

# DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

---

Nº 14

JANEIRO - JULHO  
1999



DEPARTAMENTO DE DIREITO  
PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA  
DO RIO DE JANEIRO

**DIREÇÃO DO DEPARTAMENTO DE DIREITO**

Francisco Mauro Dias

---

**CONSELHO EDITORIAL**

Alejandro Bugallo Alvarez  
Ana Lúcia de Lyra Tavares  
Gisele Guimarães Cittadino  
Joaquim de Arruda Falcão  
José Eduardo Campos de Oliveira Faria  
José Ribas Vieira  
Tania da Silva Pereira

---

**COORDENAÇÃO DE PUBLICAÇÕES**

Maria Celina Bodin de Moraes

Os artigos deverão ser enviados para a Secretaria do Departamento de Direito da PUC-Rio, na Rua Marquês de São Vicente, 225, Ala Frings - 6º andar - Gávea - Rio de Janeiro - RJ - 22.453-900

**DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE**

n° 14 janeiro-julho, 1999

ISSN 1516-6104

Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade  
Católica – Departamento de Direito.

1. Direito-Periódicos. 1- PUC-Rio

# SUMÁRIO

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

N° 14

JANEIRO - JULHO  
1999

## 1. Artigos

- O Judiciário como Poder Político no Séc. XXI  
*Min. Antônio de Pádua Ribeiro* 01
- As Cédulas de Crédito Bancário  
*João Luiz Coelho da Rocha* 17
- Formação do Jurista Pesquisador: Pressupostos e Requisitos.  
Técnicas de Pesquisa e Ensino na Pós-Graduação  
*Nadia de Araujo* 23
- O Leviatã e o seu Significado Simbólico  
*Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco* 39
- Verdade e Paradigma  
*Telma Lage* 55
- Colisão de Direitos no Processo Falimentar:  
Titular do Direito à Restituição de Crédito Originário de ACC  
*Versus* Titular de Crédito Garantido com Hipoteca  
*Teresa Negreiros* 67
- ## 2. Ensaio de Direito Constitucional Comparado
- Nota sobre as Dimensões do Direito Constitucional Comparado  
*Ana Lucia de Lyra Tavares* 89

✓ Estudo Comparativo das Bases Diferenciais da Formação Histórica do Brasil e Estados Unidos da América <i>Sandra Chapadeiro</i>	105
• A Recepção dos Direitos Fundamentais na Constituição da República Islâmica do Irã <i>Marcello Raposo Ciotola</i>	125
• Recepção no Sul de Angola (Direito Consuetudinário) do Direito Português das Sucessões <i>Bento Salazar André</i>	147
Sistema Financeiro Imobiliário: Pode-se Evitar a Rejeição? <i>Marcello S. Godinho</i>	155
<i>Stare Decisis</i> e Súmula Vinculante: Um Estudo Comparado <i>Leonardo D. Moreira Lima</i>	165
✓ Recepção de Normas Internacionais e o Caso da Imunidade de Jurisdição <i>Eneas Torres</i>	183

### 3. Notícias e Informações

Relação das Dissertações de Mestrado defendidas entre janeiro e julho de 1999

## O JUDICIÁRIO COMO PODER POLÍTICO NO SÉCULO XXI\*

*Ministro Antônio de Pádua Ribeiro\*\**

**Sumário:** Introdução. Formas de governo. Tipologia. Divisão de poderes. Revolução Francesa. Constituição americana. Sistema político brasileiro. Judiciário no Brasil. Independência. Judiciário como poder político. República democrática: governo das leis e não dos homens. Garantias jurisdicionais dos cidadãos. Crise do Estado. Disparidade entre a demanda social e a resposta política. Crise da lei e crise da Justiça. Justiça: não é praticada só pelo Judiciário. Efetividade dos direitos e da cidadania. Acesso à Justiça. Obstáculos ao acesso à Justiça: econômico, organizacional e processual. Tutela do direito coletivo. Juizados especiais de pequenas causas. Meios alternativos de solução de litígios. Poder Judiciário: sentimento de deslegitimação. Expansão da função legislativa. Ativismo judicial. Fenômeno da "massificação". Interesses difusos, homogêneos ou coletivos. Crise do Judiciário: aspecto da crise do próprio Estado. O tempo e o processo. Legitimidade do Judiciário, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade. Litigiosidade contida e impunidade: superação. Judiciário e democracia.

1. Antes de tecer reflexões sobre o Judiciário como poder político no próximo século, convém ter presente esta observação de Maquiavel: "Costumam dizer que os homens prudentes, e não casualmente ou sem razão, que aqueles que desejam ver o que será, ponderam sobre o que já foi: porque todas as coisas do mundo, em todo tempo, têm sua própria relação com os tempos

\* Conferência proferida em 23.06.99, por ocasião do "Congresso Brasil-Portugal Ano 2000", em Coimbra, Portugal.

\*\* Presidente do Superior Tribunal de Justiça.



antigos. Isso acontece porque se as coisas são feitas pelos homens, que têm e sempre tiveram idênticas paixões, é inevitável que produzam idêntico efeito.”<sup>1</sup>

Ponderando sobre o que já foi, Montesquieu escreveu a sua célebre obra “*O Espírito das Leis*”, consagrando uma vida que “não foi senão uma pesquisa e um magistério científico, exercido por amor dos povos”. A sua obra “foi uma auto-imolação”, deixando-o, ao cabo de vinte anos de labuta, debilitado e quase cego. Foi, como diria Camões, “mais do que prometia a força humana”.<sup>2</sup> “Os meus princípios, não os tirei dos meus preconceitos, mas da natureza das coisas”, assinalou o Mestre no seu prefácio.

2. O estudo sobre a tipologia das formas de governo se perde nas brumas dos tempos. Norberto Bobbio, em uma das suas obras, descreve a célebre discussão narrada por Heródoto, entre três persas – Otanes, Megabises e Dario –, após a morte de Cambises, sobre a melhor forma de governo a adotar no seu país. Diz, com razão, que a passagem é exemplar porque traduz, com clareza, as três formas clássicas de governo: o de muitos, o de poucos e o de um só, ou seja, “democracia”, “aristocracia” e “monarquia”. Defensor do governo do povo, Otanes condena o governo de um só e o de poucos. Defensor da aristocracia, Megabises condena o governo de um só e o do povo. Por fim, Dario defende a monarquia e, ao fazê-lo, condena o governo do povo e o de uns poucos.

A diferença entre a classificação dessas formas de governo no debate narrado por Heródoto e a classificação de Aristóteles está em que, na primeira, a cada proposta tida como boa correspondem duas outras vistas como más, enquanto, na outra, a cada proposta boa corresponde a mesma na sua forma má: a monarquia corrompida transforma-se em tirania; a aristocracia, em oligarquia; e a democracia, em demagogia.<sup>3</sup>

Essas formas de governo, nas idas e vindas da história, estão sempre presentes, embora, algumas vezes, com roupagens novas, dando razão a Maquiavel no dizer que os governos são obras de homens, que têm e sempre tiveram as mesmas paixões.

3. Pouco importa seja o poder exercido por um, por alguns ou por muitos. Quem o detém tende a dele abusar. O poder vai até onde encontra os seus limites. Para que os seus titulares não possam abusar dele, é preciso que, pela

<sup>1</sup> N. Machiavelli, *Discorsi*, III, 43.

<sup>2</sup> *Os Lusíadas*, Canto 1, 29. Saraiva, 1982, págs. 5 e 6. Ver a Introdução do *Espírito das Leis*, escrita pelo Des. Pedro Vieira Mota.

<sup>3</sup> Ver *Teoria das Formas de Governo*, 9ª ed., UNB, págs. 39-43.

disposição das coisas, o poder freie o poder. Esse o ensinamento de Montesquieu para sustentar que a liberdade política só se encontra nos governos moderados, embora não exista sempre nos Estados moderados. Ela só existe nestes quando não se abusa do poder.<sup>4</sup>

Para que um poder freie o outro, o grande clássico francês sustentou a famosa doutrina da divisão dos poderes, assinalando que “estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou demandas dos particulares”.<sup>5</sup>

4. Nessa linha de entendimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, obra da Revolução Francesa e que resume a sua ideologia político-jurídica, proclamou, no seu art. 16, que “toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem estabeleça a separação dos poderes, não tem constituição”.<sup>6</sup>

A primeira aplicação prática da doutrina da divisão de poderes deu-se com a Constituição americana de 17 de setembro de 1787. Daí se generalizou, sendo adotada pelo constitucionalismo dos dois últimos séculos.

5. Esclarece Pinto Ferreira que o sistema político brasileiro, desde a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, recebeu a influência decisiva do pensamento teórico da distinção de poderes. Consignava a existência dos poderes clássicos, aos quais ainda agregava o poder moderador, nas mãos do Imperador, com o papel essencial de equilíbrio e solução dos conflitos constitucionais.<sup>7</sup> Trata-se de importante herança do direito português.

Com a queda do Império, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana, estabelecendo, na consonância dos ensinamentos de Montesquieu, o sistema de três poderes, cuja estrutura básica, no tópico, permaneceu a mesma nas Constituições subsequentes, com os hiatos decorrentes do regime político corporificado na Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 e durante o período de excepcionalidade da Revolução de 1964.

<sup>4</sup> *O Espírito das Leis*, Saraiva, 1987, pág. 163, tradução de Pedro Vieira Mota.

<sup>5</sup> Obra citada, pág. 165.

<sup>6</sup> Este o texto em francês: “Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution”.

<sup>7</sup> Ver *Teoria Geral do Estado*, 2ª vol., 3ª ed., Saraiva, 1975, pág. 743.

A Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, diz no seu art. 20 que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. No seu Título IV, que versa sobre a organização dos Poderes, destina um Capítulo a cada Poder, referindo-se o Capítulo III ao Poder Judiciário.

6. O Judiciário no Brasil é, pois, um Poder do Estado. O Estado brasileiro consubstancia-se numa República Federativa, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º e parágrafo único).

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

No exercício das suas atribuições, o Judiciário há de ter sempre presentes esses princípios fundamentais.

7. A independência do Judiciário, sem prejuízo da sua atuação harmônica com os outros Poderes, é assegurada pela Constituição, que lhe dá autonomia administrativa e financeira e estabelece as garantias da magistratura (arts. 95, 99 e 168).

Os Tribunais elaboram e encaminham as suas propostas orçamentárias ao Congresso Nacional, com observância dos limites estipulados conjuntamente com os demais Poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias que lhes são destinadas, compreendidos os créditos suplementares e especiais, lhes são entregues, em duodécimos, até o dia 20 de cada mês.

Aos juizes são asseguradas as garantias da vitaliciedade, sujeitos, porém, à aposentadoria compulsória aos setenta anos, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.

São órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juizes Federais; os Tribunais e Juizes do Trabalho; os Tribunais e Juizes Eleitorais; os Tribunais e Juizes Militares; e os Tribunais e Juizes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 92).

Há dois Tribunais da Federação, ou seja, que exercem jurisdição sobre a Justiça comum federal e estadual: O Supremo Tribunal Federal, corte predominantemente constitucional, órgão de cúpula de todo o Judiciário, incluindo a justiça especializada (militar, eleitoral e do trabalho), e o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da Justiça comum federal e estadual, a que cabe zelar pela autoridade e uniformidade interpretativa do direito federal.

8. É diante desse contexto, que descreve, em resumo, o Judiciário brasileiro no âmbito histórico e no concerto das Nações, que cumpre refletir sobre ele como poder político no próximo século sob a ótica dos magistrados.

No tocante ao posicionamento do Judiciário como poder político do Estado, o que se espera, no Brasil, é a manutenção das mesmas regras e princípios hoje existentes, que igualam ou até mesmo superam em conquistas as já obtidas por outros importantes Estados democráticos de direito.

O problema está em colocar em prática esses princípios, de maneira a tornar o exercício das funções jurisdicionais menos moroso e mais eficiente, tendo em conta que o Judiciário presta serviço público de alta relevância, qual seja, aquele de distribuir justiça.

É preciso ter-se em conta que, numa república democrática, o governo é das leis e não dos homens. A respeito, examinando o assunto com a profundidade que lhe é peculiar, conclui Bobbio:

“Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio tempo da democracia. E o que é a democracia senão um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem

derramamento de sangue? e em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a estas regras? Pessoalmente, não tenho dúvida sobre a resposta a estas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranqüilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos.”<sup>8</sup>

9. Em termos de garantias jurisdicionais dos cidadãos, relativamente à administração da justiça, a vigente Constituição brasileira adota como postulado constitucional fundamental o “devido processo legal”, expressão oriunda da inglesa “due process of law”, ao dizer: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV). Adota, ainda, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estatuir que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV). Consagra o princípio da isonomia: “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”; “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (art. 5º, *caput* e inciso 1). Estabelece, ainda, o princípio do juiz ou promotor natural, ao dizer que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, e que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente” (art. 5º, XXXVII e LIII). Estatui o princípio do contraditório: “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” (art. 5º, LV). Prevê o princípio da proibição da prova ilícita: “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos” (art. 5º, LVI); o princípio da publicidade dos atos processuais: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos” (art. 93, IX), acrescentando que “a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem” (art. 5º, LX); e o princípio da motivação das decisões judiciais sob pena de nulidade (art. 93, IX).

10. O Estado está em crise; e a sua atuação, em dissonância com o que dele esperam os cidadãos. Nesta época de globalização e liberalismo econômico, acerbas críticas são dirigidas aos entes públicos, ao fundamento de que não funcionam a contento a serviço da coletividade e de que se têm esquecido da sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o bem comum e, em decorrência, ajudar a população a alcançar a sua grande aspiração, que é a de toda a Humanidade: efetivar o sonho de ser feliz.

<sup>8</sup> *O Futuro da Democracia*, 5ª ed., Paz e Terra, págs. 170-171, tradução de Marco Aurélio Nogueira.

A crise do Estado decorre da gritante disparidade entre a demanda social e a resposta política. Hoje, não se pede ao Estado apenas proteção, mas muito mais que isso, e ele não tem poder suficiente para realizar o que dele se espera.

A deficiente estrutura do Estado, inadequada para atender às suas finalidades, gera excesso de regulamentação e de atos administrativos ensejadores de conflitos com os particulares (funcionários públicos, beneficiários da previdência social, empresas, etc.). São litígios fundados na legislação estatutária, previdenciária, tributária e financeira. Enseja, ainda, aquela deficiência a contínua edição de leis, muitas delas aprovadas e mal redigidas, causadoras de insegurança jurídica e, em decorrência, de litígios. Esses litígios ou lides, em número avassalador, vão sobrecarregar o Judiciário, estendendo-lhe as consequências da crise do Estado.<sup>9</sup>

11. A Lei e a Justiça “compõem as duas faces deste universo sobre o qual gravitam todos os fenômenos jurídicos”. Há uma crise da Lei e uma crise da Justiça. Essas crises decorrem da “distorção entre a lei e os anseios sociais” e da “ineficiência da realização da justiça.” Daí que, com inteira pertinência, destacou o Desembargador Luiz Fux que “resplandece no céu do terceiro milênio, encartada numa das ‘Eras do Direito’, idealizadas pelo notável Norberto Bobbio, a ‘Era da Legitimidade’, resultante das novas expectativas quanto à ‘lei e à justiça’, emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos”.

É o citado magistrado e professor, ainda, quem realça que a “crise judicial confina com a crise da lei”, assinalando que, “em outra medida, a ‘justiça da decisão’ depende da ‘justiça legal’, porquanto o magistrado tem como atividade precípua a submissão dos fatos às normas”.<sup>10</sup>

E, após dizer que “uma sentença em que se constrói o ‘jurídico’ antes do ‘justo’ se equipara a uma casa onde se erige o teto antes do solo”, endossando Plauto Faraco de Azevedo, preconiza a era de um poder judicial criativo “que atenda às exigências de justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, um poder para cujo exercício o juiz se abra ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se

<sup>9</sup> Ver Sálvio de Figueiredo Teixeira. *As Tendências Brasileiras Rumo à Jurisprudência Vinculante*. Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva. Vol. 10, 1998, págs. 143-149.

<sup>10</sup> *O que se espera do Direito no terceiro milênio, frente às crises das leis, da justiça e do ensino jurídico*, aula magna proferida em 31.8.1998, Universidade Gama Filho.



passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica".<sup>11</sup>

12. Os conflitos multiplicam-se na sociedade e, a cada instante, os cidadãos estão a clamar por justiça. Frequentemente, os jornais se referem aos sem-terra, aos sem-teto, aos que reclamam por assistência médica, por educação, por emprego.

Tais conflitos, de origem geral, precisam ser solucionados, mas a sua justa solução pressupõe sempre a opção por valores que, num determinado momento, devem prevalecer.

O deslinde desses conflitos ocorre mediante a atuação dos Poderes do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Portanto a Justiça, em termos estatais, não é praticada só pelo Judiciário, mas também pelos outros Poderes. Ao Judiciário cabe solucionar apenas certos conflitos especiais, denominados litígios ou lides.

Essas distinções são feitas porque o Judiciário, hoje, é intensamente criticado e, com frequência, de forma injusta. Muitas vezes dele se exige uma justiça que não pode praticar. Essas limitações, nem sempre notadas por pessoas que se dizem letradas, foram percebidas, com percuciência, pelo representante dos trabalhadores rurais, homem simples, mas catadrático na luta pela vida, em importante simpósio sobre a reforma do Poder Judiciário, no qual os temas pertinentes eram debatidos com amplos setores da sociedade. Disse ele, referindo-se à reforma agrária, com sabedoria e de maneira respeitosa, aos representantes do Judiciário presentes: "A Justiça que nós queremos, vocês não a podem nos dar."

13. É preciso, porém, repensar o Judiciário, objetivando a adoção de providências no sentido da efetividade dos direitos e da cidadania, na certeza de que justiça lenta e à qual tem acesso apenas parte da população é injusta. E, no desempenho dessa tarefa, impõe considerar não apenas, como até aqui tem acontecido, os operadores do sistema judiciário, mas especialmente os consumidores da justiça. Não se pode olvidar que, no regime democrático, a atuação precípua do Estado, mediante os seus órgãos, há de visar sempre à afirmação da cidadania. De nada adianta conferirem-se direitos aos cidadãos, se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos.

<sup>11</sup> Idem.

