

- O DIREITO ACHADO NA RUA. SINAL DOS TEMPOS. 02 150
- GOVERNO E ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO. O CASO BRASILEIRO. 03 111

EDUARDO AUGUSTO PAURÁ PERES

- SENTENÇA CÍVEL. CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. ANATOCISMO. 04 526
- SENTENÇA CÍVEL. RESCISÃO DE CONTRATO COM PERDAS E DANOS. TEORIA DA IMPREVISÃO. 05 525

EDUARDO R. RABENHORST

- SUJEITO DE DIREITO: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES EM TORNO DO "DIREITO DOS ANIMAIS". 03 119

ELSON ZOPELLARO MACHADO

- DESFORÇO IN CONTINENTI - DESFORÇO IMEDIATO. 07 189

ELIANE DOS SANTOS M. MASCARENHAS

- SENTENÇA CÍVEL: RESSARCIMENTO DE DANOS. 03 559

ELZANY CINTRA DE MORAIS

- CURSO DE CRIMES. 10 119

EMMANUEL PEDRO S. G. RIBEIRO

- ADOÇÃO À BRASILEIRA: UMA ANÁLISE SÓCIO-JURÍDICA. 06 181

EMÍLIO GARCIA MENDEZ

- ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI (SEGURANÇA CIDADÃ E DIREITOS FUNDAMENTAIS). 07 199

ENEIDA MELO CORREIA DE ARAÚJO

- A JUSTIÇA DO TRABALHO NO BRASIL E SEU PAPEL DIANTE DAS TRANSFORMAÇÕES NO MUNDO DO TRABALHO. 02 201
- FRANÇOIS GENY: UMA ANÁLISE CRÍTICA DE SUA FILOSOFIA DO DIREITO. 05 127
- REGULACOES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL 07 213

ESMAPE EM 96.1

- ATIVIDADES DESENVOLVIDAS PELA ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DE PERNAMBUCO. 02 500
- REGULACOES COLETIVAS DE CONSUMO E DE TRABALHO: AS SEMELHANÇAS EM BUSCA DO EQUILÍBRIO SOCIAL. 07 213

ETÉRIO GALVÃO

- O JUIZ É UM SER POLÍTICO 11 139

EUGÊNIA GIOVANNA SIMÕES INÁCIO CAVALCANTI

- O INSTITUTO DO SOLO CRIADO COMO INSTRUMENTO DE CONTROLE URBANÍSTICO. 06 201

FABIANO AUGUSTO MARTINS SILVEIRA

- O ANTI-SEMITISMO POR JEAN PAUL SARTRE. 08 107

FABIANO ANDRÉ DE SOUZA MENDONÇA

- DEMOCRACIA E LEGALIDADE DA TRIBUTAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 04 181
- O SIGNIFICADO DA CONSTITUCIONALIDADE: NOTAS PARA UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA. 07 253

FÁBIO EUGÊNIO D. OLIVEIRA LIMA

- A COMPETÊNCIA RELATIVA E SUA DECLARAÇÃO DE OFÍCIO. DERROGAÇÃO IMPRÓPRIA DA SÚMULA 33 DO STJ EM FACE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 04 204
- SENTENÇA CÍVEL. ECAD. ARRECADAÇÃO DE IMPORTÂNCIAS RELATIVAS A DIREITOS AUTORAIS. INTERESSE PROCESSUAL. 06 523

FABÍOLA SANTOS ALBUQUERQUE

- A RESPONSABILIDADE CIVIL E O PRINCÍPIO DO POLUIDOR - PAGADOR. 09 159

FÁTIMA NANCY ANDZIGHI

- DA AÇÃO MONITÓRIA: OPÇÃO DO AUTOR. 01 9
- REFLEXÕES SOBRE O FUTURO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. 05 117

FLÁVIO AUGUSTO FONTES DE LIMA

- *A INCIDÊNCIA DOS SERVIÇOS ESSENCIAIS NO CÓDIGO DO CONSUMIDOR.* 01 202
- *“ NOS NOSSOS DIAS NÃO HÁ CRIANÇAS, MAS MOÇAS DE 12 ANOS”, ESTUDO DE UM JULGAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.* 03 131
- *O REVOLUCIONÁRIO INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO (PRIMEIRAS LINHAS).* 05 215
- *O NOVEL INSTITUTO DA SUSPENSÃO DO PROCESSO, FACE AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA.* 06 213
- *A ELETRICIDADE E O FURTO DE ENERGIA.* 07 291
- *COMPOSIÇÃO DOS DANOS CÍVIS NAS INFRAÇÕES PENAS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. CIVILIZAÇÃO DO DIREITO PENAL?* 08 121
- *INDECLINABILIDADE DO JULGAR.* 10 153