As idéias sobre a matéria vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar "acesso à justiça", sendo relevantes a respeito os sucessivos trabalhos publicados por Mauro Cappelletti e Vittorio Denti.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é "a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supraindividuais, com a racionalização do processo", que "quer ser um processo de resultados, não um processo de conceitos ou de filigranas".<sup>12</sup> O que se almeja é a efetividade do processo, sendo indispensável, para isso, "pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo".<sup>13</sup> Acesso à justiça é o acesso à ordem jurídica justa, no dizer de Kazuo Watanabe. "Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem".<sup>14</sup>

14. Em brilhantes conferências a respeito do tema, assinalou o Professor Mauro Cappelletti ser muito fácil declarar os direitos sociais; o difícil é realizá-los. Daí que "o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais", e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, a que denominou ondas renovatórias: a primeira refere-se à garantia de adequada representação legal dos pobres. Como fazê-la? A designação honorífica de advogados não tem mais sentido. Deve-se permitir a escolha de profissionais, instituir órgãos de defensoria pública ou adotar-se sistema misto? Seja qual for a solução, é fundamental que se assegure aos necessitados assistência jurídica, integral e gratuita.<sup>15</sup>

A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos, com o objetivo de proteger o consumidor ou o meio ambiente. Pressupõe que o conceito de pobreza não se adstringe ao indivíduo carente de recursos financeiros, ou de cultura, ou de posição social. É mais vasto: abrange grupos e categorias, como no caso do consumidor. Uma empresa produz milhões de produtos com um defeito de pouco valor. Trata-se de interesse fragmentado, pequeno demais para que o cidadão, individualmente, defenda o seu direito. Mas, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, estarão em jogo

<sup>12</sup> Cândido Rangel Dinamarco, *A Reforma do Código de Processo Civil*, 4ª ed.- 2ª tiragem, Malheiros, 1998, págs. 21 e 22.

<sup>13</sup> Idem.

<sup>14</sup> Idem.

<sup>15</sup> No Brasil, a Constituição estabelece que "o Estado prestará assistência judicial integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV), esclarecendo que a Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados" (art. 134).



interesses consubstanciados em valores consideráveis. Há, pois, de atentar-se para os carentes econômicos e para os carentes organizacionais.

A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos, o direito processual e o direito material, como, por exemplo, nas pequenas causas, a fim de que o seu custo não seja superior ao valor pretendido pelo autor. O tema envolve estudos, entre outros, sobre o princípio da oralidade e da imediatidade, bem como sobre os poderes do juiz e sobre a instrumentalidade do processo.

Em síntese, segundo o insigne jurista, os principais problemas do movimento reformador são os seguintes:

a) o obstáculo econômico, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, aonde seus direitos correm o risco de serem puramente aparentes;

b) o obstáculo organizador, através do qual certos direitos ou interesses “coletivos” ou “difusos” não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual; transformações essas que possam ter uma coordenação, uma “organização” daqueles direitos ou interesses;

c) finalmente, o obstáculo propriamente processual, através do qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela.”

15. Com apoio nos textos constitucionais em vigor, importantes leis têm sido promulgadas com o objetivo de tornar realidade as novas regras atinentes ao que se denominou “acesso à justiça”. Nesse sentido, incluem-se aquelas relativas à reforma do Código de Processo Civil.

No Brasil, essa grande transformação começou, no plano legislativo, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei n. 4.717, de 29/6/1965) e assumiu dimensões revolucionárias com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347, de 24/7/1985), estendida até mesmo à tutela da ordem econômica pela Lei n. 8.884, de 11/6/1994, (art. 88), o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069, de 13/7/1990) e Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078, de 11/9/1990).

A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor instituíram as bases da tutela do direito coletivo em nosso ordenamento jurídico. Esses diplomas legais atribuíram legitimidade ao Ministério Público e a outras entidades representativas de classe, estabeleceram regras sobre a coisa julgada erga omnes e ultra partes e dispuseram sobre a conceituação das três espécies de direitos e interesses a serem objeto de tutela coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Ressalte-se que a Constituição Federal em vigor, no plano da tutela constitucional das liberdades, criou os institutos do habeas data, do mandado de injunção e do mandado de segurança coletivo, consagrando princípios relativos à tutela jurisdicional coletiva (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º, inciso XXI, e art. 8º, inciso III) e dando feição constitucional aos Juizados Especiais de Pequenas Causas (art. 24, inciso X, e art. 98, inciso I) e à ação civil pública (art. 129, inciso III),

Com essa nova visão, foi recentemente promulgada a Lei n. 9.099, de 26/9/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, cujo art. 2º estabelece os seus princípios básicos: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação. O significativo número das demandas transindividuais ajuizadas, fundadas na legislação a que antes me referi, mostra a boa acolhida que vem obtendo da sociedade e a sua grande utilidade para a população e para a defesa do interesse público.

Cumprе assinalar, outrossim, que os meios alternativos de solução de litígios devem ser difundidos, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem, A respeito, foi promulgada a Lei n. 9.307, de 23/9/1996, também denominada Lei Marco Maciel”.

Dentro desse quadro, algumas questões importantes devem ser enfrentadas e solucionadas ou, pelo menos, equacionadas na chamada reforma do Poder Judiciário, que não se adstringe ao plano constitucional.

Entre as providências que vêm sendo debatidas e efetivadas, creio seja conveniente adotar concretamente a denominada justiça itinerante, voltada às populações mais carentes das periferias das grandes metrópoles e da zona rural, e a ampliação dos juizados especiais de pequenas causas, estendendo-os à União

Federal.<sup>16</sup> Enfim, é imperioso que se criem mecanismos, visando dar mais flexibilidade à administração da justiça.

A preocupação que se deve ter presente é a de afastar o "sentimento de deslegitimação por parte da maioria da população" com que depara o Poder Judiciário. É preciso dar meios aos excluídos e aos pobres para que deixem de recorrer a outros canais de mediação, como a polícia, o padre, o líder comunitário e o justiciero. Ou seja, cumpre dar condições a toda a população para assegurar de fato a sua cidadania.

16. O Estado social, que emergiu no curso deste século, num panorama de tensões, crises e controvérsias, é caracterizado pela expansão sem precedentes dos Poderes do Estado legislador e administrador. Daí que se tornou mais aguda e urgente a exigência do controle judiciário da atividade do Estado. As lides deixaram de envolver apenas sujeitos privados e passaram a comprometer os Poderes políticos do Estado.

Por outro lado, a expansão da função legislativa e o crescente volume de legislação, além de sobrecarregarem os parlamentos, ensinaram a edição de leis ambíguas e vagas, deixando delicadas escolhas políticas à fase da sua interpretação e aplicação. Acrescente-se, ainda, a existência de massa de leis que continuam "nos livros" mesmo depois de se tornarem obsoletas. Esses eventos ensinaram a necessidade de um ativismo judicial mais acentuado, mas não são considerados pelos críticos desse ativismo.

A tudo isso se acrescenta o fato de que, em regra, os direitos sociais são "promocionais" e voltados para o futuro, exigindo para a sua gradual realização a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Ao aplicar as leis pertinentes, o juiz não pode proceder de maneira estática, mas tendo presente a finalidade social da lei à vista dos programas prescritos de maneira vaga pelas referidas normas.

Finalmente, assumem cada vez mais significação os conflitos decorrentes do fenômeno da "massificação", especialmente a tutela dos denominados interesses difusos, homogêneos ou coletivos. Isso está a exigir uma nova visão dos conceitos e regras do processo judicial e do próprio papel do juiz moderno.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> Emenda Constitucional n. 22, promulgada em 18.3.1999, art. 1º.

<sup>17</sup> Discurso de posse na Presidência do STJ, separata, pág. 10.

17. Sob o citado ângulo de visão, é, também, possível verificar que a crise do Judiciário é um aspecto da crise do próprio Estado. Sem se organizar e dar eficiência ao Estado-administrador e ao Estado-legislador, deficiente continuará o Estado-justiça.

Convém, por isso mesmo, na atual conjuntura, que se aumente a colaboração entre os Poderes do Estado, objetivando apressar soluções tendentes ao bem comum. Não se trata de abrir mão dos princípios que regem a atuação de cada Poder, mas de uma aproximação maior entre os seus membros com o fito de se tomarem medidas de interesse geral, visando à sociedade como um todo. O que se há de procurar é dar cumprimento à segunda parte do art. 2º da Constituição, segundo o qual os Poderes são independentes, mas harmônicos entre si. Ou seja, a independência não exclui a harmonia, e a harmonia só poderá ser obtida mediante conversações que permitam identificar as posições convergentes sobre os problemas do Estado, a fim de que possam, com a velocidade dos tempos modernos, ser superados.

Não há olvidar que, à semelhança do que acontece com a atividade dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos advogados, o relacionamento entre os Poderes obedece ao sistema dos vasos comunicantes. O Estado só funciona bem quando as suas atividades fundamentais são exercidas harmonicamente, sem dolo, sem malícia, em nível ético. Um poder que, pela atuação dos seus agentes, falta ao respeito ao outro ignora o que não pode desconhecer: não se pode baixar o nível de um, sem baixar, de igual modo, o do outro.<sup>18</sup> E, no que concerne ao mútuo respeito, "inexiste o mais alto: o respeito não desce de cima para baixo, não sobe de baixo para cima. Horizontalmente se manifesta sempre. Interligam-se de tal modo os três, que a elevação de um a todos enobrece, assim como o desrespeito a um a todos atinge".<sup>19</sup>

18. O Estado proibiu a autotutela, punindo como crime fazer justiça pelas próprias mãos. Assumiu, pois, o compromisso de solucionar, de forma adequada, efetiva e em tempo hábil, os litígios ou lides que ocorrem no seio da sociedade. O processo, mediante o qual atua a sua função jurisdicional, deve

<sup>18</sup> O enfoque foi utilizado por Piero Calamandrei na comparação das atividades entre juízes, advogados e membros do Ministério Público, e não entre os Poderes do Estado. Ver *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, 4ª ed., Clássica, pág. 22. O texto consta no meu discurso de posse na Presidência do Superior Tribunal de Justiça, ocorrida em 2/4/1998.

<sup>19</sup> A expressão foi usada pelo ilustre advogado Dr. Justino Vasconcelos, ao falar sobre "Advocacia e Relacionamento com a Magistratura e o Ministério Público", tese n.º 12, VI, Conferência Nacional da OAB, Salvador-BA, outubro de 1978. Não se referiu o autor ao relacionamento entre os Poderes do Estado. O texto consta no meu discurso de posse antes citado.

ensejar resultado semelhante ao que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.<sup>20</sup>

É relevante ter-se em conta que “a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças à parte débil que, diferentemente do litigante mais portentoso, não tem condição de arcar com essa lentidão permitindo aquele arrancar-lhe vantajosas concessões. Por essa razão, Cappelletti, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: ‘a justiça é igual para todos, mas um pouco mais igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres’”.<sup>21</sup>

A Convenção Européia para Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais estabeleceu, no seu art. 6º, § 1º, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de “um prazo razoável” é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.<sup>22</sup>

Nessa perspectiva, é intuitivo que “a inexistência de tutela adequada a determinada situação conflitiva corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se obrigou quando chamou a si o monopólio da jurisdição”. Daí a necessidade de tutelas rápidas e imediatas para remediar a ineficácia do procedimento ordinário e da própria administração da justiça.<sup>23</sup>

Impõe-se, pois, que o legislador e o juiz do terceiro milênio tenham “em mente que ‘as situações de periclitación e as de evidência’ merecem tutela imediata. A primeira, em face da possibilidade de dano irreparável acaso a justiça não seja imediata. A segunda, porque, em face de um ‘direito líquido e certo’, não se revela justo o aguardar indefinido de uma resposta judicial, que não pode ser outra senão aquela que acompanha a prova inequívoca que conduz à verossimilhança e à probabilidade de êxito alegado pela parte”. Ademais, “as sentenças devem valer por si sós, sem necessidade de atividades complementares que impliquem nova e delongada relação processual. A auto-executividade e mandamentalidade das decisões é anseio cuja contemplação não pode ultrapassar a ‘nova era’ sem a correspondente consagração”.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> José Carlos Barbosa Moreira, Tutela sancionatória e tutela preventiva, in *Temas de Direito Processual* (segunda série). São Paulo: Saraiva, 1980, pág. 21. Luiz Guilherme Marinoni, *A Ejetividade do Processo e Tutela de Urgência*, Sérgio Antônio Fabris Editora, 1994, pág. 12.

<sup>21</sup> Desembargador Luiz Fux, aula magna citada, fls. 26 e 27

<sup>22</sup> Mauro Cappelletti e Bryant Garth, *Acesso à Justiça*, Sérgio Antônio Fabris Editora, 1988, págs. 20-21, tradução de Ellen Gracie Northfleet.

<sup>23</sup> Luiz Guilherme Marinoni, obra citada, pág. 66.

<sup>24</sup> Desembargador Luiz Fux, aula magna citada, págs. 28 e 29. O tema é desenvolvido pelo ilustre autor na tese em que obtém a titularidade de Direito Processual Civil da UERJ: “*Tutela de Segurança e Tutela de Evidência*”.

No Brasil, as alterações do Código de Processo Civil, introduzidas pela Lei n. 8.952, de 13/12/1994, prestigiaram a doutrina da criação de tutelas diferenciadas, inclusive das tutelas de evidência. Quanto a estas últimas, passou a contemplar aquela lei duas modalidades de antecipação de tutela: uma relativa a obrigações de dar (art. 273) e outra às obrigações de fazer e não fazer (art. 461).<sup>25</sup>

Continuam, porém, as dificuldades de cumprimento das sentenças condenatórias. Não há tipificação criminal e, por isso, prisão por “descumprimento de ordem judicial” ou “desacato judicial”. No direito anglo-saxão, a prisão por dívida é vedada, mas isso não afasta aquela decorrente do descumprimento voluntário e afrontoso de ordens judiciais.

19. Cumpre encerrar. Levantei numerosas questões sobre o Judiciário, mas não é fácil dizer como solucioná-las. O importante é tê-las presentes, é ter delas consciência, a fim de que, no momento próprio, possam ser superadas. É, ainda, imperioso que os estudiosos trabalhem conscientes de que, nesta época em que tudo se questiona, não podem olvidar o tema sobre a legitimidade do Judiciário como Poder, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que serve. É indispensável a mudança de mentalidade e a criatividade, a fim de que novos princípios sejam aplicados à solução dos litígios, mitigando-se, assim, o fenômeno da litigiosidade contida e da impunidade, que, como doença insidiosa, pode aflorar com todas as suas energias funestas e atingir os alicerces que sustentam a causa democrática. O Judiciário só se impõe como verdadeiro poder no Estado de direito. Por isso mesmo que, quando a democracia floresce, assume a sua verdadeira dimensão de órgão do Estado que equilibra a atuação das forças vivas da nacionalidade, reduzindo os inevitáveis conflitos decorrentes das concepções antagônicas sobre os fatos da vida e mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a volver às formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História.

<sup>25</sup> J. E. Carreira Alvim, *Tutela Específica das Obrigações de Fazer e não Fazer*, Del Rey, 1997, págs. 9 e 10.

## AS CÉDULAS DE CRÉDITO BANCÁRIO

*João Luiz Coelho da Rocha*\*

Se uma pessoa procura um empréstimo bancário ela pode obtê-lo sem necessariamente ter que assinar um título de crédito, pois que a rigor um contrato formal subscrito por (duas) testemunhas, consignando o valor devido e os acréscimos combinados, já é um título executivo extrajudicial suficiente ao credor.

Na prática bancária, contudo, sempre se usou, além do contrato, as notas promissórias a ele vinculadas, representativas das parcelas de pagamento do mútuo, e na relação sinérgica título-contrato então se asseguram os acréscimos ajustados, imputáveis ao devedor.

As promissórias, e, eventualmente, as letras de câmbio (ambos documentos com força executória, conforme art. 585 do CPC), tem representado assim os títulos de crédito por excelência ligados as operações de mútuo bancário.

A medida provisória n 1.925/99, até a data em que escrevemos ainda não convertida em lei, cria um novo título de crédito na ordem jurídica brasileira, a cédula de crédito bancário, CCB, documento que se destina visivelmente a preencher o espaço de uma cártula mais completa para as transações de mútuos através de estabelecimentos financeiros.

---

\* Professor de Direito Comercial do Departamento de Direito da PUC-Rio. Advogado.



O seu modelo é derivado da pioneira cédula de crédito Rural, criada pelo DL 167/67, depois seguida e aperfeiçoada pela cédula de crédito industrial (Dec. Lei 413/69) e comercial (Lei 6.840/80) e também pela cédula de crédito à Exportação (Lei 6.613/75).

Qual a qualidade especial desse modelo de título que o faz diferente de uma cártula comum? Ou enfim, porque não usar uma simples promissória, já que a cédula de crédito bancário (art. 1º da M.P. 1925) é estruturalmente igual àquela, no que representa também "promessa de pagamento em dinheiro"?

No seguimento do modelo cambial criado na cédula de crédito rural, o novo título – ao contrário das promissórias ou letras de câmbio – pode ser emitido com garantia real cedularmente constituída (art. 2).

E aí já difere substancialmente do título de crédito comum pois este só admite no seu corpo a garantia fidejussória do aval além da representada pelo próprio endosso, se transferida a cártula.

Portanto, nos novos termos, na concessão de um empréstimo bancário, seja qual for a garantia exigida e aceita, ou simples aval, ou mesmo hipoteca, penhor ou alienação fiduciária de bem, tudo poderá ser consignado na própria cártula ou em documento à parte mencionado na cédula (art. 7º).

Aqui se cria uma exceção importante ao princípio da literalidade dos títulos de crédito, na medida em que a simples anotação na cédula da existência da garantia corporificada em outro papel, faz com que os termos dessa obrigação lateral integrem o título de crédito de modo completo.

Ou seja, nenhum obrigado ao pagamento pode argüir, para se furtar às exigibilidades contra si, a não existência completa dos termos da garantia no corpo da cédula.

Mais ainda. A bem da segurança do crédito, barateamento de custos burocráticos e rapidez do procedimento, o bem cedido em garantia, cujas identificação e descrição são, claro, obrigatórias (art. 8º) pode ter tal processo de especificação substituído "pela remissão a documento ou certidão expedida por entidade competente, que integrará a cédula de crédito bancário para todos os fins".

Então, no ajuste de uma hipoteca em garantia do empréstimo, a CCB pode fazer tal referência em seu corpo e conter em anexo a simples certidão do RGI onde o imóvel estará descrito e individualizado. E ali a garantia cedular está pronta.

O mesmo se aplica a bens móveis sujeitos a registro, como automóveis, barcos, assim como a direitos como marcas e patentes, etc.

Naturalmente que a eficácia "erga omnes" da garantia dependerá de registro ou averbação conforme a lei aplicável àquele tipo de garantia (art. 18), sendo que, no caso de veículos automotores cedidos em penhor ou alienação judiciária basta a averbação no órgão de trânsito competente (art. 11).

Quanto à obrigação cambiária principal também a CCB experimenta, tal como as cédulas de crédito rural, industrial e sucedâneas, a exceção ao princípio cartular da literalidade, porisso que a "dívida em dinheiro certa, líquida" será exigível "seja pela soma nela indicada, seja pelo saldo devedor em planilha de cálculo, ou nos extratos de conta corrente" (art. 3º).

Temos aí portanto uma dessas raras hipóteses abonadas pelo legislador onde o valor devido, cobrável do devedor, de qualquer dos devedores cambiários, não será necessariamente aquele expresso estáticamente no título, mas poderá ter outra expressão monetária constante de documento à parte.

É certo que a lei (§ 2º do art. 3º) estabeleceu os critérios de demonstração do valor cobrável, executável, a ser mostrado nas planilhas e extratos de conta corrente.