FERNANDO JOSÉ PEREIRA DE ARAÚJO

- *PARECER CPRH.* 08 473

FERNANDO CERQUEIRA NORBERTO DOS SANTOS

- *MANDADO DE SEGURANÇA. ATO LEGISLATIVO. CÂMARA MUNICIPAL.* 02 477
- *SENTENÇA TRIBUTÁRIA. EXECUÇÃO FISCAL.* 08 455

FRANCISCO DÁRIO MENDES DA ROCHAVer **DÁRIO ROCHA****FREDERICO RICARDO DE ALMEIDA NEVES**

- *LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO: RESTRIÇÕES INDESEJÁVEIS, PORÉM INEVITÁVEIS.* 05 237

GERALDO PRADO

- *REALIDADE E DISFUNÇÕES DO JUDICIÁRIO.* 04 222

GÜNTHER KAISER

- *LA FUNCION DE LA CRIMINALOGIA CON RESPECTO A LA POLITICA LEGISLATIVA PENAL.* 05 251

GUSTAVO JUST DA COSTA E SILVA

- *JUSNATURALISMO E CONHECIMENTO JURÍDICO.* 03 149
- *OBSERVAÇÕES SOBRE A PROPOSTA DE CONVOCAÇÃO DE UMA ASSEMBLÉIA CONSTITUINTE EM 1999.* 07 317

HÉLIO SILVIO OUREM CAMPOS

- *I. CONFINS: TRÊS QUESTÕES TRIBUTÁRIAS.* 01 74
- *PLANO DE SEGURIDADE SOCIAL DO SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL.* 02 240

- *OS PRINCÍPIOS E O DIREITO.* 03 177
- *UM CONGRESSO EM HOMENAGEM A GERALDO ATALIBA.* 03 185
- *DA IGUALDADE.* 05 269
- *O INSS EM DEBATE.* 06 243
- *DE 88 EM DIANTE.* 07 339

HIDELBRANDO CAMPESTRINI

- *LINGUAGEM JURÍDICA E PÓS-MODERNIDADE.* 02 90

HUGO CAVALCANTI MELO FILHO

- *LIMITAÇÕES LEGAIS À AUTONOMIA PRIVADA COLETIVA.* 03 191

HUMBERTO THEODORO JÚNIOR

- *AS ALTERAÇÕES DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL INTRODUZIDAS PELA LEI Nº 9.756 DE 17-12-98.* 09 177
- *PARECER – MANDATO. ADMINISTRADOR. PODERES GERAIS E ESPECIAIS. INTERPRETAÇÃO. EXCESSO DE MANDATO. RATIFICAÇÃO* 11 455

IDÍLIO OLIVEIRA DE ARAÚJO

- *SENTENÇA CRIMINAL. HOMICÍDIO CULPOSO.* 09 431

INÊS CRISTINA SELBMANN

- *UMA REFLEXÃO CRÍTICA ACERCA DA VISÃO DOGMÁTICA DE DIREITO.* 07 367
- *RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR PELOS ATOS ILÍCITOS DOS EMPREGADOS.* 08 151
- *SERIAM O FORTUITO E A FORÇA MAIOR EXCLUDENTES DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO?* 10 179

IRACEMA REBECA DE MEDEIROS FAZIO

- *CONCURSO DE PESSOAS.* 08 169

ISAÍAS ANDRADE LINS NETO

- *QUANDO A SOLUÇÃO ESTÁ NO JUDICIÁRIO.* 09 203
- *SENTENÇA. PODER JUDICIÁRIO. PRIMEIRO JUIZADO ESPECIAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO – RECIFE-PE.* 10 395
- *VARAS ESPECIALIZADAS EM RELAÇÕES DE CONSUMO – UMA EXIGÊNCIA DA LEI 8.078/90* 11 143

ISABELLE AMORIM DE MORAES

- *CONCURSO DE CRIMES.* 08 195

IVAN LUIZ DA SILVA

- *CRIME ORGANIZADO: ENFOQUES CONCEITUAIS E CRIMINOLÓGICOS.* 05 315

IVO DANTAS

- *SERVIDOR PÚBLICO, APOSENTADORIA E DIREITO ADQUIRIDO.* 03 201
- *AS DENOMINADAS FAMÍLIAS DE DIREITO. CIVIL LAW E COMMON LAW: SEMELHANÇAS E DESSEMELHANÇAS* 11 151

JACKSON BORGES DE ARAÚJO

- *MANDADO DE SEGURANÇA: DA NORMA DE TRATADO INTERNACIONAL COMO NORMA CONSTITUCIONAL.* 03 571
- *MANDADO DE SEGURANÇA. DA PROVA POR PRESUNÇÃO E O DIREITO DE AMPLA DEFESA.* 06 533
- *DO DIREITO DO ESTADO AO ESTADO DE DIREITO: UMA ABORDAGEM SOCIOLÓGICA SOBRE A (IM)POSSIBILIDADE DO PLURALISMO JURÍDICO NAS SOCIEDADES PERIFÉRICAS.* 07 383

JANEIDE OLIVEIRA DE LIMA

- *TRÁFICO DE HOMENS PARA A PROSTITUIÇÃO.* 03 215
- *A CRIANÇA E A AGRAVANTE GENÉRICA DO ART. 61 DO CÓDIGO PENAL.* 06 249
- *PRODUTOS QUE CAUSAM E QUE PODEM CAUSAR DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA: PERSPECTIVA CRÍTICA.* 08 223

JOÃO ALFREDO DOS ANJOS

- *ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT) - ANTECEDENTES, COMPOSIÇÃO E FUNCIONAMENTO.* 05 337

JOÃO MAURÍCIO L. ADEODATO

- *FILOSOFIA DO DIREITO E DOGMÁTICA JURÍDICA.* 01 266
- *A "CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL" DE FRIEDRICH MÜLLER.* 03 233
- *MODERNIDADE E DIREITO.* 06 255

JOÃO PAULO ALLAIN TEIXEIRA

- *ALTERNATIVIDADE E RETÓRICA NO DIREITO: PARA ALÉM DO EMBATE IDEOLÓGICO.* 05 383
- *A CARACTERIZAÇÃO DO OBJETO DA CIÊNCIA DO DIREITO E O SEU PROBLEMA HERMENÊUTICO-DECISÓRIO.* 07 405

JOAQUIM CORREIA DE CARVALHO JÚNIOR

- *NÓS E OS JUÍZES.* 05 357

JOAQUIM LUSTOSA FILHO

- *PARECER. TAXA DE PREVENÇÃO E EXTINÇÃO DE INCÊNDIO DO ESTADO DE PERNAMBUCO. TAXA DE LIMPEZA PÚBLICA DO MUNICÍPIO DO RECIFE. INCONSTITUCIONALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 144 E 145 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA.* 11 487

JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA

- *SENTENÇA CÍVEL: PROCESSO Nº 1.178/93.* 01 230
- *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PERDAS E DANOS.* 02 467
- *SENTENÇA CÍVEL : AÇÃO PARA ANULAÇÃO DE DOAÇÃO.* 03 589
- *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO COMERCIAL E PROCESSUAL CIVIL. TÍTULO DE CRÉDITO.* 05 545
- *SENTENÇA CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. INFECÇÃO HOSPITALAR.* 09 457
- *SENTENÇA CÍVEL. SEGURO DE VIDA.* 10 409
- *SENTENÇA CÍVEL: NOME COMERCIAL. MARCA. REGISTROS NA JUNTA COMERCIAL E NO IN.P.I COLIDÊNCIA. EMPRESAS DA MESMA ÁREA DE ATUAÇÃO.* 11 505

JOSÉ AUGUSTO DELGADO

- *REFLEXÕES SOBRE OS EFEITOS DA TUTELA ANTECIPADA.* 03 233

JOSÉ DE MOURA ROCHA

- *AÇÃO DE LOCUPLETAMENTO. DESTAQUE NO DIREITO CAMBIÁRIO (ENRIQUECIMENTO ILÍCITO).* 03 261
- *PROVA ILÍCITA E CONSTITUIÇÃO.* 04 229
- *CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL (REFLEXÕES-ALTERAÇÕES-INOVAÇÕES).* 06 275
- *CONSTITUIÇÃO, INTERPRETAÇÃO, COSTUME.* 07 449