A nós nos parece, contudo, que no particular dessas operações de mútuo cedular, mesmo que oriundas de contratos de abertura de crédito (art. 3º § 2º II) a jurisprudência do STJ e de alguns tribunais estaduais que nega liquidez e certeza – e excecutoriedade portanto – a essas planilhas unilaterais do credor, fica superada.

*"A cédula de crédito comercial é título executivo e permite a execução pelo valor nela expresso, não pelo do saldo apurado em conta corrente, resultante de lançamentos unilaterais do Banco*

(STJ – Ac. Unân. da 4ª T. publ. no DJ de 28-6-99, pág. 123 – Rec. Esp. 206.399-GO)”.  
Pois o § 1º do art. 4º da MP, acima transcrito, permite expressamente que o cessionário da CCB, seu endossatário, “mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada”, fique subrogado nos direitos do credor bancário, inclusive cobrando os juros e encargos da cédula.

Também no que toca à própria renegociação do valor básico mutuado, das condições remuneratórias do empréstimo, dos prazos de pagamento, etc, a CCB abre as portas do rigor cambiário, admitindo (art. 4º § 4º) acertos laterais em documentos separados que integram, para os fins de direito, a cártula central, entendendo-se ali que o legislador ordena nesse caso, a bem da segurança cambiária, que os mesmos requisitos formais (art. 4º “caput”) da CCB, próprios dos títulos de crédito, ali no documento suplementar sejam repetidos.

A grande novidade da CCB, de extrema relevância jurídica e efeitos comerciais sensíveis, está no § 1º do art. 4º da MP 1.925, assim redigido:

*“§ 1 – A Cédula de Crédito Bancário poderá ser objeto de cessão, de acordo com as disposições de direito comum, caso em que o cessionário, mesmo não sendo instituição financeira ou entidade a ela equiparada, ficará sub-rogado em todos os direitos do cedente, podendo, inclusive, cobrar os juros e demais encargos na forma pactuada na cédula”.*

Sabe-se que, desde há muito, mas sobretudo agora, nesta ordem econômica pouco inflacionária, onde os fatores de custos, inclusive custos do dinheiro, ficam mais visíveis, a jurisprudência vem tratando com mais rigor as estipulações de juros, só admitindo a liberdade estipencial na hipótese de credores financeiros autorizados pelo Banco Central.

Suportado nas regras da Lei 4.594/64 que deferem ao então CMN a fixação de juros bancários, o STF tem já solidificado que, para bancos e instituições financeiras, o limite de 12% ao ano de juros reais, previsto na antiga “lei da usura”, não vigora, sobre não vigir ainda a norma da Carta de 88 que consagra tal teto, à falta da Lei Complementar regulamentadora.

Pois bem. Aqui, como o nome diz, temos na CCB um credor bancário, autorizado pois à estipulação dos “juros de mercado”. Mais ainda, no exemplo da cédula de crédito Rural, e também das cédulas de crédito comercial e industrial ( conforme STJ, ac. Unân., 2ª Turma, D.J.U. de 31.05.93) a CCB também admite os juros sobre juros, ou capitalizáveis, fugindo assim à proibição do Decreto 33.354.

Nesse contexto, desde que portadora de uma cédula de crédito bancário, qualquer pessoa pode agora, ser credora de empréstimo com juros acima da taxa de 12% ao ano e capitalizáveis.

Vemos aí uma forma de credores comerciais se utilizarem de bancos ligados para proceder a empréstimos sob juros de mercado e ainda capitalizáveis - tudo o que não conseguiriam em uma operação direta – e depois adquirir o título de crédito do banco, ficando então credores com as vantagens financeiras comparativas óbvias que vão prevalecer, mesmo tendo alguma remuneração a pagar ao banco intermediário.

Pode-se ainda imaginar os “inter-company loans”, empréstimos entre empresas ligadas, que, no guante da lei fiscal só se admitem a “valores de mercado”, (limitados pois aos juros máximos entre empresas comerciais não financeiras) e se ponderar se, acertados com instituição bancária a juros correntes, poderá tal credor ceder a CCB a companhia ligada ao devedor.

Questões que já nos remeteriam ao campo da interpretação econômica da lei fiscal, às distinções entre evasão fiscal e elisão lícita.

Aí estão conseqüências de peso e de desdobramentos jurídicos interessantes, da criação da CCB no direito brasileiro, título que parece vir preencher um espaço importante no trato moderno das relações creditícias e sua circulação tão segura quanto possível.

## FORMAÇÃO DO JURISTA PESQUISADOR: PRESSUPOSTOS E REQUISITOS. TÉCNICAS DE PESQUISA E ENSINO NA PÓS-GRADUAÇÃO\*

*Nadia de Araujo\*\**

### 1. A Pós-Graduação em Direito no Brasil e seu Momento Atual

A pós-graduação em direito no Brasil já passou por diversas fases desde a sua criação. Antes mesmo de tornar-se um programa como o que se conhece nos dias atuais, a questão da titulação já era regulada pelo decreto que criou os cursos jurídicos no Brasil.

Utilizamos, durante este século, o modelo português, inspirado no francês, de titulação a partir de determinados exames, como a livre docência e o exame para a cátedra. Desta forma, a carreira universitária tinha um sistema de titulação que determinava a sua estrutura.

Somente no final dos anos sessenta foi reestruturada a pós-graduação no Brasil, trazendo então, através do CEPED<sup>1</sup>, um modelo à la

\* Trabalho apresentado no VIII Encontro Nacional do Conpedi, Porto Alegre, UFRGS, 1999.

\*\* Doutora em Direito Internacional, USP. Mestre em Direito Comparado, GWU. Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio e Professora Visitante da UERJ. Procuradora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> Para maiores informações sobre o CEPED e seu funcionamento, ver Gardner, James A., *Legal Imperialism - American Lawyers and Foreign Aid in Latin American*, The University of Wisconsin Press, especialmente o capítulo sobre o Brasil, pp. 61/125. O CEPED (Centro de Estudos e Pesquisas no Ensino do Direito) foi criado em 1966, por um grupo de professores e advogados, com o apoio da Fundação Ford e da Agência Americana de Ajuda (AID), em associação com a então UEG, hoje UERJ, para fomentar a idéia de direito e desenvolvimento, movimento legal muito difundido, aquela época, nos Estados Unidos. Em um relatório para a Fundação, David Trubek faz um diagnóstico do estilo das aulas de direito e suas consequências para a profissão, e coloca como objetivo do CEPED preparar professores e advogados, através de cursos sobre investimentos no Brasil e relações econômicas internacionais, utilizando-se do método socrático, e técnicas de pesquisa com o método de casos, o que

americana, procurando mudar o ênfase didático, introduzindo o sistema de estudo de casos, com material previamente selecionado.

Neste sentido, a PUC-Rio foi pioneira na implantação do novo modelo, como o início de seu mestrado em 1972 sobre Direito e Desenvolvimento, um efeito direto dos ensinamentos do CEPED, pois foi estruturado por um grupo de professores egressos do programa, e baseado nas premissas avançadas pelas pesquisas do Centro. Além disso, havia um convênio entre a PUC e o CEPED para assistência educacional, que foi descontinuado em 1973. No entanto, vários professores do CEPED passaram a ministrar disciplinas na PUC.

A Pós-Graduação da PUC foi mais tarde reestruturado, em meados dos anos 80, voltando-se mais para um programa interdisciplinar, em conjunto com o Instituto de Relações Internacionais. Um novo momento inicia-se a partir de 1995, quando o programa passa a ser administrado somente pelo Departamento de Direito, na área de Teoria do Estado e Direito Constitucional, sendo o doutorado implantado a partir do segundo semestre de 1999.<sup>2</sup>

Enquanto o centro da discussão do VII CONPEDI foi a respeito do novo sistema de pontuação da CAPES, certamente o tema deste ano deve ser a imensa proliferação e continuação de novos cursos ainda não reconhecidos, que acarretam uma difícil situação com reflexos importantes na graduação.

Por um lado, a situação dos mestres e doutores egressos de programas ainda não reconhecidos pela CAPES, é delicada, pois muitas vezes a própria universidade valida este título para o avanço de suas carreiras universitárias, por força dos regulamentos internos de suas instituições, mas externamente sua situação é de difícil assimilação. Por outro lado, com a enorme pressão sofrida pelos cursos de graduação, à procura de docentes titulados, não se pode deixar de verificar que esses títulos não são reconhecidos pelos avaliadores, o que certamente tem ocasionado situações bastante constrangedoras.

Há uma enorme disposição das IES, em especial as da rede privada, em promover a abertura de programas de pós-graduação para poder atender aos

---

era totalmente desconhecido naquela época no Brasil. Op. Cit., p. 67. O CEPED fomentou o treinamento de vários jovens professores, que também foram para universidades americanas, com o auxílio do projeto, familiarizar-se com o método proposto.

<sup>2</sup> Para uma visão das teses defendidas, veja-se *Catálogo da Pós-Graduação*, Departamento de Direito, PUC-Rio, 1995.

ditames da LDB, que lhes deu o prazo de oito anos para adequar-se às novas cotas de titulação docente, fixadas em 1/3 do total de professores.

E temos ainda o problema do pequeno número de programas com doutorado, fazendo com que determinadas regiões fiquem a mercê de doutores itinerantes para compor seus quadros docentes de pós-graduação, ou disputando os poucos que o fizeram em outros estados ou no exterior.

Vivemos hoje uma verdadeira “corrida” em direção à titulação. No passado havia uma histórica resistência do setor privado em investir no seu corpo docente, dando preferência por professores com experiência profissional e horário de trabalho parcial. Somente na Universidade Pública – na qual a promoção ao estágio superior da carreira dependia da titulação obtida--, era possível encontrar um corpo de professores preocupado em continuar sua formação acadêmica.

Certamente o CONPEDI é o fórum adequado para discutir essas questões e posicionar-se, perante as agências de controle e fomento sobre o modelo desejado para a pós-graduação em direito, para definir critérios e melhor de controle de modo a evitar a proliferação de cursos sem a devida infra-estrutura ou preocupação com o desenvolvimento da pesquisa.

## 2. Proposta da apresentação

Mas a proposta desse trabalho dirige-se a um outro aspecto do trabalho de pós-graduação: *a formação do pesquisador e do professor*. Isso porque a pós-graduação tem duas grandes vocações: preparar o futuro docente e o futuro pesquisador. Além do mais, nos dias de hoje as IES estão em busca de um profissional que alie as duas qualidades em uma só pessoa.

Duas são, a meu ver, as modalidades de pesquisa jurídica que se procura fomentar no Mestrando e Doutorando. Em primeiro lugar, a pesquisa individual do candidato, que resultará em sua dissertação ou tese. É preciso uma intensa preparação, do ponto de vista metodológico e do ponto de vista do conteúdo, para que este objetivo seja atingido. Com isso, a experiência durante a pesquisa certamente lhe servirá de base para dar continuidade ao trabalho acadêmico. Em segundo lugar, temos outros tipos de pesquisas jurídicas, como por exemplo as pesquisas em grupo, as sobre jurisprudência, etc. Essas novas modalidades, ainda pouco conhecidas, exigem do pesquisador o desenvolvimento



do trabalho em equipe, muitas vezes em companhia de outros professores, e bolsistas de iniciação científica.

A proposta desta apresentação centrar-se-á em dois pontos: de um lado procurar-se-á esquematizar o método de ensino da pós-graduação, e suas diferenças com a graduação, a partir de dois exemplos concretos; de outro, apresentar-se-á alguns modelos de pesquisa aplicada ao direito, que por já terem sido testadas<sup>3</sup>, poderão contribuir ao debate do grupo de trabalho sobre os requisitos e pressupostos do pesquisador jurídico.

### 3. A experiência de ensino em pós-graduação na PUC-Rio e na UERJ

Com o surgimento dos cursos de pós-graduação em um novo modelo, a partir da década de setenta, passou a haver um questionamento a respeito do método a ser empregado nas aulas de pós-graduação. Seguindo-se o modelo americano, muitos cursos adotaram a prática de seminários, no qual o Professor previamente designava o material e um aluno escolhido para a aula, apresentava o tema.

As aulas de pós-graduação são em geral de 3 horas, com uma sessão por semana. Todavia esse modelo não se apresenta como regra geral. Na Faculdade de Direito da USP, por exemplo, o sistema é de aulas de 4 horas, com a primeira parte sendo ministrada pelo professor titular ou associado, e a segunda parte dedicada aos seminários dos alunos, normalmente coordenado por um professor assistente. Ainda assim, esse sistema não é adotado por todos os professores, pois há casos dos que dão aulas em conjunto, dos que se revezam, dos que passam diretamente aos seminários, etc.

Na PUC-Rio e na UERJ, há uma certa preferência pelos seminários, com aulas de 3 horas. No entanto, cada professor determina sua aula, e os seminários não seguem o mesmo modelo.

<sup>3</sup> Passei a ministrar a cadeira de Direito Internacional Privado na PUC-Rio, a partir de 1985, e o faço desde então. Na pós-graduação, iniciei com a cadeira *Direito do Comércio Internacional*, em 1987, para o então Mestrado em conjunto do Departamento de Direito e do Instituto de Relações Internacionais. Com a divisão dos dois cursos, o programa de Pós-Graduação do Departamento de Direito, em Teoria do Estado e Direito Constitucional, passei a oferecer a disciplina *Direito Constitucional Internacional*. E a partir de 1997, passei a integrar o corpo docente do programa de Pós-Graduação da UERJ, no Mestrado em Direito Internacional e Integração Econômica, com a disciplina *Direito da Integração*.

O sistema de seminários baseia-se na experiência americana do método socrático, pelo qual o aluno recebe um rol de leituras previamente e comparece à aula preparado em relação ao material proposto. Normalmente o material é composto de casos, que deverão ser resumidos, pois os alunos são chamados para relatá-los pelo Professor. Tal método é usado no curso de direito, lá considerado um curso de graduação ou seja, de ensino superior ao *college*. O curso em questão não equivale de forma idêntica à nossa graduação. Em seguida, há os programas de pós-graduação em direito (normalmente *Master of Law, LLM ou MCL*) quando o estudo é aprofundado, o que seria semelhante ao nosso mestrado, mas de forma mais breve e sem a necessidade de uma dissertação. O curso tem duração de um ano ou três semestres, e pode haver a exigência de um trabalho mais longo em alguma disciplina, mas não obrigatoriamente. Cada programa tem suas regras e o sistema de estudos é o mesmo da graduação, sendo as turmas menores. Muitas vezes alunos da pós-graduação e graduação tem aulas em conjunto.

No Brasil, o estudo de casos é ainda pouco utilizado, e afinal o seminário acaba sendo realizado a partir de uma bibliografia proposta com antecedência pelo professor. Sobre a escolha dessa bibliografia e a maneira de prepará-la não há muita semelhança entre os cursos apresentados atualmente. É um sistema adaptado por cada docente.

Alguns pontos necessários ao bom andamento do curso são abaixo sugeridos:

- a) No primeiro dia de aula, deve-se apresentar um calendário do curso com o roteiro das seções e sua respectiva bibliografia.
- b) A bibliografia poderá ser dividida em obrigatória e complementar, para que o volume por aula não seja excessivo, mas ao mesmo tempo dê, aos interessados e relatores de seminário, a oportunidade de ter acesso com uma bibliografia mais específica. A literatura estrangeira pode ser colocada na lista complementar.
- c) Os casos da jurisprudência devem ser trazidos e ordenados em conjunto com a literatura relativa à doutrina.
- d) A primeira aula pode ser dedicada à introdução do curso, apresentando-se a proposta de trabalho, os objetivos a serem atingidos e a metodologia a ser seguida.
- e) Em seguida, as primeiras três ou quatro aulas podem ser expositivas, para que os alunos possam se preparar para os

seminários. É sempre estimulada a discussão do material proposto, depois da exposição.

f) Os seminários não devem tomar todo o tempo da aula. O professor pode iniciar a exposição do tema, de forma breve. Em seguida apresenta-se o relator do seminário, que não excederá uns 30/40 min, e o revisor, em torno de 15 min, para comentários adicionais. Após o intervalo, segue-se o período de debates.

g) É importante ressaltar ao relator e ao revisor a importância do trabalho em conjunto, tanto na divisão da discussão como na coleta de material. O Relator também precisa estar alerta de que a bibliografia básica é apenas o começo, já que todos os alunos a terão lido. Por outro lado, o relatório deve ser uma apreciação crítica do tópico e não um mero resumo.

h) O relator deve fazer um plano da exposição e trazê-la impressa para os demais alunos, o que representa um treinamento objetivo para a futura tarefa docente.

i) O revisor tem um papel importante, pois sua análise acrescenta novos pontos à discussão, complementando a exposição do relator.

j) Ao final, é preciso haver tempo razoável para os debates, pois uma das principais características da pós-graduação é sua proposta de avançar o debate acadêmico. Também estimula os demais na leitura do material, pois trata-se de uma platéia especializada e não mera ouvinte da exposição.

k) A apresentação oral é avaliada, sendo parte integrante da nota final do curso.

l) A avaliação final pode ser em forma de *papers*, cujos objetivos devem ser definidos previamente. Ou pode-se realizar um exame escrito da matéria, com os assuntos previamente definidos e complementar a avaliação com a nota do seminário, composto da apresentação oral e seu plano escrito. Na avaliação do seminário alguns critérios são seguidos: fluência oral do mestrando, organização do material, conteúdo proposto e tempo utilizado, análise da bibliografia utilizada. Há, ainda, professores que usam os três modos de avaliação descrito, sendo a nota final a média dos trabalhos realizados.

As grandes diferenças entre a aula de pós-graduação e a de graduação de direito no país diz respeito: ao método empregado, ao número de alunos em sala de aula, a maior maturidade dos primeiros, e à obrigatoriedade de leitura prévia do material selecionado. Enquanto as turmas na graduação giram em torno de no mínimo 50 alunos, na pós-graduação o seu limite, em geral, é de 12, havendo cursos ainda menores. Isso permite o desenvolvimento satisfatório do debate.

Por outro lado, os mestrandos muitas vezes já são professores ou já estão tendo algum tipo de experiência docente, o que facilita a troca de experiências.

#### **4. A experiência de pesquisa aplicada: Direito da Integração e Direito Internacional Privado**

Antes de começar a descrever os tipos de pesquisa jurídica selecionados, mister tecer algumas ponderações e esclarecimentos.

Em primeiro lugar, é imprescindível, ao menos para o pesquisador jurídico de um certo nível, e em especial aquele dedicado ao direito internacional, o domínio de mais de uma língua estrangeira. Não é possível pretender fazer um estudo mais aprofundado sem consultar obras de referência, que em sua maioria não estão traduzidas para o idioma nacional. Por outro lado, a pesquisa estaria incompleta se o universo pesquisado fosse resumido à língua portuguesa.