JOSÉ CARLOS ARRUDA DANTAS

- *CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS: ASPECTOS DOUTRINÁRIOS.* 07 429
- *A (DES) NECESSIDADE DA FIRMA RECONHECIDA NO INSTRUMENTO PROCURATÓRIO "AD JUDICIA".* 08 233
- *TUTELA CAUTELAR & TUTELA ANTECIPATÓRIA: ELEMENTOS DE DISTINÇÃO.* 09 211

JOSÉ FERNANDES DE LEMOS

- *DIREITO ELEITORAL: INVESTIGAÇÃO JUDICIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. PRÁTICA DO CLIENTELISMO.* 03 603

JOSÉ JANGUIÉ BEZERRA DINIZ

- *OS EMBARGOS INFRINGENTES À LUZ DA LEI 8.950/94.* 02 339
- *FORMAS DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS TRABALHISTAS NO BRASIL.* 03 287
- *PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO.* 05 405
- *O VALOR DA JUSTIÇA.* 06 301
- *PERSPECTIVAS DA JUSTIÇA DO TRABALHO NUMA SOCIEDADE GLOBALIZADA.* 07 481

JOSÉ NÉRI DA SILVEIRA

- *A FUNÇÃO DO JUIZ* 01 184

JOSÉ RENATO NALINI

- *O JUIZ E SEU MODO ÉTICO DE SER. PASSADO, PRESENTE E FUTURO DA ESCOLA DA MAGISTRATURA.* 01 211
- *ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.* 02 28
- *A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.* 03 325
- *ESCOLAS DA MAGISTRATURA NO BRASIL: ASPECTO ORGANIZATIVO INSTITUCIONAL.* 03 325
- *A VONTADE DO CONSTITUINTE NA FORMAÇÃO DO JUIZ BRASILEIRO.* 06 337

JOSÉ SOARES FILHO

- *ALGUMAS OBSERVAÇÕES ACERCA DA SUBSTITUIÇÃO PROCESSUAL.* 01 107
- *O BRASIL FRENTE À OIT: A DENÚNCIA DA CONVENÇÃO 158.* 04 259

JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES

- *LEGALIDADE E ISONOMIA TRIBUTÁRIA: A QUESTÃO DA SUA DEMARCAÇÃO.* 02 262
- *SIGNIFICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988.* 03 311

JOSÉ VIANA ULISSES FILHO

- *ANTERIORIDADE DA LEI TRIBUTÁRIA E O PRINCÍPIO DA ISONOMIA: REFLEXÕES CRÍTICAS.* 01 145
- *LEX MERCATÓRIA, ARBITRAGEM E CONTRATOS ECONÔMICOS: NOVAS PERSPECTIVAS INTERNACIONAIS.* 02 310
- *O ART. 6º DA LEI Nº 9.099/95: A CAMINHO DE UMA*

- *INTERPRETAÇÃO ALTERNATIVA DO DIREITO.* 03 355
- *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO ADMINISTRATIVO. LICITAÇÃO. NULIDADE* 05 561

JUSTIÇA PÚBLICA

- *SENTENÇA CRIMINAL - PROCESSO Nº 5.336/92.* 01 292

KYLCE ANNE DE ARAÚJO PEREIRA

- *O DIREITO E O PROCESSO DE TRABALHO NA SOCIEDADE PERI FÉRICA: FLEXIBILIZAÇÃO.* 10 209
- *DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA E CONTROLE JUDICIAL: ARGUMENTAÇÃO ENTIMEMÁTICA E CONCEITOS JURÍDICOS INDETERMINADOS* 11 229

LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA

- *A ARBITRAGEM E O PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.* 04 282
- *POSSIBILIDADE DE SER CONCEDIDO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO.* 07 501

LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO

- *DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. PROCESSO DE ARROLAMENTO. IMPOSTO CAUSA MORTIS.* 02 490
- *PROCESSUAL CIVIL: EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO DE MAGISTRADO.* 03 625

LUCIANA DE MEDEIROS FERNANDES

- *O ESTADO ADMINISTRADOR E A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA.* 08 247

LÚCIO GRASSI DE GOUVEIA

- *O DEVER DE COOPERAÇÃO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS COM AS PARTES – UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO DIREITO COMPARADO (ALEMANHA, PORTUGAL E BRASIL)* 11 247