Na cátedra de Direito Internacional Privado, mesmo na graduação, temos feito um enorme esforço para trazer os clássicos ao alcance dos alunos. Nesse sentido, a PUC-Rio tem incentivado a produção acadêmica de material didático e divulgação das pesquisas realizadas através dos *Cadernos*.<sup>4</sup>

Além disso, um outro ponto importante diz respeito ao trabalho em sala de aula tendo por base fontes jurisprudenciais, cuja pesquisa tem sido muito facilitada pelos recursos de informática como base de dados em CD-Rom e pesquisa nos Tribunais pela Internet. Em especial de notar o esforço do Supremo Tribunal Federal em tornar acessível sua jurisprudência através de sua base de dados e do Informativo, uma iniciativa que agora foi copiada com igual sucesso pelo STJ. Esses bancos de dados permitem aos estudiosos, com uma enorme

<sup>4</sup> Publicamos dois cadernos dedicados ao DIPr: O primeiro, com a tradução de um texto do Prof. Friedrich Juenger, sobre o conflito de leis nos Estados Unidos, e o segundo, com um resumo dos principais casos da jurisprudência de DIPr brasileira, sobre o qual se falará no item 4.2.

rapidez, a possibilidade de atualizar-se sem ter que aguardar a publicação de revistas especializadas, muitas vezes de difícil acesso.

Todavia, a informação acessível por meio eletrônico não é suficiente para melhorar o ensino jurídico, seja de graduação, seja de pós-graduação. É preciso organizar esse material, fazer um intenso trabalho de seleção, e torná-lo acessível aos alunos, sob pena de sermos afogados pelo excesso de informação. Esse trabalho também é relevante para a preparação de material didático adequado aos novos tempos.

Segue a descrição de alguns projetos de pesquisa já realizados e em andamento, sistematizados de acordo com a técnica utilizada.

#### 4.1 Pesquisa tendo por base fontes primárias

Uma das especificidades do estudo do Direito é a necessidade de recorrer-se sempre a fontes legislativas, nem sempre acessíveis de forma padronizada. Ao iniciar a cátedra sobre o *Direito da Integração*, essa foi a primeira dificuldade encontrada. Enquanto há inúmeras publicações com o material da União Européia, nada havia a esse respeito sobre o Mercosul.

Ao final do primeiro semestre, em companhia de outros dois Mestrandos, iniciamos a pesquisa das fontes primárias sobre o Mercosul. Embora não fosse difícil, através da Internet, ter acesso a esse material, havia um grande trabalho de compilação e arrumação a ser feito. Em primeiro lugar, a seleção do material. Em seguida, a verificação, em outros periódicos, da informação atualizada sobre sua vigência, e por fim, através de inúmeras reuniões da equipe, a decisão sobre o modo de apresentação do material, a seleção do que realmente era necessário e a elaboração de um índice remissivo.

Esse trabalho resultou na publicação do *Código do Mercosul*, pela Editora Renovar, em 1998, e tem sido utilizado por diversos setores que trabalham com o tema do Mercosul: acadêmicos, jornalistas, diplomatas, advogados, etc.

#### 4.2 Pesquisa de jurisprudência – nacional e internacional

Hoje o trabalho de pesquisa de jurisprudência modificou-se bastante. Ao invés de procurar índice à índice das revistas especializadas e em seguida copiar a informação, procedimento custoso e demorado, é possível consultar diretamente inúmeras base de dados através de palavras-chave.

No entanto, isso é apenas parte da solução para a pesquisa, pois para ser utilizada em sala de aula, ou em um projeto específico, é preciso proceder a uma catalogação que a torne útil ao tema, e que garanta ser ela representativa da posição do tribunal que se quer entender.

Outro problema que se coloca diz respeito à íntegra dos acórdãos, estes sim mais difíceis de obter e ainda longe da realidade dos alunos, ao menos de graduação.

Assim, em conjunto aos demais professores de DIPr da PUC-Rio, os Professores Daniela Vargas e Lauro Gama, iniciamos uma pesquisa de jurisprudência de DIPr, cujo objetivo era não só catalogar mas resumir, de forma a tornar acessível aos alunos de graduação, os *leading cases* da disciplina. Para isso foi elaborado um projeto de pesquisa com bolsitas de iniciação científica, com duração de três anos. Ao final, o trabalho foi publicado, e tem sido utilizado como material de aula no DIPr.

No início o trabalho consistiu em um programa de leituras da disciplina para os bolsistas, pois a matéria é de último período e eles estavam ainda no início do curso. Impossível pretender pesquisar sobre assunto sobre o qual não se tem vaga idéia. Havia reuniões semanais da equipe para discussão dos textos, e os bolsistas apresentavam relatórios dos textos lidos, para correção e discussão.

Em seguida, decidiu-se criar um sistema de resumo padrão, que deveria ser utilizado para todos os casos pesquisados. Assim, por um lado fez-se o levantamento dos casos e de outro, resumiu-se, seguindo-se os mesmos parâmetros, todos os casos individualizados. Cada bolsista apresentou seu resumo à equipe e depois da correção, passou-se a um processo de consolidação dos resumos em um só, afinal publicado.

Concluimos que o melhor seria que cada caso contivesse os seguintes dados: informações básicas referentes ao caso como seu número,



tribunal, publicação, para que pudesse ser encontrado por qualquer um que desejasse lê-lo na íntegra; a cópia da ementa do acórdão; um resumo de aproximadamente um ou dois parágrafos dos fatos; um resumo da decisão e seus fundamentos; a lista da legislação em discussão.

A publicação do resultado tem sido de muita valia no curso de DIPr e é utilizada em vários cursos jurídicos no Rio de Janeiro. Atualmente a publicação está esgotada, mas será em breve reeditada.

#### 4.3 Pesquisa de direito comparado

Atualmente, dois são os projetos de direito comparado em andamento.

O primeiro é resultante do convênio de cooperação PUC-Baltimore. E o segundo tem por finalidade escrever um Manual de Direito Internacional Privado do Mercosul, com equipes de cada país trazendo à descrição do tópico a dimensão nacional do problema, a partir de um detalhado índice, seguido por toda a equipe.

##### a) O Projeto Iniciativa Jurídica Brasil-Estados Unidos

No âmbito do acordo celebrado entre o Departamento de Direito da PUC-Rio e a Universidade de Baltimore, iniciado em 1998, houve dois encontros entre participantes das IES, ocorridos, respectivamente, em junho de 1998, nos Estados Unidos, sob os auspícios da Universidade de Baltimore, da USIS e da Conferência Judicial Americana, e em dezembro, em Brasília e no Rio de Janeiro, também sob os auspícios da USIS.

O primeiro projeto do acordo foi denominado "Iniciativa Jurídica Brasil-Estados Unidos". Tal projeto objetivou discutir a questão da reforma do judiciário nos dois países, contando com a participação de membros do Poder Judiciário Brasileiro e Americano, além de representantes da área acadêmica.

Assim, no primeiro encontro, além das discussões sobre os dois sistemas, foram realizadas inúmeras visitas às instituições judiciárias americanas. Na segunda parte, o mesmo sistema foi realizado no Brasil, visitando-se o STF e

STJ em Brasília, a UNB, a PUC-Rio, o TJRJ e o TRF da 2a. região. Depois da permanência em Brasília, a partir de 6 de dezembro, o grupo viajou para para o Rio de Janeiro no dia 8 de dezembro. No dia 9, foi procedida a visita ao Tribunal de Justiça, e no dia 10, o encontro de trabalho na PUC-Rio.

No que diz respeito aos trabalhos realizados no Rio de Janeiro, foram discutidas inúmeras questões – muitas delas aprofundando o debate ocorrido nos Estados Unidos, das quais destacamos as seguintes:

- a) A diferença entre o sistema de precedente do direito americano e a atual proposta brasileira sobre a súmula de efeito vinculante. Esta discussão já estava na pauta desde os Estados Unidos;
- b) A carreira dos magistrados, enfocando-se as inúmeras diferenças existentes entre o processo de seleção americano e brasileiro;
- c) A internacionalização dos problemas judiciários;
- d) A falta de observância, pelos judiciários locais, dos tratados relativos aos direitos humanos, apesar de sua incorporação ao ordenamento jurídico interno;
- e) O funcionamento e gerência dos tribunais – com a contribuição a respeito da Justiça Federal brasileira—por especialistas em administração;
- f) A ética no ensino do direito, não havendo consenso entre os colegas americanos a respeito de sua obrigatoriedade no currículo básico do curso;
- g) A busca de novas modalidades de prestação jurisdicional, com ênfase no sistema de juizados especiais. Note-se que os americanos ficaram surpresos com o sistema brasileiro, considerado mais avançado em relação ao sistema similar americano, por sua simplicidade, eficácia e utilização de conciliadores;
- h) A importância da ação afirmativa, ponto em que os americanos muito contribuíram com sua experiência para o nascente quadro brasileiro.

Depois dessa primeira fase de visitas e apresentação do sistema pátrio de cada um dos participantes, a partir da agenda desenvolvida pelos coordenadores da iniciativa, passamos agora a uma terceira fase da pesquisa, na qual alguns pontos em especial serão enfatizados nos estudos:



a) No caso do Brasil, foi dada especial ênfase ao sistema judicial federal, sem que se levasse em conta a complexidade peculiar do sistema estadual, uma vez que a maioria dos juizes americanos também fazia parte da justiça federal americana.

b) No que diz respeito ao quadro teórico, nota-se uma predominância da literatura americana, especialmente porque a maioria dos colegas americanos não tem possibilidade de informar-se acerca da nossa literatura jurídica. Por outro lado, os brasileiros manejaram com familiaridade a literatura americana pertinente. Por esta razão, é necessário que se compense um pouco essa deficiência na elaboração dos trabalhos escritos.

O resumo dos trabalhos apresentados será publicado em breve, em edição bilingue. No âmbito da PUC-Rio, está previsto um número dos *Cadernos* dedicado ao trabalho dos professores que fazem parte do acordo.

O acordo com Baltimore é de especial importância para a pós-graduação da PUC-Rio, porque possibilita, ainda, o intercâmbio de alunos, sendo que até a presente data dois mestrados foram recebidos como *visiting scholars* em Baltimore, para realizar o aprofundamento de suas pesquisas para a dissertação de Mestrado.

#### b) O Projeto de Manual de Direito Internacional Privado do Mercosul

O Professor Diego Arroyo, da Espanha está coordenando um livro sobre o Direito Internacional Privado no Mercosul, estando a parte relativa ao Direito Brasileiro sob o encargo da Prof. Claudia Lima Marques e da equipe da PUC-Rio, integrada por mim, pela Prof. Daniela Vargas e pelo Prof. Lauro Gama e Souza Jr.

Para que a análise de cada tópico siga a mesma estrutura, o Prof. Arroyo estabeleceu a metodologia a ser seguida e detalhado índice.

#### 4.4 Pesquisa em grupo

##### a) O Convênio PUC-Montpellier: A Pesquisa sobre o Espaço Público

O Programa de Pós-Graduação da PUC-Rio possui um acordo de cooperação com a Universidade de Montpellier desde os idos da década de

oitenta, quando o acordo se iniciou sob os auspícios do convênio CAPES/COFECUB.

Coordenado pela Prof. Ana Lucia de Lyra Tavares, vários projetos de estudos sobre temas jurídicos foram realizados, simultaneamente no Brasil e na França.

Nos últimos cinco anos, o tema de estudos foi acerca do *Espaço Público*. Para isso, além de intensa correspondência mantida com o grupo similar do CERTE, vários professores franceses vieram ao Brasil, bem como foram à França pesquisadores brasileiros.

O grupo composto de professores de várias IES( PUC, UFF, e UERJ) reúne-se bimensalmente, aos sábados, na PUC-Rio, para discutir o tema da pesquisa, tendo-se realizado alguns seminários a respeito.

Como resultado dos estudos do grupo, duas revistas temáticas do Departamento de Direito foram publicadas e agora o material está sendo compilado para uma publicação conjunto do resultado.

##### b) O projeto de pesquisa sobre o tema dos refugiados

Na disciplina *Direito Constitucional Internacional* tradicionalmente incluiu entre os temas o estudo sobre os refugiados, sob o prisma do direito constitucional e do direito internacional.

Desde o início, o Departamento Jurídico do Alto Comissariado para os Refugiados das Nações Unidas foi parte atuante no curso, e tornou-se uma tradição a aula a esse respeito ser dada por um membro daquele escritório.

Ao longo dos anos de colaboração sentimos a necessidade e um projeto concreto e este surgiu do entusiasmo dos mestrados da turma de 1999. O Projeto foi iniciado na PUC com a finalidade de reunir a legislação pertinente aos refugiados no Brasil, tendo em vista a recente lei que passou a disciplinar a matéria e criou o CONARE. A coordenação conjunta reuniu-me ao Dr. Guilherme de Assis Almeida, especialista da matéria e à época consultor jurídico do ACNUR.

Além da legislação, vários professores de outras IES colaboraram com artigos, bem como os mestrandos apresentaram seus trabalhos, que foram discutidos em inúmeras reuniões. Em seguida, organizamos um glossário com definições clássicas do tema. ( A introdução ao livro, que será em breve publicado pelo Ministério da Justiça, explica em detalhes a realização do projeto).

O interessante deste projeto foi a dinâmica que se estabeleceu nas relações do grupo, todos participando ativamente da elaboração e discussão dos textos dos Mestrandos, iniciando-se uma comunicação eletrônica profícua entre os participantes de outros estados.

#### **4.4 Pesquisa por meio eletrônico**

As pesquisas via internet representam um grande avanço para o estudo do direito. Muitas são as possibilidades de exploração dos recursos da www. No entanto, além de fonte de informação, a rede pode ser utilizada também como um meio de comunicação interessante entre alunos e professores.

Deste 1998, fundei um lista de discussão sobre Mercosul, reunindo interessados, alunos, diplomatas, professores, advogados e etc de várias partes do Brasil e do exterior. A lista chega a todos os interessados cadastrados e os temas são sempre sobre direito internacional e mercosul. Também é disponibilizado muito material de pesquisa na lista, e a partir do material distribuído iniciam-se discussões dos tópicos (a lista pode ser encontrada em [www.egroups.com/mercosul](http://www.egroups.com/mercosul)).

Por outro lado, seguindo o exemplo de páginas similares, está em construção uma página sobre Direito Internacional e Mercosul, na qual será disponibilizado para os interessados, textos, legislação, e outros materiais sobre DIPr. ( o endereço é [www.dip.com.br](http://www.dip.com.br) )

Em Harvard, o Prof. Weiler, responsável pela Cátedra Jean Monnet, disponibiliza na rede todo o seu curso sobre integração européia, com o material a ser lido para cada aula, *papers* de discussão de tópicos dos alunos, etc.

Esperamos, no futuro, poder ter todo o material de leitura proposto para o curso (que não sejam contra os direitos autorais de seus autores) na internet, evitando as intermináveis apostilas e fotocópias.

Outro aspecto interessante é manter a comunicação entre os alunos e professores, além de pesquisadores de outras IES interessados no assunto.

Atualmente, para orientação de dissertações de mestrado, o correio eletrônico constitui o modo mais fácil de trocar capítulos, informações, etc.

#### **Conclusões**

Sem dúvida há hoje inúmeras novas ferramentas à disposição do pesquisador de pós-graduação em direito. De positivo, a valorização do trabalho de pesquisa nos processos de avaliação oficial dos programas de pós-graduação.

De negativo, a eterna penúria das verbas oficiais, além da constante mudança das diretrizes desses órgãos, que representam a descontinuação dos programas, da compra de periódicos especializados e o sucateamento das instituições públicas.

É preciso lutar contra a diminuição dos prazos para os cursos de pós-graduação, que sob o argumento das verbas insuficientes, não estão permitindo o desenvolvimento satisfatório dos trabalhos de pesquisa se desenvolvam, transformando a antiga dissertação de mestrado em um trabalho monográfico sem uma reflexão mais aprofundada. Também há pouco tempo para projetos conjuntos, já que desde o início o mestrando ou doutorando, além dos inúmeros créditos a cumprir, sente uma grande pressão para definir sua área de pesquisa, com vistas à dissertação ou tese.

Há uma verdadeira corrida para diminuir o fosso existente entre a demanda de mestres e doutores. No entanto, urge estabelecer critérios para não descuidar da adequada formação desses profissionais nos cursos existentes, o que exige uma reflexão sobre o tempo necessário para completar o curso.

As ferramentas de pesquisa disponíveis atualmente exigem uma nova postura com relação ao trabalho: atuação em equipe; utilização dos meios eletrônicos, integração entre professores, mestrandos, doutorandos e graduandos,

interdisciplinarietà das equipes, etc. Mas, uma coisa não mudou e precisa ser respeitada: o trabalho do pesquisador ainda é árduo, longo e solitário. Aqui cabe o alerta de Kant:

*Por inclinação, sou investigador. Sinto uma sede insaciável de conhecimento, uma inquietude que caminha com o desejo de nele progredir, e uma satisfação em cada avanço do conhecimento. Houve um tempo em que acreditei que isso constituísse a honra da humanidade e desprezava [o] povo, que não sabe nada. Rousseau corrigiu-me. Esse preconceito cego desapareceu, e aprendi a honrar o homem. Eu me consideraria mais inútil que o mais simples trabalhador se não acreditasse que [o que estou fazendo] pode dar valor a todos os outros, ao estabelecer os direitos da humanidade.*

In Arendt, Hannah, *Lições sobre a filosofia política de Kant*, Rio de Janeiro, Relume Dumará, 1993.

## O LEVIATÃ E O SEU SIGNIFICADO SIMBÓLICO

Pedro H. Villas Bôas Castelo Branco\*

### Introdução

A história das idéias políticas está repleta de autores cuja reputação poderia elevar-se à categoria dos pensadores “malditos”. No julgamento a que procede a posteridade, acerca da qualidade das obras de tais autores, há uma série de sentenças que revelam a dificuldade que uma geração demonstra ao emitir um juízo sobre idéias de indivíduos pertencentes a outras, que a antecederam. Poderia atribuir-se a essa dificuldade o fato de tais julgamentos ocorrerem à luz das idéias, valores e paixões ditadas pelo momento histórico atravessado por aqueles que julgam e proferem suas sentenças. Todavia, não é possível aproximar-se das idéias de um autor sem um devido distanciamento do tempo em que se vive.

Entre autores pertencentes à categoria daqueles que causam sentimentos de abjeção nos seus leitores, poder-se-ia destacar Thomas Hobbes, autor do livro “*Leviatã*”, publicado em 1651. Hobbes, tornou-se mais famoso e conhecido pela redação do referido livro do que por qualquer outro de sua obra. Aliás, “*nenhuma ilustração ou citação sobre a teoria do estado engendrou uma imagem tão provocativa como esta do leviatã; tornou-se mais parecida com um símbolo político temido pelo significado inescrutável*” (Schmitt, 1996: 5)<sup>2</sup>. Por

\* Mestrando em Teoria do Estado e Direito Constitucional – PUC-Rio.

<sup>1</sup> Não só Hobbes, mas também Maquiavel, foram estigmatizados após a divulgação de suas idéias, “*o Leviatã, assim como o Príncipe de Maquiavel, não é apenas a etiqueta de uma conhecida teoria política, mas é também - considerado em si mesmo - um cavalo de batalha; por isso tornou-se objeto, no curso de sua vida, mais de entusiasmos e rancores do que investigação crítica*” (Bobbio, 1991: 193).