LUIZ CARLOS DE FREITAS MEDEIROS

- *AGRAVO REGIMENTAL EM MANDADO DE SEGURANÇA.* 11 275

LUIZ VICENTE CERNICCHIARO

- *INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA.* 04 296

MARCELO A. RODRIGUES

- *O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.* 04 101

MARCÍLIO FLORÊNCIO MOTA

- *A INTERVENÇÃO DO AGENTE PÚBLICO NA AÇÃO PARA RESSARCIMENTO DE DANOS MOVIDA PELO ADMINISTRADO EM FACE DA ADMINISTRAÇÃO OU DA PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PRIVADO PRESTADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS.* 09 247

MARCO MACIEL

- *ARBITRAGEM E MODERNIZAÇÃO INSTITUCIONAL.* 04 312

MARCOS ANTÔNIO NERY DE AZEVEDO

- *O PROBLEMA DO CONHECIMENTO E A CIENTIFICIDADE DO DIREITO.* 03 375

MARIA BETÂNIA SILVA

- *AÇÃO CIVIL PÚBLICA E A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEIS.* 02 446
- *UM NOVO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE LEIS EM PROJETO.* 04 318
- *SOBRE A ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE EM SEDE DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA: DESDOBRAMENTO DE UMA POLÊMICA.* 07 511

MARIA DE FÁTIMA DE CARVALHO FALCÃO

- *CONSIDERAÇÕES SOBRE A PALAVRA JUSTIÇA.* 08 299
- *A CULPA STRITU SENSU, COMO ELEMENTO DA CULPABILIDADE.* 10 233

MARIA DLARA SIQUEIRA DE MELO BORGES

- *A NORMA JURÍDICA E SUA INTERPRETAÇÃO.* 08 283
- *AS CONTRIBUIÇÕES PARA FISCAIS NO DIREITO DO TRABALHO.* 09 267

MARIA HELENA DE CASTRO OLIVEIRA

- *O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA* 10 263

MARUPIRAJA RAMOS RIBAS

- *DANOS MORAIS.* 07 527
- *SENTENÇA CÍVEL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS.* 09 475
- *A DESPENALIZAÇÃO NO DIREITO PENAL E SEUS REFLEXOS CONSTITUCIONAIS* 11 283

MAURÍCIO RANDS

- *DO GARANTISMO INDIVIDUAL AO GARANTISMO DE ADMINISTRAÇÃO COLETIVA.* 04 344

MAURÍCIO GOMM SANTOS

- *FORMAS ALTERNATIVAS PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS.* 02 190

MICHELE TARUFFO

- *DIMENSÕES TRANSCULTURAIS DA JUSTIÇA CIVIL.* 11 291

NALVA CRISTINA CAMPELLO

- *SENTENÇA CÍVEL: REPARAÇÃO DE DANOS.* 03 639

NAPOLEÃO TAVARES

- *APRESENTAÇÃO.* 01 05
- *APRESENTAÇÃO.* 02 11
- *APRESENTAÇÃO.* 03 09
- *APRESENTAÇÃO.* 04 11
- *APRESENTAÇÃO.* 05 13
- *APRESENTAÇÃO.* 06 13
- *AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO E GRAVAÇÃO DE CONVERSAS TELEFÔNICAS.* 06 549

NELSON SALDANHA

- *SOBRE A TEORIA GERAL DO DIREITO CIVIL.* 03 409
- *EM TORNO DOS VALORES JURÍDICOS.* 04 356
- *O ESTADO EM QUESTÃO: PRESENTE E FUTURO.* 07 533
- *DIREITOS HUMANOS: CONSIDERAÇÕES, HISTÓRICO-CRÍTICAS.* 08 317
- *PENSAMENTO JURÍDICO, RACIOCÍNIO E ARGUMENTAÇÃO* 11 345

NILDO NERY DOS SANTOS

- *AS JURISDIÇÕES COMUNITÁRIAS.* 01 99
- *A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA CRIMINOLOGIA.* 02 124
- *DESEMPREGO E VIOLÊNCIA.* 04 371

NIVALDO MULATINHO FILHO

- *SENTENÇA PENAL. DENÚNCIA DE CRIMES HEDIONDOS. TENTATIVA DE ESTUPRO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. LATROCÍNIO CONSUMADO.* 11 517

OG FERNANDES

- *JUIZADOS CRIMINAIS: O PROCESSO DE RESULTADOS.* 01 287

PALHARES MOREIRA REIS

- *O SISTEMA PARTIDÁRIO PLURALISTA E DEMOCRÁTICO.* 09 283
- *NOÇÃO DE POVO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988* 11 357

PAULA OLIVEIRA MENDONÇA

- *PRINCÍPIOS PROCESSUAIS, IMPORTÂNCIA DE SEU ESTUDO PARA O DIREITO PROCESSUAL.* 09 301

PAULO LUIZ NETTO LÔBO

- *QUESTÕES DE DIREITO NOS CONTRATOS DE CONSUMO E A SÚMULA Nº 05 - STJ.* 05 465
- *IGUALDADE CONJUGAL - DIREITOS E DEVERES.* 06 361

PAULO CÉSAR MAIA PORTO

- *O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A REPRESSÃO AOS ATOS INFRACIONAIS.* 03 419
- *PODER REFORMADOR DA CONSTITUIÇÃO: NATUREZA JURÍDICA E LIMITES.* 05 439

PETRÚCIO FERREIRA DA SILVA

- *DA DIMENSÃO DA LEGITIMIDADE PROCESSUAL DOS PARTIDOS POLÍTICOS.* 02 374

RENATO PINHEIRO FILHO

- *O PRINCÍPIO DA ORALIDADE NO PROCESSO CIVIL - A UTILIZAÇÃO DA FORMA DE COMUNICAÇÃO ORAL E A CONCENTRAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS NUMA PERSPECTIVA DE CONFERIR MAIOR CELERIDADE AO PROCESSO.* 10 305

RICARDO ARNALDO MALHEIROS FIUZA

- *O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS (DIREITO COMPARADO).* 04 386

RICARDO DE OLIVEIRA PAES BARRETO

- *SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE PROCEDIMENTO ORDINÁRIO COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA - PROCEDÊNCIA - REVISÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL. ALTERAÇÃO DE DÓLAR NORTE-AMERICANO PARA O INPC.* 11 533

RICARDO SILVEIRA RIBEIRO

- *CONSTITUIÇÃO ECONÔMICA: UMA REVISÃO HISTÓRICO-CONCEITUAL* 10 281

RICARDO DE BRITO A. P. FREITAS

- *A JUSTIÇA MILITAR NO OLHO DO FURACÃO.* 01 407
- *O DIREITO PENAL MILITAR E A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.* 02 161
- *O USO ALTERNATIVO DO DIREITO PENAL PRIVADO: ALGUMAS OBSERVAÇÕES SOBRE A SUA POSSIBILIDADE.* 04 413

ROBERTA FRAGOSO DE MEDEIROS MENEZES

- *LIBERALISMO E DEMOCRACIA O PARADOXO ENTRE LIBERDADE E JUSTIÇA; IGUALDADE E DIREITO.* 08 335
- *RESPONSABILIDADE CIVIL: A RESSARCIBILIDADE DO DANO MORAL NO DIREITO BRASILEIRO* 11 367

ROBERTO MAGALHÃES

- *O PODER JUDICIÁRIO E AS POLÍTICAS PÚBLICAS.* 06 381

ROMUALDO MARQUES COSTA

- *PUNIBILIDADE E NORMA PENAL.* 01 131
- *PUNIBILIDADE E CONCEITO DE CRIME.* 02 134
- *PUNIBILIDADE E CONCEITO DE PENA.* 03 455

ROSA MARIA A. NERY

- *O PRINCÍPIO DA PREVENÇÃO E A UTILIZAÇÃO DE LIMINARES NO DIREITO AMBIENTAL BRASILEIRO.* 04 101

ROSÂNGELA ARAÚJO VIANA

- *A RESSOCIALIZAÇÃO COMO ALTERNATIVA PARA O PROGRESSO DO DIREITO NO BRASIL.* 02 419

RUY TREZENA PATU JÚNIOR

- *CENTRO DE CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM.* 01 421
- *MEDIAÇÃO, CONCILIAÇÃO E ARBITRAGEM. ALTERNATIVAS À PRESTAÇÃO JURISDICIONAL CONVENCIONAL.* 02 272
- *A ESSÊNCIA, A ÉTICA DO CONTRATO DE TRABALHO. UM BREVE ENSAIO CRÍTICO SOBRE A INSTITUCIONALIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE EMPREGO PELA ORDEM JURÍDICA* 03 469
- *SENTENÇA CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DO DEVEDOR.* 04 544