<sup>2</sup> Neste trabalho a tradução de todos os trechos do livro “*The Leviathan in The State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of Political Symbol*” foram feitas por mim.

quê teria o primeiro autor do “homem artificial” ou Estado moderno escolhido como título de sua obra uma citação ou ilustração carregada de uma força colossal e de um sentido enigmático? O que estaria por trás de uma imagem que até hoje suscita dúvidas e dificuldades para uma melhor compreensão das idéias do autor?

Carl Schmitt, autor do livro *The Leviathan in The State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*, publicado em 1938 na Alemanha, realiza minuciosa investigação acerca do significado do símbolo, procede a uma verdadeira abordagem mitológica, perscruta o significado e a falha do símbolo político selecionado por Hobbes como título e ilustração da primeira edição inglesa da capa de cobre de sua obra mais conhecida.

Este trabalho pretende examinar o significado do símbolo político representado pelo leviatã seguindo em alguns pontos a abordagem de Carl Schmitt no livro acima mencionado. Seria interessante ressaltar que há muitos caminhos e formas mais usuais de ingressar na teoria política de Hobbes. Aliás, muito já se escreveu acerca das idéias do autor. É exatamente pelas razões expostas que se considera original e profícuo orientar-se de acordo com a forma de conhecimento da doutrina do Estado de Hobbes escolhida por Carl Schmitt<sup>3</sup>. Investigar a origem e a forma pela qual aparece o leviatã associado à teoria política de Hobbes consiste na finalidade deste trabalho.

O trabalho divide-se em duas partes. A primeira parte pretende examinar trechos da Bíblia Sagrada revelando de que formas aparece o leviatã. Em seguida, serão apresentadas algumas interpretações judaicas e cristãs suscitadas pelo símbolo do leviatã ao longo da história.

A segunda parte do trabalho pretende mostrar, através de uma análise textual do livro *Leviatã*, o que subjaz ao símbolo do leviatã na doutrina do Estado de Hobbes.

<sup>3</sup> Carl Schmitt também pertence à referida categoria dos autores “malditos”. Há quem diga que ele é o Thomas Hobbes do século XX que ingressou no partido nazista em 1933 com a ambição de tornar-se o principal jurista e filósofo político do terceiro *Reich*. Todavia, em face do seu passado anti-nazista, seus laços de amizade com judeus e marxistas e seu desprezo pelas teorias racistas, Schmitt foi severamente atacado pelos SS em 1936 e advertido a não pousar de pensador Nacional Socialista (Schwab, 1996). Da mesma forma que Hobbes, o autor permaneceu por muito tempo no mais profundo ostracismo. Todavia, no que respeita a peculiaridade de seu livro sobre o Leviatã destaca-se que “a originalidade do empreendimento de Schmitt reside em ter querido descobrir, através de uma investigação da simbologia cristã e judaica e de uma análise textual da obra de Hobbes, o significado que tem o símbolo do Leviatã na doutrina do Estado daquele que passou à história com o nome de ‘profeta do Leviatã’” (Bobbio: 1991, 193).

## 1. O Leviatã e o seu significado bíblico.

O uso de símbolos, imagens, metáforas, insígnias, brasões, entre uma série de outras representações, não é novidade nas ilustrações ou citações de teorias políticas. “Na longa história das teorias políticas, uma história excessivamente próspera em imagens e símbolos coloridos, ícones e ídolos, paradigmas e fantasmas, emblemas e alegorias, o leviatã é a mais forte e poderosa imagem. Ela fragmenta a estrutura de toda teoria concebível ou constructo” (Schmitt, 1996: 5).

A idéia de um *corpus* ou da unidade de uma entidade política foi frequentemente representada à guisa de um “grande animal” ou de um “grande homem”. Platão, em *A República*, livro IX, ao discorrer, através dos diálogos entre Sócrates e Glauco, sobre as paixões brutais que acometem os homens e a multidão, impedindo-os de se orientarem através de leis ou por meio da sabedoria e da razão, formula uma imagem. “Imagem pouco mais ou menos semelhante à daqueles seres de que falamos as antigas tradições, tais como a *Quimera*, *Cila*, *Cérbero*, afinal toda essa multidão de monstros que a fábula figura compostos de muitas naturezas diferentes” (Platão: 402). Antes de se dar cabo a descrição acima citada é relevante frisar como no âmbito das idéias políticas é recorrente o tema das paixões<sup>4</sup> que dominando os homens, enfraquecem a razão, levando-os a disputar “entre si o gôzo destes prazeres, voltam as armas uns contra os outros<sup>5</sup>, entrebatendo-se aos muros e coices, com unhas e cascos, e acabam matando-se, sem chegarem nunca a saciar-se...” (Platão: 398).

Prosseguindo na descrição da imagem de Platão<sup>6</sup> observa-se que ela consiste num monstro com várias cabeças, umas de animais domesticados, outras

<sup>4</sup> Platão após narrar as três partes da alma a que correspondem três espécies de prazeres próprios de cada uma - “uma destas partes é a razão, órgão dos conhecimentos humanos, a segunda é o apetite irascível; a terceira ..... chamo-la apetite concupiscente, pela violência dos desejos que nos impelem a comer e a beber, aos prazeres do amor e outros deleites sensuais; e também dizem-na avarenta, porquanto é o dinheiro o meio mais eficaz de satisfazer a todas estas variedades de desejos” - define o significado de paixão, “um desejo imoderado de ganho” (Platão: 388). Afirmando que razão não está suficientemente presente para resistir às paixões, Hobbes diz que “quanto às paixões do ódio, da concupiscência, da ambição e da cobiça, é tão óbvio os crimes que são capazes de produzir...” (Hobbes, 1983: 179).

<sup>5</sup> Hobbes, no capítulo XIII, primeira parte do *Leviatã*, ao discorrer sobre a condição natural do homem, afirma “que se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo que é impossível ela ser gozada por ambos, eles tornam-se inimigos. E no caminho para seu fim (que é principalmente sua própria conservação e às vezes apenas seu deleite) esforçam por se destruir ou subjugar um ao outro” (Hobbes, 1983: 75).

<sup>6</sup> Embora Hobbes tenha infligido duras críticas “a vã e errônea filosofia dos gregos, especialmente de Aristóteles” (Hobbes, 1983: 354), na quarta parte do *Leviatã*, intitulada *Do Reino das Trevas*, o autor elogia a geometria e profere: “Platão, que foi o melhor filósofo dos gregos, proibiu a entrada de sua escola a todos aqueles que não fossem já de algum modo geômetras” (Hobbes, 1983: 386). Leo Strauss, ao comparar as influências de Platão e Aristóteles na doutrina do autor inglês, salienta que Hobbes, no final de seu período humanista, não tinha nenhuma objeção contra a visão tradicional de seu tempo em



de bestas feras. Depois deve-se formar a imagem de um leão e de um homem, cada qual à parte e com enorme desproporção entre o monstro e o leão, entre o leão e o homem. Estas três imagens devem estar unidas de maneira que se componham num só todo. Por fim, deve se envolver esse composto "com o exterior de um único ser, de um homem por exemplo, de sorte que o observador, que não possa ver interiormente e tenha de julgar pelo envoltório, o tome por uma só entidade, por um homem enfim" (Platão: 402).

A elaboração da referida imagem tem como finalidade responder Trasimaco<sup>7</sup>, sofista e interlocutor de Sócrates no livro I da *República*. Neste diálogo Trasimaco expõe a doutrina de "que a justiça é simplesmente o interesse do mais forte" (Platão: 28). A imagem trata de mostrar que a justiça como interesse do mais forte equivaleria a dizer "que é vantajoso alimentar com cuidado a esse monstro de muitas cabeças e ao leão, fortalecê-los, enfraquecendo ao mesmo tempo o homem, a ponto de fazê-lo morrer de fome, de sorte que fique a mercê de outros dois, que o arrastarão por força aonde queiram. Não equivaleria isto a afirmar que, em vez de acostamá-los a viver juntos e em perfeito acôrdo, é preferível deixar que estes animais se entrebatam, se mordam, se devorem uns aos outros" (Platão: 403)? Percebe-se que, através dos dizeres de Sócrates, Platão rechaça a doutrina de Trasimaco, pois entende que a justiça como interesse do mais forte é irracional, e, portanto, injusta. Quem proclama a injustiça incorre num erro (Platão: 403). Não obstante, diz que uma República justa só existe como modelo e se essa existir é certo que somente o sábio ou o filósofo consentirá em governá-la (Platão: 407).

Carl Schmitt analisa, sucintamente, a imagem traçada por Platão e a reputa como o retrato de uma *Commonwealth* representado por um "grande homem", que poderia ser caracterizada, por exemplo, por uma multidão movida

---

que designava-se Aristóteles como o filósofo *par excellence*. Não obstante, mais tarde Hobbes considera Platão o melhor filósofo da antiguidade clássica. Essa preferência por Platão se justificaria pela razão da sua filosofia ter como ponto de partida idéias, ao passo que a de Aristóteles partiria de palavras. Platão liberta-se de soletrar palavras, enquanto Aristóteles não consegue libertar-se. Platão estaria apto a elaborar uma filosofia política por evitar conclusões falaciosas a cerca do "que é", "do que foi", "do que deveria ser" (Strauss, 1936: 139-141).

<sup>7</sup> Chaim Perelman comenta que a teoria de Hobbes "combina de um modo muy ingenioso dos tésis expuestas ya por Platón en su diálogo de La República, la de Trasimaco (338 y s.) y la de Glaucón (358 y s.)" (Perelman, 1988: 25). No que respeita aos diálogos entre Sócrates e Trasimaco considera-se procedente a observação de Perelman, pois no diálogo com Sócrates, Trasimaco expõe sua doutrina da justiça como interesse do mais forte, o que se assemelha a idéia de justiça de Hobbes. Para ele, a noção de justiça equivaleria aos súditos cumprirem as leis estabelecidas pelo poder soberano. Após o pacto, cuja natureza revela-se mais como a de uma delegação do que a de um contrato, todo súdito é autor dos atos do soberano que, desta forma, não incorre na prática de injustiça. Saliencia Hobbes "que todo súdito é por instituição autor de todos os atos e decisões do soberano instituído, segue-se que nada do que este faça pode ser considerado injúria para com qualquer de seus súditos, e que nenhum deles pode acusá-lo de injustiça" (1983: 109). É possível que a noção de justiça de Trasimaco, adversário de Sócrates, tenha contribuído de algum modo para avançada idéia de representação, ou seja a noção de instituição do poder soberano, tese formulada por Hobbes.

por emoções irracionais, uma criatura de muitas cabeças e muitas cores (Schmitt, 1996: 5).

O autor alemão considera que como símbolo de entidade política o leviatã não seria apenas um *corpus*, ou algum tipo de animal, mas também uma imagem da bíblia hebréia "vestida durante muitos séculos de um significado místico, teológico e cabalístico" (Schmitt, 1996: 6). Para o autor, o leviatã teria um sentido mítico de uma imagem secular da batalha (Schmitt, 1996: 5).

No Velho Testamento a imagem do leviatã é retratada pela primeira vez no Livro de Jó, capítulo 3:8. A descrição do leviatã na referida passagem é breve. Uma nota explicativa revela uma primeira definição<sup>8</sup> do leviatã: "monstro que se representa sob a forma de crocodilo, segundo a mitologia fenícia" (Velho Testamento, 1957: 614). Não se deve perder de vista que nas diversas descrições do Leviatã no Velho Testamento ele é caracterizado sob diferentes formas, uma vez que funde-se com outros animais.

O Livro de Jó, capítulos 40 e 41, aponta a imagem mais impressionante do leviatã, descrevendo-o como o maior dos monstros aquáticos. No diálogo entre Deus e Jó, o primeiro procede a uma série de indagações que revelam as características do monstro, tais como "ninguém é bastante ousado para provocá-lo; quem o resistiria face a face? Quem pôde afrontá-lo e sair com vida debaixo de tóda a extensão do céu? .... Quem lhe abriu os dois batentes da goela, em que seus dentes fazem reinar o terror?..... Quando se levanta, tremem as ondas do mar, as vagas do mar se afastam. Se uma espada o toca, ela não resiste, nem a lança, nem a azagaia, nem o dardo. O ferro para êle é palha, o bronze pau podre" (Bíblia Sagrada, 1957: 656). Ao lado do leviatã, no capítulo 40 do livro de Jó, aparece o Beemot<sup>9</sup>, vigoroso e musculoso animal terrestre, "sua força reside nos rins e seu vigor no músculo do ventre. Levanta sua cauda como (um ramo) de cedro, os nervos de suas coxas são entrelaçados; seus ossos são tubo de bronze, sua estrutura é feita de barras de ferro" (Bíblia Sagrada, 1957: 654).

---

<sup>8</sup> Segundo outra definição o leviatã, em hebreu *livjathan*, animal que se enrosca, seria o monstro do caos, na mitologia fenícia, identificado na Bíblia como um animal aquático ou réptil (Dicionário Aurélio, 1026: 1986). Há outro verbete que o descreve como monstro aquático comumente simbolizando o mal no Velho Testamento e na literatura cristã (Webster's Third New International Dictionary, 1986: 1301).

<sup>9</sup> Por volta de 1668, já quase com oitenta anos de idade, Thomas Hobbes terminava o manuscrito de *Behemoth*. Embora algumas edições piratas de *Behemoth* tenham sido publicadas nos finais de 1670, uma versão autorizada só apareceu em 1682, três anos após a morte do autor. No livro *Behemoth or the Long Parliament*, diferentemente dos anteriores trabalhos *Leviatã* e *Do Cidadão*, Hobbes desenvolve uma narrativa histórica sobre guerra civil na Inglaterra compreendida entre o período de 1640 e 1660. Se um dos significados simbólicos assumidos pelo Leviatã de Hobbes é o de um Estado garantidor da paz, o *Behemoth* simboliza a rebelião e a guerra civil (Hobbes, 1990: ix).

A origem histórico-mitológica de tais animais descritos na Bíblia é uma questão um tanto obscura. Ambos animais tem sido associados à algumas sagas, o leviatã talvez esteja associado ao “Tiamat”, uma divindade da saga da Babilônia. O que interessa, no entanto, é não se ater as diferentes opiniões a respeito desses animais que aparecem na Bíblia Hebréia, uma vez que os historiadores e teólogos da bíblia não os relacionam ao mito político ao qual Hobbes se refere (Schmitt, 1938: 6).

Não obstante diferentes interpretações, o leviatã aparece na Bíblia sob a forma do maior dos animais aquáticos, como um crocodilo ou então na forma de um enorme peixe, uma baleia. O beemot, como animal terrestre representado sob a forma de um hipopótamo<sup>10</sup>.

Interessa, nesta parte do trabalho, mostrar as interpretações de ordem teológico-cristã e judaico-cabalística que foram feitas ao longo da história para em seguida mostrar de que forma o mito do leviatã assume a natureza de um símbolo político de batalha.

Uma das dificuldades com a qual se depara neste trabalho é a imagem do leviatã, nas passagens da Bíblia Hebréia, fundir-se com a de outros animais. Sua aparição também se revela sob forma de dragão ou serpente. Em Isaías, capítulo 27:1, Deus mata o monstro do mar: *“naquele dia o Senhor ferirá, com sua espada pesada, grande e forte, Leviatã, o dragão fugaz, Leviatã, o dragão tortuoso; e matará o monstro que está no mar”* (Bíblia Sagrada: 1957: 971). Em todas as passagens perqueridas no Velho Testamento o leviatã aparece como monstro apocalíptico, representando as forças do mal. Em Salmos, capítulo 73:14, proclama-se as façanhas do Senhor: *“quebrastes as cabeças de dragões. Quebrastes as cabeças do Leviatã. E as destes como pasto aos monstros do mar”* (Bíblia Sagrada: 1957: 714). Observe-se que nesta passagem o leviatã, crocodilo ou dragão, apresenta-se como símbolo do Egito vencido por Deus. Entende-se também, o triunfo de Deus sobre os monstros mitológicos. Há outra passagem em que se torna patente o tom irascível com que Ezequiel (29:3-6) profetiza as palavras do Senhor contra o Faraó, rei do Egito: *“é contra ti, Faraó, rei do Egito, que venho; crocodilo monstruoso (referência ao leviatã), que estás deitado no meio dos teus Nilos. E que tu dizes: Meus Nilos são meus, sou eu que os fiz. Vou por freio em tuas mandíbulas, em tuas escamas prenderei os peixes do teus Nilos e tirar-te-ei dos teus Nilos com todos os peixes do de teus Nilos agarrados a tuas escamas”* (Bíblia Sagrada, 1957:1161).

<sup>10</sup> Apesar de Schmitt dizer que o Beemot poderia ser um touro ou um elefante (Schmitt, 1996: 6) a Bíblia Sagrada o define como hipopótamo (Bíblia Sagrada, 1957: 654). O dicionário *Webster's New Dictionary* como um animal, provavelmente um hipopótamo que aparece descrito no livro de Jó (1937:95).

Não só o leviatã, mas também o beemot, eram poderosos símbolos do mundo pagão. Ao que parece as antigas civilizações do Egito, da Assíria, da Babilônia, entre outros povos pagãos prestavam culto a ambos animais. Não obstante, de acordo com as passagens citadas, depreende-se que as representações hebréias de tais animais revelam profunda hostilidade (Schmitt, 1996: 8). Representavam verdadeiras forças do mal, forças do caos.

O conteúdo caótico, apocalíptico e perverso que assumem tais animais, conforme Schmitt, demonstra a atitude que os judeus tinham perante outros povos. Para o autor, é nas interpretações judaico-cabalísticas, caracterizadas pela imanente natureza esotérica, que é possível confrontar-se com o mito político que adquirem tais animais (Schmitt, 1996: 8). Na interpretação referida o Leviatã representa as milhares cabeças de gado espalhadas pelos morros (*milhares de animais nos meus montes*, Salmos 49:10 – pág. 694), que simbolizam os pagãos. A história do mundo é apresentada como uma batalha entre pagãos. *“O leviatã, simbolizando os poderes do mar, enfrenta o beemot, representando poderes da terra. O último tenta dilacerar o leviatã com seu chifre, enquanto o leviatã cobre a boca e as narinas de beemot com sua barbatana e o mata”* (Schmitt, 1996: 9). Essa imagem revela uma terra obstruída. À distância, judeus assistem aos povos do mundo matando-se uns aos outros. Considerando justo o ritual de carnificina e massacre, judeus comem as carnes dos corpos massacrados e delas se alimentam (Schmitt, 1996: 9). A passagem da Bíblia que poderia ter dado margem a essa interpretação judaico-cabalística consiste naquela em que Deus faz referência aos milhares de animais espalhados pelos montes e diz *“se tivesse fome, não precisava dizer-te, porque minha é a terra e tudo que ela contém. Porventura preciso comer carne de touros, ou beber sangue de cabrito”* (Salmos 49:10)? Lembre-se que beemot, nos dizeres de Schmitt, poderia ser retratado por um touro.

Em outra interpretação judaico-cabalística mencionada pelo autor alemão, Deus, para salvar o mundo da maldade e violência do leviatã, corta o leviatã macho e salga a carne da leviatã fêmea para proporcionar às pessoas de bem uma festa no paraíso. *“O que importa é que ambos, o leviatã e o beemot, tornam-se nessas interpretações judaicas mitos de batalha de grande estilo. Da perspectiva dos judeus, cada um é uma imagem da vitalidade e fertilidade pagã, o “grande Pan” que os judeus odiavam e os seus sentimentos de superioridade transformaram em monstro”* (Schmitt, 1996: 9).

Nas prósperas interpretações teológicas e históricas o leviatã também representa uma força maligna. Confunde-se com dragão, serpente e pode até simbolizar as várias formas de aparição do diabo, incluindo o próprio Satã (Schmitt, 1996: 6). O beemot e o leviatã, no bojo dessas interpretações,

aproximam-se dos animais apocalípticos. Nas sagas e lendas também surgem mitos de batalha contra os dragões, “os matadores de dragões tais como Siegfried, São Michel e São Jorge podem ter suas origens no leviatã” (Schmitt, 1996: 7).

É no início da Idade Média que surgem duas categorias principais de interpretação. A primeira seria a da mitologia judaica feita pelos rabinos da cabala. Aliás, algumas dessas interpretações disponíveis já foram anteriormente expostas. A segunda categoria vem da simbologia cristã divulgada pelos padres da Igreja (Schmitt, 1996: 7).

Conforme narra Carl Schmitt a interpretação do leviatã durante a Idade Média “foi governada pela teologia até o período da escolástica”<sup>11</sup> (Schmitt, 1996: 7). Nesta interpretação o leviatã se confunde com o diabo. O leviatã, grande peixe diabólico, teria sido capturado por Deus. Por causa da morte de Cristo na cruz o diabo perde a batalha para os homens. Enganado pela figura servil de Deus escondida na carne, o diabo tenta devorar o homem-Deus, mas é capturado pela cruz, como se esta fosse uma vara de pescar. Como doutrina teológica esta concepção remonta a Gregório o Grande, Leo o Grande e Gregório de Nyssa. Uma ilustração do século XII, no livro medieval *Hortus Deliciarum*, do Abade Herrar von Langsberg retrata “Deus representado como pescador, Cristo na cruz como isca de uma vara de pescar e o leviatã como peixe enorme que morde a isca” (Schmitt, 1938: 8).

Embora as interpretações até aqui expostas transformem o leviatã e o beemot em monstros apocalípticos, figuras demoníacas representantes das forças do mal, serpentes ou dragões simbolizando o caos, é possível apresentar uma interpretação completamente oposta para o leviatã de Thomas Hobbes. Outros povos viram na serpente ou no dragão um símbolo de proteção e benevolência (Schmitt, 1996: 9). Ensina Schmitt que o dragão chinês não é o único exemplo. Os Celtas cultuavam serpentes e dragões. Vândalos, Lombardos e outras tribos germânicas utilizavam dragões e serpentes como emblemas militares. Bandeiras estampando imagens de dragões vibravam nos campos de batalha. “Desde tempos imemoriais o dragão<sup>12</sup> serviu aos anglo-saxões como símbolo da bandeira do exército real. No ano de 1066, em Hastings, o rei

<sup>11</sup> Um dos alvos principais do *Leviatã* de Hobbes é justamente a escolástica, cujo o eminente historiador inglês Burns, define “como a conquista filosófica mais notável da última fase da Idade Média ... esse sistema seria uma tentativa de harmonizar a razão com a fé, ou para fazer a filosofia servir aos interesses da teologia” (Burns, 1948: 379). Não bastando isso, os filósofos da escolástica iam mais longe ao propugnar por uma suserania papal da Igreja e era contra este caráter universalista da Igreja que Hobbes se insurgia.

<sup>12</sup> A bandeira representando um dragão teria origem germânica (precisamente anglo-saxônica), ao invés de oriental (Schmitt, 1996: 10).

Haroldo após a vitória de Guilherme o Conquistador, enviou uma bandeira retratando um dragão ao papa de Roma (Schmitt, 1996:10).

A história das disputas políticas entre povos europeus revela, de fato, um arraigado sentimento mítico, mas o que estaria por trás do Leviatã de Hobbes? Schmitt considera que o autor inglês ao escolher o Leviatã como símbolo de sua obra tinha uma posição definitiva. Atesta que Leo Strauss, num livro em que examina o Tratado Político-Teológico de Spinoza, publicado em 1930, salienta que Hobbes considerava os judeus como os criadores da destruidora distinção revolucionária do Estado: a distinção entre poder secular e poder espiritual (Schmitt, 1996: 10).

O Leviatã de Hobbes teria então o sentido mítico da imagem secular de uma batalha contra a distinção entre o poder secular e o espiritual, que Schmitt considera “uma divisão tipicamente judaico-cristã” (Schmitt, 1996:10). Tal distinção era desconhecida pelos pagãos<sup>13</sup>, a religião, para eles, era parte da política. Todavia, se os judeus trouxeram a unidade do lado da religião, a sede de poder da Igreja<sup>14</sup> papal romana e das igrejas presbiterianas reforçou a separação do poder espiritual e do poder temporal, o que contribuiu amplamente para a destruição do Estado (1996: 10).

O argumento principal de Hobbes, no livro *Leviatã*, é o de que a especiosa distinção entre poder secular e poder espiritual leva às guerras civis-religiosas e conseqüentemente à destruição de um Estado. Num Estado não pode haver mais de uma alma (soberania), aqueles que “levantam a supremacia contra a soberania, os cânones, contra as leis, e a autoridade espiritual contra a autoridade civil, atuando sobre o espírito dos homens com palavras e distinções que em si nada significam”... estabelecem “dois Estados para os mesmos súditos, o que é um reino dividido e não pode durar” (Hobbes, 1983: 196). A “insignificante distinção entre temporal e espiritual” (1983: 196) leva os súditos a prestarem obediência a dois soberanos distintos, todavia “os homens não podem servir a dois senhores” (1983: 336). Os príncipes devem portanto, “aliviá-los, seja tomando completamente em suas mãos as rédeas do governo, seja deixando-as nas mãos do Papa” (1983: 336). Em outras palavras, ou o poder civil, que é poder do Estado, está submetido ao poder espiritual, situação em que não há nenhuma soberania exceto a espiritual; ou então o poder espiritual está subordinado ao temporal, assim não existe outra supremacia senão a temporal (1983: 196).

<sup>13</sup> Hobbes proclama que no mundo pagão “a política e as leis civis fazem parte da religião não tendo, portanto lugar a distinção entre a dominação espiritual e a temporal” (1983: 71).

<sup>14</sup> Hobbes inflige duras críticas àqueles que operaram mudanças na religião, atribui “todas as mudanças de religião do mundo a uma e à mesma causa, isto é, sacerdotes desprezíveis, e isto não apenas entre os católicos, mas até naquela Igreja que mais presumiu de Reforma” (1983: 73).



O significado desse mito secular de batalha representado sob a figura do Leviatã<sup>15</sup> seria o da restauração da unidade original dos povos pagãos. Restauração em que o secular e o espiritual constituíssem a alma de um único poder soberano, no qual a religião não fosse estranha à política. A luta contra a divisão de um poder indireto (espiritual) e um poder direto (temporal), visando a restauração da unidade pagã original seria o significado da teoria política de Hobbes (Schmitt: 1996: 11). Conforme destaca Carl Schmitt “*superstição e uso inadequado de crenças alienígenas por parte de espíritos dominados pelo medo e pela ilusão destruíram a unidade original e natural dos pagãos que unia a política e a religião. A batalha para superar a divisão papal da Igreja romana entre um “Reino das Luzes” e o reino “Reino das Trevas” – isto é, a restauração da unidade política original – é, como viu corretamente Leo Strauss, o significado atual da teoria política de Hobbes*” (Schmitt, 1996: 11).

Hobbes<sup>16</sup> de fato insurge-se contra o poder papal da Igreja romana e relata que a oposição dos poderes espiritual e secular destrói o Estado. “*Quando portanto estes dois poderes se opõem um ao outro, o Estado só pode estar em grande perigo de guerra civil e de dissolução. Pois, sendo a autoridade civil mais visível e erguendo-se na luz mais clara da razão natural, não pode fazer outra coisa senão atrair a ela em todas épocas uma parte muito considerável do povo, e a espiritual, muito embora se levante na escuridão das distinções da Escola e das palavras difíceis, contudo porque o receio da escuridão e dos espíritos é maior que os outros temores, não pode deixar congregar um partido suficiente para a desordem e muitas vezes para destruição de um Estado*” (1983:196).

O leviatã seria então um grande símbolo de batalha contra as pretensões da Igreja intervir na esfera jurídico-política dos domínios de soberanos civis ou cristãos. O leviatã simbolizaria a indivisibilidade da soberania e a luta contra a separação do poder religioso do poder político. O significado do leviatã seria a tentativa de restaurar a unidade pagã que não separava a política da religião.

<sup>15</sup> Bobbio ao fazer referência a interpretação mítica de Carl Schmitt chamou o Leviatã de “*cavalo de batalha*” (1991: 193).

<sup>16</sup> Renato Janine, na apresentação ao livro *Do Cidadão* - escrito por Hobbes e publicado em 1642 - ao comentar a terceira parte da obra *Leviatã*, cujo título é “*Do Estado Cristão*”, diz que Hobbes procede a uma rigorosa exegese do texto bíblico procurando compreender a definição de cada um de seus conceitos-chave. “*Esse empreendimento tem um sentido estratégico, o de limitar o poder eclesiástico, que prevalece indevidamente, sobre o poder político e sobre a vida dos cidadãos, valendo-se da ignorância dos leigos*”. Indagando-se contra quem Hobbes constrói o seu poder absoluto, assinala o autor que “*o poder absoluto se constitui, em Hobbes, antes de mais nada contra as pretensões do clero a influir no poder político*” (1998: XXXIII).

## 2. O Leviatã na Obra de Thomas Hobbes

Na primeira parte do trabalho “*O Leviatã e seu significado bíblico*”, tratou-se das distintas formas pela qual aparece o leviatã retratado nas passagens da Bíblia Hebréia e apresentou-se algumas interpretações extraídas do já mencionado livro *The Leviathan in The State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*, da autoria de Carl Schmitt. A decisão do citado autor optar, primeiramente, por uma análise dos diversos significados que assume o mito do leviatã na Bíblia e nas distintas representações ao longo da história tem uma razão bem definida: Hobbes, ao redigir o livro *Leviatã*, o divide em quatro partes. A primeira trata do Homem, a segunda do Estado, a terceira do Estado Cristão e a quarta do Reino da Trevas. Diferentemente do livro *Do Cidadão*, sob vários aspectos semelhante ao *Leviatã*, neste último, Hobbes procede a uma profunda exegese das Escrituras Sagradas, “*sem correspondência no Cidadão*” (1998: XXXII). Ora, se o próprio Hobbes dedica metade de seu livro *Leviatã* a minuciosa análise das imagens, conceitos e distinções revelados nas Sagradas Escrituras, não seria de estranhar que um estudioso, como Carl Schmitt, para uma melhor compreensão das idéias do autor inglês, procurasse trilhar caminho semelhante. Aliás, o significado do Leviatã como mito secular de batalha contra a destruição do Estado perpetrada pela tradição judaico-cristã através da distinção entre o temporal e o espiritual é pertinente e até constatável em uma série de passagens proferidas por Hobbes, entre elas algumas a que se já fez alusão na primeira parte deste trabalho.

De que forma então aparece o Leviatã na obra de Hobbes? Em 1651, a gravura na capa de cobre da primeira edição inglesa da obra intitulada *Leviatã*, apresenta o Leviatã de forma completamente diferente das imagens retratadas nas Sagradas Escrituras. Na mencionada capa, o título *Leviatã* vem acompanhado dos dizeres do Livro de Jó, capítulo 40:24 “*non est potestas super terram quae comparatur ei*” (não há nada na terra, que lhe possa comparar), logo abaixo, o observador depara-se com a seguinte imagem: um gigante, composto de inúmeros anões, segurando na mão direita uma espada e na esquerda um crosse<sup>17</sup>, toma conta de uma pacata cidade. Sob cada braço, o secular bem como o espiritual, há uma coluna de cinco desenhos: debaixo da espada, um castelo, uma coroa, uma canhão, em seguida, rifles, lanças e bandeiras, e, finalmente, uma batalha; a essas imagens corresponde, abaixo do braço espiritual, uma igreja, um mitre, raios de trovão<sup>18</sup>, silogismos e dilemas, e finalmente um conselho. “*A*

<sup>17</sup> O dicionário Petit Larousse designa *crosse* como um bastão pastoral utilizado pelos abades (1965: 275).

<sup>18</sup> Na segunda parte do *Leviatã*, capítulo, XLII, Hobbes investe duras críticas contra o poder da excomunhão utilizado pelo clero, o autor inglês considera esta arma política eclesiástica uma verdadeira usurpação desse poder. Após uma cuidadosa investigação ao longo do livro, supõe-se que os raios do trovão simbolizem o poder da excomunhão. De acordo com Hobbes, no referido capítulo, “*o nome de*



ilustração representa os meios característicos de usar a autoridade e o poder para empreender disputas de caráter secular-espiritual” (1996: 18). Ela traz em si a fundamental compreensão de que “idéias e distinções são armas políticas, de fato armas específicas empenhadas pelo poder indireto” (1996: 18). São de suma importância as observações feitas pelo autor alemão, uma vez que as cinco colunas retratadas abaixo de cada braço, representando o poder secular e o poder espiritual, constituem verdadeiro arsenal político de guerra. Retratam, respectivamente, a tensão existente entre o poder das armas propriamente ditas e a autoridade da crença, das idéias, distinções, enfim tensão existente entre potestas e auctoritas. Hobbes via nesta tensão as primícias das guerras civis-religiosas<sup>19</sup>, “uma guerra que é de todos os homens contra todos os homens Pois a guerra não consiste apenas na batalha, ou no ato de lutar, naquele lapso de tempo durante o qual a vontade de travar batalha é suficientemente conhecida..., pois “a natureza da guerra não consiste na luta real, mas na conhecida disposição para tal, durante todo o tempo em que não há garantia do contrário” (1983: 76).

Na doutrina do Estado de Hobbes não há distinção entre o secular e o espiritual, entre potestas e auctoritas, daí o autor proclamar que “governo temporal e espiritual são apenas duas palavras trazidas ao mundo para levar os homens a se confundirem, enganado-se quanto ao seu soberano legítimo ..... nesta vida o único governo que existe, seja o do Estado seja o da religião, é o governo temporal (1983: 277). Assim, em tom agnóstico, infere autor inglês: auctoritas, non veritas. Nada mais é uma questão de verdade, tudo passa a ser um comando. “Um milagre é o que o comando da autoridade estatal obriga os súditos a acreditar como tal” (1996: 55). O filósofo político do Estado chega a referida conclusão por estar profundamente envolvido com as sensíveis questões acerca dos milagres e das crenças. Seu agnosticismo o leva a sustentar que se o relato de um milagre é verdade ou mentira “nenhum de nós deve aceitar como juiz sua razão ou consciência privada, mas a razão pública do supremo lugar-tenente de Deus. E sem dúvida já o escolhemos como juiz, se já lhe demos um poder soberano para fazer tudo quanto seja necessário para nossa paz e defesa” (1983: 264). Com efeito, se algo deve ser considerado milagre é a razão pública do Estado que decide em detrimento às razões privadas.” O poder soberano atinge, assim, sua zênite. É o maior representante de Deus na terra” (1996: 55).

*fulmen excommunicationis* (isto é, o raio da excomunhão) teve origem numa fantasia do bispo de Roma, que foi o primeiro a usá-la, de que ele era o rei dos reis, tal como os pagãos faziam de Júpiter o rei dos deuses, e lhe atribuíram em seus poemas um raio, com o qual subjogou e castigou os gigantes que ousavam negar o seu poder (1983: 303).

<sup>19</sup> Hobbes escreveu o livro *Leviatã* movido pelo período de guerras civis-religiosas que assolavam a Europa. O próprio autor o relata no final da mencionada obra: “assim cheguei ao fim de meu referido discurso sobre o governo civil e eclesiástico, ocasionado pelas desordens do tempo presente...” (1983: 410).

Retornando a imagem gravada na capa de cobre da primeira edição inglesa do *Leviatã*, observa-se que o leviatã não aparece como dragão, serpente, crocodilo ou baleia. Ressalta Schmitt que ele não aparece no sentido retratado pelo Livro de Jó, mas sob a forma da majestade de um grande homem. No texto do livro *Leviatã*, ora usa-se *magnus homus*, ora *magnus Leviatã*. O monstro aquático da Bíblia Hebréia e o grande homem de Platão são apresentados lado a lado. Destaca o autor que “em numerosas imagens míticas homem e animal fundem-se um no outro, e em virtude de apresentar-se um grande homem e um grande animal antes de se tornarem um só, a aparição mítica torna-se plausível” (1996: 19).

Seguindo, ainda, a análise textual de Carl Schmitt, nota-se que o leviatã é apenas mencionado três vezes. Logo no início do livro, na introdução, Hobbes diz que o Estado ou *Civitas* é um grande homem “de maior estatura e força do que o natural”, um grande *Leviatã*, um autômato, ou máquina (1983: 5). O autor alemão diz que o *magnus ille Leviathan* (o grande e famoso *Leviatã*) é introduzido sem maiores explicações e de imediato caracterizado como grande homem e grande máquina. Há, portanto, três imagens: “um grande homem, um grande animal e uma grande máquina forjado pela arte, pelo engenho humano” (1996: 19). A segunda vez em que Hobbes refere-se ao leviatã é na segunda parte do livro, capítulo XVII, intitulada *Do Estado*. É justamente aí que o autor inglês constrói a sua teoria do Estado. Antes, porém, de se proceder a análise textual da segunda aparição do leviatã, considera-se necessário uma breve digressão.

No capítulo XIII, do *Leviatã*, Hobbes descreve a natureza humana e revela as três causas principais da discórdia: a competição, a desconfiança e a glória. Tais características da condição humana levam os homens a tirar um enorme prazer da companhia um dos outros, quando não existe nenhum poder capaz de mantê-los em respeito” (1983: 75) Cabe ressaltar que neste capítulo, ao descrever a natureza dos homens, o autor examina as paixões de forma absolutamente realista e, portanto, distinta do pensamento pré-moderno. Assim, elabora uma verdadeira antropologia política do homem, sem exaltar a virtude, a prudência ou coragem, o autor, desvinculado do método silogístico-dedutivo da geometria que tanto exalta e aplica na construção de sua teoria do Estado ao longo do livro, determina sua premissa, seu ponto de partida: o medo, o medo da morte, pois tal paixão faz os homens tender para paz. “A paixão com que se pode contar é o medo, o qual pode ter dois objetos extremamente gerais: um é o poder dos espíritos invisíveis, e outro é poder dos homens que dessa maneira se pode ofender” (1983:84). O medo seria então o que levaria ao pacto, *conditio sine qua non*, para um *corpus*, uma unidade política. “De todas as paixões, a que menos faz os homens a tender a violar as leis é o medo” (1983: 179).