SAMUEL HORACIO DE OLIVEIRA

- *JUROS ELEVADOS: INCONSTITUCIONALIDADE E LESÃO NOS CONTRATOS.* 09 343

SÁVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA

- *A IMPRENSA E O JUDICIÁRIO.* 02 393

SAULO RAMOS

- *REFORMA DO JUDICIÁRIO - EFEITO VINCULANTE DAS DECISÕES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.* 09 367

SOLANGE SOUTO

- FORMALIDADE E INFORMALIDADE NO CONTROLE SOCIAL PELO DIREITO. 04 435
- A SOCIOLOGIA DO DIREITO NO BRASIL: OS ANOS DE INÍCIO DE CONSOLIDAÇÃO. 05 79

SÉRGIO BERMUDES

- A SÚMULA VINCULANTE E A INDEPENDÊNCIA JURÍDICA DO JUIZ. 06 391

SÉRGIO PAULO RIBEIRO DA SILVA

- A MENOR DE CATORZE ANOS E O DELITO DE ESTUPRO. 04 429

SERGIO TORRES TEIXEIRA

- A CRIAÇÃO DO DIREITO NO EXERCÍCIO DA ATIVIDADE JUDICANTE 08 367

SIDNEY SANCHES

- ASPECTOS PROCESSUAIS DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. 03 511

SÍLVIO NEVES BAPTISTA

- ENSAIO SOBRE A TEORIA DO FATO DANOSO. 02 177
- CONCEITO DO DIREITO CIVIL. 07 545

STELLA MARIA MENDES GOMES DE SÁ LEITÃO

- UMA PROMESSA DE VIDA OU A ÚLTIMA CHANCE PARA O MEIO AMBIENTE? 08 389

TEODOMIRO NORONHA CARDOZO

- SENTENÇA PENAL. 10 427
- DA REPRESENTAÇÃO NO JUÍZADO ESPECIAL CRIMINAL. 11 399

VALÉRIA MARIA CAVALCANTI LINS LEMOS

- A CRIMINALIDADE FEMININA E SUAS ESPECIFICIDADES. 03 527
- A QUESTÃO DA "NOVA CRIMINALIDADE" NA TEORIA GERAL DO DIREITO. 04 449
- AS REGRAS DO MÉTODO SOCIOLÓGICO: INTERPRETAÇÃO E EXPOSIÇÃO CRÍTICA - ELEMENTOS INTERESSANTES PARA O DIREITO. 06 405

VALÉRIA RÚBIA SILVA DUARTE

- ALIMENTOS E SUA EXECUÇÃO: ASPECTOS GERAIS. 06 425
- SENTENÇA CÍVEL. AÇÃO DE RETIFICAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. 09 485

- SENTENÇA CÍVEL. RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL. 11 543

THIAGO ARRAES DE ALENCAR NORÕES

- PENHOR MERCANTIL: POSSIBILIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO PELA TRADIÇÃO SIMBÓLICA DA COISA EMPENHADA. 11 409

VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA

- QUESTÕES SOBRE A HIERARQUIA ENTRE AS NORMAS CONSTITUCIONAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988. 04 467
- A INSTITUIÇÃO DA PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL. 06 457
- FUNDAMENTOS DA DISCRICINARIEDADE ADMINISTRATIVA. 07 563
- CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS. 08 403
- PERFIL CONSTITUCIONAL DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE 11 423

WALBER DE MOURA AGRA

- INFLUÊNCIA SOFISTA NA FILOSOFIA DO DIREITO. 10 331

ZÉLIO FURTADO DA SILVA

- O CONTEÚDO SOCIOLÓGICO NA CRIAÇÃO DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS. 02 79
- A IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO BRASILEIRO. 03 539
- DESAPROPRIAÇÃO: A INCONSTITUCIONALIDADE 05 469
- ASPECTOS SOBRE VIGÊNCIA, VALIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS JURÍDICAS. DO ART. 12 DA M. P. Nº 1.632 E A JUSTA INDENIZAÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO. 07 593
- A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL PRIVADO. 10 359



ESCOLA SUPERIOR DA MAGISTRATURA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
Rua Dom Bosco, 1308 – Boa Vista – Recife-PE – CEP 50070-070