Voltando, então, a Segunda parte do livro, capítulo XVII, no qual o leviatã é mencionado pelo segunda vez. Como se disse, é nesta parte do livro que Hobbes constrói a sua teoria do Estado. Diante da necessidade de segurança um homem ou uma assembléia de homens é designada “*como representantes de suas pessoas, considerando-se e reconhecendo-se cada um como autor de todos os atos, diversas vontades como uma só vontade*. O indivíduo ou a corporação elevam a todos que participaram do pacto, a categoria de uma pessoa unificada, a que se denomina de Estado. Ganha vida o ente estatal, nos dizeres de Hobbes “*é esta a geração daquele grande Leviatã, ou antes (para falar em termos mais reverentes) daquele Deus Mortal, ao qual devemos, abaixo do Deus Imortal, nossa paz e defesa. Pois graças a esta autoridade que lhe é dada por cada indivíduo no Estado, é-lhe conferido o uso de tamanho poder e força que o terror assim inspirado o torna capaz de conformar as vontades de todos eles, no sentido da paz em seu próprio país, e da ajuda mútua contra os inimigos estrangeiros*” (1983: 106) Ao lado do grande homem, do grande animal e da grande máquina, surge a quarta imagem: do Deus mortal. Atinge-se uma totalidade mítica composta por Deus, homem, animal e máquina. (1996: 19). No capítulo XXVIII, Hobbes menciona o leviatã pela terceira e última vez. Desta vez, no entanto, o autor inglês fornece a explicação tal como a da imagem da Bíblia Sagrada. O capítulo acima referido trata das penas e das recompensas. Não é por acaso que o leviatã é mencionado neste contexto, uma vez que penas e recompensas é o que “*Hobbes considera necessário para influenciar os homens, sobretudo para curvar a arrogância e outras paixões*” (1996: 20). O soberano, possuidor do poder absoluto, e não o Estado como um todo, ou como uma unidade política, em razão de seu grande poder governante é comparado ao Leviatã. Atesta Hobbes “*comparei (o poder do governante) com o Leviatã, tirando essa comparação dos dois últimos versículos do capítulo 41 de Jó, onde Deus, após ter estabelecido o grande poder do Leviatã, lhe chamou Rei dos Soberbos. Não há nada Terra, disse ele, que se lhe possa comparar. Ele é feito de maneira a nunca ter medo. Ele vê todas as coisas abaixo dele, e é o Rei de todos os filhos da Soberba*” (1983: 191).

## Conclusão

Optou-se, neste trabalho, por abordar a doutrina do Estado de Hobbes, seguindo os passos trilhados pelo autor Carl Schmitt na sua já mencionada obra. A razão pela qual se procedeu a uma análise do símbolo do Leviatã, deve-se a apreciação da original e cuidadosa investigação do autor alemão, que logra êxito não só em descortinar a teoria política desse genial autor que é Thomas Hobbes, mas também algumas importantes sutilezas e mistérios até então não apreciados por outros autores. Lançar mão da Bíblia Hebréia e buscar compreender os possíveis significados assumidos pelo mito do leviatã no curso da história, só pode servir para uma maior aproximação das idéias do autor inglês. Aliás, me parece que Carl Schmitt procurou refazer o caminho que

Hobbes teria feito ao elaborar sua teoria política do Estado. A prova disso talvez consista no fato de Schmitt, após chamar atenção do leitor para tradição dos símbolos, mitos, alegorias e metáforas presentes na história das teorias políticas, detenha-se no estudo de textos sagrados, interpretações judaico-cabalísticas e teológico-cristãs. Hobbes, preocupado em alertar os homens para os perigos que poderiam advir dos milagres e das crenças perscrutou a “*crença nos fantasmas, a ignorância das causas segundas, a devoção pelo que se teme e a aceitação de coisas acidentais como prognósticos*”, enfim, investigou “*a semente natural da religião*” (1983: 67). É provável que em razão de tal interesse, duas das quatro partes que compõe o livro *Leviatã*, consistam em minucioso estudo crítico das Sagradas Escrituras. Ele tornou-se o primeiro e mais ousado crítico com relação a todas as formas de crença em milagres, fossem de natureza bíblica-cristã ou de qualquer outra religião. Para Carl Schmitt, “*sua crítica era completamente iluminada, e ao propô-la, ele aparece como o verdadeiro inaugurador do século XVIII*” (1996: 54).

O impacto do *Leviatã*, obra mais famosa de Hobbes, deve-se às rupturas perpetradas por este grande símbolo de batalha. Embora influenciado por Tucídides, Platão e Aristóteles, entre outros, rompe com o pensamento pré-moderno, uma vez que refuta as concepções desses autores e de outros filósofos pagãos, despreza os pensadores romanos, como Cícero, ridiculariza os filósofos da escolástica, enfrenta a sede de poder da Igreja papal romana e das igrejas presbiterianas, enfim, seu mito secular de batalha inaugura o pensamento moderno. Hobbes, ao insurgir-se contra a distinção entre o poder secular e o poder espiritual, está, na verdade, secularizando o Estado, uma vez que após o pacto é a autoridade soberana estatal que detém o monopólio da razão pública, ou seja, o poder de determinar a fê oficial do reino, e, portanto, a crença dos súditos, pelo menos no âmbito do foro externo, pois o autor inglês reconhece a liberdade de crença no foro íntimo.

Hobbes, ao submeter a autoridade do poder espiritual ao poder temporal do soberano, chega a noção: *auctoritas, non veritas*. Passa a não existir a verdade, existe, pois, um comando de um poder soberano estatal que tem o monopólio acerca das crenças de seu súditos. Isto caracteriza uma verdadeira religião civil, cujo representante é um Deus mortal. O Leviatã não só inaugura uma antropologia política do homem, mas também o positivismo jurídico.

## Bibliografia

- ARISTOTLE. *The Politics*, N. Y., Ed Penguin, 1992.  
BÍBLIA SAGRADA. São Paulo, Ed. Claretiana, 1957.  
BOBBIO, Norberto. *Thomas Hobbes*, Ed. Campus Ltda. Rio de Janeiro, 1991.

- BURNS, Edward. *História da Civilização Ocidental*. Porto Alegre, Ed. Globo, 1948.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*, São Paulo, Ed. Abril Cultural, 1983.
- JANINE, Renato. Apresentação in *Do Cidadão*, São Paulo, Ed. Martins Fontes 1998.
- LAROUSSE. *Dictionnaire Encyclopédique Por Tous Petit Larousse*, Paris, Ed. Libraire Larousse, 1965.
- PERELMAN, Chaïm. *La Logica Juridica y la Nueva Retorica*, Madrid, Editorial Civitas S.A., 1988.
- PLATÃO. *A República*.
- SCHMITT, Carl. *The Leviathan in the State Theory of Thomas Hobbes: Meaning and Failure of a Political Symbol*, Westport, London. Ed. Greenwood Press, 1996.
- SPINOZA, Benedict *A Theological-Political Treatise a Political Treatise*. Nova York. Ed. Dover Publications, 1951.
- STRAUSS, Leo. *The Political Philosophy of Hobbes Its Basis Its Genesis*.
- WEBSTER. Webster's New International Dictionary, Mass, Ed. 1986.
- WEBSTER. Webster's New International Dictionary, Mass, Ed G. & C. Merriam Co., Publishers, 1937.

## VERDADE E PARADIGMA

*Telma da Graça de Lima Lage\**

### Introdução

As palavras **verdade** e **paradigma**, sonoras e solenes, não estão articuladas, senão simplesmente justapostas no título e assim devemos começar por esclarecer o propósito que nos levou a juntá-las, para, em seguida, tentar estabelecer uma relação entre elas, que é o eixo em torno do qual desenvolvemos este texto.

Antes uma palavra sobre o interesse que os temas em foco têm despertado e esta palavra pode ser *crise*: crise de final de século, de final de milênio, de final de uma era. Crise política, econômica e social. Crise ética, afirmam outros. De qualquer forma crise que aponta para o esgotamento de modelos e fórmulas que não funcionam mais, ou funcionam precariamente, desafiados pela complexidade do mundo moderno. E aí aparece a oportunidade de se falar em fim da história, fim da modernidade, pós-modernidade, ou mudança de paradigma.

Ora, numa leitura de *A Verdade e as Formas Jurídicas*, de FOUCAULT, observamos o paralelo que este autor estabelece entre o modelo de produção de uma verdade no contexto das práticas judiciárias e o modo de produção, quando revela como as formas jurídicas se conformam às formas de circulação de bens.

---

\* Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio e Mestre em Direito pela PUC-Rio.



Daí surgiu a idéia da articulação que pretendemos fazer, a partir da associação entre mudanças estruturais, aquelas que, repercutindo nas diferentes esferas do relacionamento humano, acabam por atingir inclusive as que gozam - e precisam - da presunção de não-contingentes, tais como a verdade e a justiça. E vamos além para demonstrar que a verdade é fruto da relação entre poder e saber, e, neste sentido é definidora e definida pelo paradigma vigente.

## I - PASSAGEM PARA A MODERNIDADE

### I - Fronteiras, competências, codificação

Uma interpretação que me arrisco a dar do projeto da modernidade é a que considera o estabelecimento de fronteiras, de linhas divisórias, como uma tarefa levada a cabo com a maior seriedade pelos atores sociais.

Este estabelecimento de fronteiras que é bem evidente no seu sentido literal de fronteiras geográficas - a modernidade se inaugura com o surgimento do Estado nacional - se estende às mais diversas áreas de atuação do homem. Lembramos, por exemplo, a técnica de separação de poderes, adotada na condução dos negócios políticos, modelo que exige o estabelecimento de competências, que não representam outra coisa que não fronteiras ao exercício do poder. A reprodução desse modelo pelos diferentes escalões reforçará o processo de que estamos tratando, e é oportuno lembrar que mesmo o conceito de liberdade então significava o estabelecimento de uma esfera de ação livre da ingerência estatal. Fronteira entre o público e o privado, portanto.

A divisão do trabalho, o aparecimento das fábricas, cercadas por altos muros, ao lado das atividades de comércio e financeiras, tudo apontava para uma especialização e especificação que contrastavam sobremaneira com os modelos medievais. Importa ressaltar que até a ciência se desprende da religião e passou a reivindicar para si a competência de descrever o mundo e explicitar as leis que presidiam seu funcionamento, os anjos e suas trombetas confinadas a um espaço diferente daquele ocupado pelos estudiosos de lunetas e microscópios. Cada um na sua área de atuação.

O conhecimento científico não escaparia a esta tendência, num movimento de reflexão, no duplo sentido de pensar e de voltar-se sobre o próprio

eixo. As diferentes áreas de saber vão se delineando e se destacando à medida que definem um objeto e um método de estudo, e na velocidade que essa época de conquistas descobre a todo momento novos mundos e novas ferramentas para lidar com ele.

David HARVEY fala desta passagem do espaço e tempo medievais, imprecisos e de contornos indefinidos, para a era moderna, preocupada com o mapeamento e o datamento:

“ Nos mundos ( e uso o plural propositalmente) relativamente isolados do feudalismo europeu, o lugar assumiu um sentido legal, político e social definido, indicativo de uma autonomia relativa das relações sociais e da comunidade dentro de fronteiras territoriais fixadas aproximadamente. No âmbito de cada mundo conhecido, a organização espacial refletia uma confusa sobreposição de obrigações e direitos econômicos, políticos e legais. O espaço exterior era mal apreendido e, em geral, conceituado como uma cosmologia misteriosa povoada por alguma autoridade externa, hostes celestiais ou figuras mais sinistras do mito e da imaginação. As qualidades centradas finitas do lugar (um território intrincado de interdependência, obrigação, vigilância e controle) equivaliam a rotinas de vida cotidianas honradas pelo tempo estabelecidas na infinidade e inapreensibilidade do “tempo permanente” (para usar o termo de Gurvitch).”<sup>1</sup>

Sublinhei as expressões mais indicativas da imprecisão de que falávamos, mas a “confusa sobreposição de obrigações”, e o “intrincado de interdependências” retratam com certeza o contraste com as obrigações codificadas e precisas que vieram com a juridicização. De fato a codificação jurídica, na sua aptidão para criar normas abstratas e genéricas, mas que devem ser aplicadas a situações concretas e particulares, é o recurso de poder que melhor realiza o propósito de estabelecer categorias, nominadas ou não, mas que devem abrigar, ou melhor, enquadrar, em suas estruturas, pessoas, coisas e instituições.

Neste sentido a Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão representa uma transição entre o clamor pelos direitos naturais do homem que se ouvia até então, clamor surdo e confuso, onde não se distinguiam com precisão de que homens e de que direitos se estava falando e a positividade desses direitos em documentos jurídicos. Ora, na Declaração o titular e o objeto dos direitos já existem em estado embrionário, e adquirirão contorno preciso na

<sup>1</sup>HARVEY, David. *Condição Pós-moderna*. p. 219. SP: Loyola, 1992.



Constituição: aí o homem é o cidadão, nacional de um país, e os direitos já se apresentam como direitos civis ou políticos, que os códigos que se seguiram às Constituições melhor detalhariam, indicando seus titulares e o modo como seriam exercidos. Sabemos hoje que este processo só se exacerbou com o passar do tempo, a ponto de figurar entre nossos temores o advento de uma sociedade à semelhança daquela descrita por ORWELL em 1984, onde todos os atos estão regulados e fiscalizados pelo poder público.

## 2 - Da desigualdade à igualdade: do status ao contrato

No entanto um falso paradoxo aparece neste contexto de diferenciação que queremos sublinhar, quando nos recordamos de que a segunda divisa da bandeira dos revolucionários franceses, aqui tomados como representantes da revolução capitalista, logo após a liberdade de que já falamos, é a igualdade. Seria a igualdade política compatível com a diferenciação e a divisão em áreas de competência de que estamos tratando?

Respondemos que sim. E não só compatível como necessária, já que a igualdade formal proclamada pelo novo estatuto político/jurídico é que trará a necessidade de se estabelecer regras para a ascensão ao poder, o seu exercício e transferência. Afinal, se todos podem ser príncipes, quem de fato se-lo-á?

Neste ponto chegamos a uma importante diferença entre a sociedade medieval e a sociedade moderna: enquanto esta elege a igualdade formal como fundamento de sua estrutura política e o contrato - acordo entre iguais - como fundamento das relações políticas, sociais e econômicas, a sociedade medieval tinha na desigualdade o referencial para a inserção social e política. Isto é, na sociedade medieval o status conferido pelo nascimento e títulos, como que condenava o indivíduo a uma posição que o acompanhava até a morte. O status era assim como de transmissão hereditária, definia direitos e deveres e garantia a desigualdade e os privilégios. MARSHALL fala a esse respeito:

“O contrato moderno não nasceu do contrato feudal; assinala um novo desenvolvimento a cujo progresso o feudalismo foi um obstáculo que teve de ser afastado. Pois o contrato moderno é essencialmente um acordo entre homens que são livres e iguais em status, embora não necessariamente em poder. O status não foi eliminado do sistema

social. O status diferencial associado com classe, função e família, foi substituído pelo único status uniforme de cidadania que ofereceu o fundamento da igualdade sobre a qual a estrutura da desigualdade foi edificada.”<sup>2</sup>

Embora estejamos tratando da igualdade, sublinhamos o trecho que fala da descontinuidade entre o modelo feudal e o modelo modernista de organização social porque o nosso interesse está em focalizar os momentos de ruptura, ou de mudanças de paradigma. Sem dúvida que a passagem de uma organização social com base na desigualdade para outra com base na igualdade é por demais radical e abala os alicerces de todas instituições políticas, sociais e econômicas, e foi o que de fato aconteceu, não de uma maneira uniforme, já que às vezes a arquitetura institucional foi preservada, embora substituídos drasticamente seus conteúdos e significados, e, em outras vezes uma demolição literal de fachadas não impediu que subsistissem os tradicionais mecanismos de opressão e exclusão, mas o resultado foi afinal a emergência de um novo mundo dos escombros do que caía silenciosamente na Inglaterra, e mais ruidosamente em França.

Curiosamente estamos descrevendo a esta altura um movimento que se opõe àquele de delimitação de fronteiras que afirmamos ser característico do projeto moderno: neste movimento em direção à igualdade de cidadania o que vemos é a demolição dos altos muros que separavam o terceiro estado (lugar político do povo), do primeiro estado (lugar dos nobres proprietários de terras, títulos e privilégios), este, por sua vez, separado por muros nem tão altos, ou pelo menos bastante permeado de passagens, do segundo estado, lugar dos que eram súditos de Deus e do papa, o que também garantia privilégios, antes de se-lo do príncipe.

Mas já demonstramos que o material de demolição dessas fronteiras específicas foi empregado no levantamento de muitas outras fronteiras, tanto mais necessárias quando todo privilégio consolidado por séculos de costume foi abolido a marreta, num primeiro momento, e por decreto, consolidada a revolução burguesa.<sup>1</sup>

<sup>1</sup>MARSHALL, T. H. *Cidadania, Classe Social e Status*. pp.79/80. Rio: Zahar Editores, 1967.

### 3 - Propriedade e verdade

Mas essa mudança visível ocorria na esteira de uma mudança mais profunda no modo de produção, cujos agentes, não-proprietários de terras, até então principal expressão da riqueza, criam uma nova categoria de bens: os bens móveis, a riqueza mobiliária, e adquirem dessa maneira uma legitimidade para aspirar à participação no poder político.

FOUCAULT fala a este respeito:

“A riqueza dos séculos XVI e XVII era essencialmente constituída pela fortuna de terras, por espécies monetárias ou eventualmente por letras de câmbio que os indivíduos podiam trocar. No século XVIII aparece uma forma de riqueza que é agora investida no interior de um novo tipo de materialidade não mais monetária; que é investida em mercadorias, estoques, máquinas, oficinas, matérias-primas, mercadorias que estão para ser expedidas etc.”<sup>3</sup>

Esta afirmação de FOUCAULT é feita num contexto que tem por escopo restabelecer a trajetória que nos trouxe a uma sociedade onde o controle disciplinar dos indivíduos se dá através da vigilância, num esforço preventivo do Estado e da sociedade, diferente do controle a posteriori, pela ameaça de punição e exclusão praticado até então. Mostra, para isto, que o procedimento de estabelecimento da verdade já experimentara outras inflexões, por exemplo, quando o sistema de provas (épreuve), que perdurara em toda Idade Média foi substituído pelo sistema de inquérito, coincidentemente com a ascensão da burguesia e a imposição da circulação de bens pelo comércio.

Quando associa a mudança do modo de produção às mudanças no aparelho de Estado que atingem as práticas judiciárias, FOUCAULT está indo além da análise marxista, já que para ele

“...para que existam as relações de produção que caracterizam as sociedades capitalistas, é preciso haver, além de um certo número de determinações econômicas, estas relações de poder e estas formas de funcionamento de saber. Poder e saber encontram-se firmemente

<sup>3</sup>FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. p. 80. 4. ed. 3. reimpr. Rio: Cadernos da PUC-RIO, Caderno n. 16, 1995.

enraizados; eles não se superpõem às relações de produção, mas se encontram enraizados profundamente naquilo que as constitui.”<sup>4</sup>

De forma que uma mudança de paradigma, quando chega a ocorrer, não é algo que se restringe à superestrutura, à arquitetura e às fachadas, mas que implica uma mobilização desde a raiz da sociedade, já que exige uma cumplicidade entre poder - esfera do político - e saber - esfera do social, que nos momentos de crise encontram-se dispersas no corpo social à espera de que sejam cooptadas e redistribuídas num corpo político.

Tomemos um exemplo desta situação, relativo ao mesmo momento histórico de que tratamos até agora, ou seja a passagem da Idade Média para a Idade Moderna acima mencionada, seguindo o roteiro de FOUCAULT, na obra citada.

Vemos aí que ainda na Idade Média o sistema de provas para se obter uma verdade, e declarar a culpa ou inocência do acusado estava em pleno vigor. Consistia tal sistema numa perquirição prospectiva, na medida em que o grau de envolvimento do acusado na falta que estava sendo apurada se fazia com base em seu depoimento, cujas peças de sustentação eram seus títulos, o testemunho de notáveis e poderosos, e não propriamente uma investigação do que se passou.<sup>5</sup> Tal sistema que continha elementos herdados tanto do Direito grego arcaico, quanto do Direito germânico, “era uma maneira de provar não uma verdade, mas a força, a importância e o peso de quem dizia.”

Ora, entre as características desse sistema está o caráter quase privado da ação penal: a disputa se travava entre o queixoso e seu adversário, e a presença da autoridade se limitava à apreciação da lisura dos procedimentos. Neste sentido, o “processo” desenrolava-se como uma continuação da luta, uma disputa de prestígio e força, e o fim do processo podia vir por acordo entre as partes, acordo em que, se incluía a indenização de algum dano, a liquidação não estava referida às perdas passadas, mas a uma espécie de transação que visava mais a estancar as perdas futuras.

<sup>4</sup>FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, cit. p. 101.

<sup>5</sup>No Direito feudal o litígio entre dois indivíduos era regulamentado pelo sistema de prova (épreuve). Quando um indivíduo se apresentava como portador de uma reivindicação, de uma contestação, acusando um outro de ter matado ou roubado, o litígio entre os dois era resolvido por uma série de provas aceitas por ambos e a que os dois eram submetidos. Esse sistema era uma maneira de provar não a verdade mas a força, o peso e a importância de quem dizia.” (FOUCAULT, ob. cit. p. 45).

O inquérito, como procedimento de inquirição para o estabelecimento de uma verdade jurídica, não tinha vez nesse sistema, embora fosse praticado regularmente no âmbito das atividades eclesiais e já tivesse sido experimentado como procedimento administrativo no Império Carolingio. É que o bispo costumava visitar a diocese sob sua jurisdição, e aí então procedia a um inquérito para apurar o ocorrido em sua ausência e assim melhor administrar o patrimônio sagrado. Daí admitir duas formas: a *inquisitio generalis* e a *inquisitio specialis*, instaurada quando a primeira descobria algum indicio de falta:

“Quando a Igreja se tornou o único corpo econômico-político coerente da Europa, nos séculos X, XI e XII, a inquisição eclesiástica foi ao mesmo tempo inquérito espiritual sobre os pecados, faltas e crimes cometidos, e inquérito administrativo sobre a maneira como os bens da Igreja eram administrados e os proventos reunidos, acumulados, distribuídos etc.” (FOUCAULT, ob. cit. p. 55)

Isto é, houve um momento em que o inquérito estava confinado às esferas administrativas da Igreja ou do Estado, enquanto o litígio privado era resolvido entre as partes através de um sistema de provas, que não passava pela investigação retrospectiva dos fatos, mas se desenrolava como uma medição de forças entre o queixoso e seu adversário.

Como então ocorreu o deslocamento do inquérito para a esfera judiciária, o que implica em intrometer um terceiro, o Estado, numa disputa que até então só excepcionalmente admitia um caráter público?

FOUCAULT esclarece “porque a velha prática judiciária” do sistema de provas “desaparece nessa época”:

“Pode-se dizer, esquematicamente, que um dos traços fundamentais da sociedade feudal européia ocidental é que a circulação dos bens é relativamente pouco assegurada pelo comércio. Ela é assegurada pelo mecanismo de herança, ou de transmissão testamentária e, sobretudo, pela contestação belicosa, militar, extrajudiciária ou judiciária. Um dos meios mais importantes de assegurar a circulação dos bens na Alta Idade Média era a guerra, a rapina, a ocupação da terra, de um castelo ou de uma cidade.”<sup>6</sup>

<sup>6</sup>FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, cit. p. 45.

Aí está: a circulação de bens depende do conflito pela posse, e sendo “esta uma das maneiras mais frequentes de alguém enriquecer”, passa a interessar ao soberano a intermediação desse conflito.

Falamos em soberano, e, de fato, o limiar da Idade Moderna é também um momento delicado de afirmação da soberania do príncipe, que deve lutar em duas frentes: no plano interno, frente aos seus pares, e no plano externo, frente ao papa. Dessa maneira a apropriação da função jurisdicional pelo príncipe serve à estratégia política de expropriação dos recursos de poder em favor do aparelho de Estado, e em detrimento da sociedade, portanto, além das vantagens econômicas, advindas da condição de *dominus litis* em que o Estado se coloca.

Não pretendemos seguir na demonstração dessas teses políticas e dos artificios que tornaram possível o “monopólio do uso legítimo da força física pelo Estado”, senão no que mais nos interessa: sublinhar, seguindo FOUCAULT, que os mecanismos de exercício do poder vão sendo dialeticamente distribuídos entre sociedade e Estado, ou seja num corpo político que interage com o corpo social, num processo de troca, mas que nos momentos de estabilidade política, indicam cumplicidade e articulação entre os diferentes agentes (os representantes do poder político e os representantes do poder social) e nos momentos de instabilidade, um desequilíbrio tanto mais extenso quanto maior for o distanciamento entre estes corpos, e o desentendimento entre os titulares do poder e os do saber. Dessa forma saber e poder devem andar em um passo acertado e são as diferentes técnicas de acerto que constituem um paradigma.

#### 4 - Paradigma, poder e saber

CANOTILHO apresenta um conceito de paradigma: ““*consenso científico*” enraizado quanto às teorias, modelos e métodos de compreensão do mundo”<sup>7</sup>, que gostaríamos de articular com as idéias expostas até agora.

O “consenso científico” está colocado entre aspas no texto original, e seria razoável entender essas aspas como uma relativização de consenso e de científico. *Consenso* no sentido, talvez, de concordância senão com os resultados pelo menos com os métodos - que devem ser “científicos”, ou seja, coerentes com a objetividade e precisão exigida pelos estudiosos - e *consenso* no sentido de apoio majoritário dos legitimados para apoiar.

<sup>7</sup>CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. p. 6. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.



Estendemos esse esforço de interpretação, para tentar responder à seguinte indagação: será se nessa expressão “consenso científico” não estariam embutidos os vetores “quem sabe/quem pode”?

Vejamos: o consenso deve se dar “quanto às teorias, modelos e métodos”, citados numa ordem, que me parece de continência: a teoria contém um modelo e o método está contido em ambos; mas os sujeitos desse consenso, por estarem indeterminados, devem ser procurados entre os que dominam as “teorias, modelos e métodos”. E quem são esses senão os titulares do saber? Mas fala a definição que tal consenso deve estar “enraizado” e aí aparece uma ampliação do consenso para além do universo acadêmico/científico, já que a raiz, além de estar na base, é quem sustenta e alimenta o corpo político/social, e então, entendendo que aparece aí a legitimação do corpo social mais amplo que “consente” neste saber, e então o investe de poder.

Até aqui seguimos um fio que nos levou a mostrar que a definição da verdade - valor que se pretende não-contingente, universal e colocado acima das paixões humanas - não escapa às injunções do poder/saber, e vai emergir a partir de uma combinação dos vetores: quem sabe/quem pode. Assim podemos estabelecer uma relação entre poder/saber, paralela e anterior à relação Estado/sociedade e compreender a advertência de FOUCAULT:

“Aqueles que querem estabelecer uma relação entre o que é conhecido e as formas políticas, sociais ou econômicas que servem de contexto a esse conhecimento procuram estabelecer essa relação por intermédio da consciência ou do sujeito de conhecimento. Parece-me que a verdadeira junção entre processos econômico-políticos e conflitos de saber poderá ser encontrada nessas formas que são ao mesmo tempo modalidades de exercício de poder e modalidades de aquisição e transmissão do saber.”<sup>8</sup>

Parágrafo que inclui a afirmação de que “o inquérito é uma forma de saber-poder”, isto é, é um ponto de junção entre o poder - que proclama uma verdade e declara um vencedor e um perdedor - e o saber, que oferece o testemunho que leva à verdade, e aceita e faz cumprir a intervenção jurisdicional, porque a aceita e a endossa.

<sup>8</sup>FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*, cit., p. 61.

## II - PASSAGEM À PÓS-MODERNIDADE?

E neste final de século, quando mais uma vez “a verdade e as formas as disciplinas, ainda que de modo desigual, e que as atravessam a um nível mais profundo. Significam o pôr em causa a própria forma de inteligibilidade do real que um dado paradigma proporciona e não apenas os instrumentos metodológicos e conceituais que lhe dão acesso.” (ob. cit., p.18)

Ai temos uma chave para investigar se os tempos que vivemos são tempos em que as mudanças ocorrem no nível profundo de que fala o autor, e se atingem todas as disciplinas. Seria possível ampliar ainda mais essa análise, que por enquanto se restringe às esferas do saber, já que os trechos reproduzidos se referem ora aos “sujeitos individuais da ciência (os cientistas)”, ora aos “sujeitos coletivos (as universidades, as disciplinas científicas, os centros e os projetos da investigação)”, selecionando outros trechos do texto em tela, onde o autor trabalha com GADAMER, HABERMAS e RORTY, quando destaca o “caráter cooperativo e comunitário da investigação científica, virtudes que, apesar de características do método científico, devem ser cultivadas no plano moral e político para que se concretize o projeto de “democracia criativa” (ob. cit. p. 25) ou seja, onde a esfera do poder está sendo focalizada.

Mas neste ponto acreditamos consumado nosso propósito de articular verdade e paradigma. Seguimos o roteiro de FOUCAULT e vimos que a verdade está inserida no paradigma e os métodos para determiná-la são os mais convenientes ao modelo de circulação de bens e assim outros métodos serão experimentados pelo poder, para extrair esse saber de onde quer que ele esteja, do contrário estaremos diante de uma ruptura que resultará num novo paradigma onde mais uma vez poder e saber estarão em relação dialética.

## CONCLUSÃO:

Crise é a palavra-chave para descrever as perplexidades trazidas pelo final do século/milênio. O esgotamento de alternativas aparece inclusive nas denominações das correntes de pensamento que procuram entender os novos tempos: neoliberalismo, pós-estruturalismo com sua variante neo-estruturalista, pós-socialismo, ou tudo incluído em pós-modernismo, o recurso aos sufixos mal-disfarçando a reciclagem de velhas idéias cansadas de correr atrás de um futuro sempre desmentido pelo presente.



Enquanto isto a multidão de desempregados experimenta concretamente o sucateamento da sociedade industrial, substituída pela sociedade de informação, cujo principal ícone é o computador "que assusta porque é o primeiro invento humano sem função fixa - (...)"<sup>9</sup> e que assusta porque inserido numa maré de mudanças que hoje ninguém sabe onde vai dar.

Dai ser o momento de crise uma grande oportunidade de se reinventar os padrões de relacionamento humano, dentro das regras do jogo democrático, que têm por referencial a pretensão de incluir todo homem no processo decisório, que deve obedecer a premissas éticas, que encontram sua legitimidade e sua verdade no consenso em torno dessas mesmas regras.

Oportunidade haveria também para examinar no bojo do poder judiciário a resultante dos vetores poder/saber de que falamos ao longo do texto. Veríamos que nos encontramos no limiar de uma ruptura, e, quem sabe, o julgamento de O.J. Simpson represente um ponto de inflexão e servisse de matéria-prima para esse exame, por tudo que teve de alta tecnologia, repercussão na mídia planetária, capacidade de mobilizar atenções, (e vender material impresso), além de nos instigar a discutir sobre justiça, verdade e jurisdição.

#### Bibliografia:

- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6<sup>a</sup>. ed. Coimbra: Almedina, 1993.
- FOUCAULT, Michel. *A Verdade e as Formas Jurídicas*. 4. ed. 3<sup>a</sup>.imp. Rio de Janeiro: Cadernos da PUC-Rio. Caderno n. 16. Departamento de Letras, 1995.
- HARVEY, David. *A Condição Pós-Moderna*. São Paulo: Loyola, 1992.
- MARSHALL, T. H.. *Cidadania, Classe Social e Status*. Rio de Janeiro: Zahar editores, 1967.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma Ciência Pós-moderna*. Rio de Janeiro: Graal, 1989.

<sup>9</sup>Reportagem da revista VEJA, Ed. Abril. Ed. especial. dez/95, p.6.

## COLISÃO DE DIREITOS NO PROCESSO FALIMENTAR: TITULAR DO DIREITO À RESTITUIÇÃO DE CRÉDITO ORIGINÁRIO DE ACC VERSUS TITULAR DE CRÉDITO GARANTIDO COM HIPOTECA

Teresa Negreiros\*

*"Ao contrário do que comumente se imagina, os desvios de raciocínio jurídico não costumam provir de dificuldades no reconhecimento de exceções aos princípios, mas sim da não aplicação dos próprios princípios, mesmo os mais elementares."* (Fábio Konder Comparato)

**Sumário:** Introdução; I – A excepcionalidade da restituição prevista na Lei de Mercado de Capitais em face dos antecedentes históricos e dogmáticos do instituto; II – Distorções advindas de uma visão unitária do pedido de restituição; III – Petição de princípio: o equívoco de justificar o direito à restituição pela via da restituição; a exceção através da regra; IV – A prevalência do direito real sobre o direito obrigacional equiparado a direito real; Consideração final.

#### Introdução

Decretada a falência, o síndico é obrigado a arrecadar indistintamente todos os bens que se encontram em poder do falido (art. 39 c/c art. 63, III, e Título IV do Decreto-lei nº 7.661/45). A garantia dos credores está limitada, no entanto, aos bens que efetivamente integrem o patrimônio do

\* Professora do Departamento de Direito da PUC-Rio. Doutoranda em Direito Civil – UERJ.

devedor, assim excluídos aqueles que, embora arrecadados em seu poder, não lhe pertençam. O pedido de restituição constitui precisamente o instrumento, específico do processo falimentar, pelo qual são destacados da massa falida bens que foram indevidamente arrecadados, determinando-se, por sentença, a restituição dos mesmos aos seus legítimos proprietários.

O instituto da restituição, como adiante poderá ser explicitado, desde há muito carrega o estigma da controvérsia: “Estamos ante um tema difícil e escabroso (...)”, advertia Carvalho de Mendonça.<sup>1</sup> Constituído-se em uma via para certos credores injustamente garantirem a satisfação de seus créditos em detrimento dos demais, a restituição sempre inspirou ressalvas. As palavras do saudoso comercialista são um testemunho histórico da desconfiança que já àquela altura – quando ainda se denominava “reivindicação” – a utilização indiscriminada do instituto era capaz de despertar: “Deve, pois, a reivindicação ser exercida com a máxima prudência, para que se evitem fraudes e abusos, não sendo permitido estendê-la além dos limites legais, devendo o juiz, em caso de dúvida, pronunciar-se contra o reivindicante a favor da massa dos credores”.<sup>2</sup>

Atualmente, os contornos do instituto parecem ainda mais obscuros. Com efeito, o passar do tempo e a meditação feita sobre a matéria não têm sido suficientes para o esclarecimento dos problemas suscitados pela aplicação do pedido restitutivo. As dúvidas que suscitara desde a sua criação<sup>3</sup> foram sendo agravadas ora pela ampliação do alcance de hipóteses já previstas, desvirtuando-lhes o sentido original, ora pelo surgimento de novas hipóteses de restituição, assim consideradas, “por equiparação”, em sede legislativa e/ou jurisprudencial.

A hipótese de restituição escolhida como objeto de estudo é paradigmática. Referimo-nos, especificamente, ao caso de restituição criado pela Lei de Mercado de Capitais, que, em benefício das instituições financeiras autorizadas a operar com câmbio, previu fossem os créditos originários dos chamados Adiantamentos de Contrato de Câmbio – ACCs e dos Adiantamentos de Contrato de Exportação – ACEs objeto de “restituição”, caso sobreviesse a falência da companhia exportadora (art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65). Uma hipótese que subverte ou, quando menos, abala a *ratio* do instituto, tal como concebida originalmente.

Embora a matéria esteja a merecer reexame à luz da nova Constituição e dos princípios ali consagrados no tocante à ordem econômica, não

<sup>1</sup> J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VIII, Freitas Bastos, 1955, p. 277.

<sup>2</sup> J. X. Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, *loc. cit.*

<sup>3</sup> V. *infra* nota nº 8.

se discutirá aqui a constitucionalidade em si mesma deste super privilégio outorgado a tais instituições financeiras.<sup>4</sup>

Ao invés, partiu-se do estado de coisas atual, que reconhece a constitucionalidade do instituto, elegendo-se como foco da análise um problema concreto, bastante específico: trata-se de examinar qual a natureza do conflito entre o titular de direito à restituição de quantias antecipadas por conta de contrato de câmbio e o credor hipotecário, cujo crédito e contemporânea instituição da garantia respectiva sejam anteriores à celebração dos ditos contratos de compra e venda de divisas.

A tendência doutrinária e jurisprudencial tem sido considerar que o titular do direito à restituição, seja qual for o fundamento do pedido, é sempre um *estranho* relativamente aos credores, cujos privilégios e garantias, nesta sua condição, não lhe são oponíveis. A restituição tem sido equivocadamente tratada como um instituto monolítico, quando, na verdade, é necessário distinguir, dentre as hipóteses de restituição, as que têm como fundamento direito real das que, ao contrário, decorrem de vínculo obrigacional. Para esclarecer tal distinção, utilizamo-nos de uma dicotomia formulada no âmbito do direito civil, de acordo com a qual são contrapostas as posições jurídicas do *estranho* e do *terceiro*. O paralelismo entre a hipótese aqui configurada e o tratamento atribuído à distinção entre *terceiros* e *estranhos* justifica que se faça uma aproximação entre as duas situações, quando mais não seja em busca de uma melhor elucidação da hipótese que nos ocupa.

<sup>4</sup> A restituição a que alude o § 3º do art. 75 da Lei nº 4.728/65 foi examinada no RE nº 88.156-RS, de 2.05.78, publicado na RTJ 86/704, com remissão ao RE 66.899 (RTJ 50/64), defendendo-se a constitucionalidade do dispositivo em tela nos seguintes termos: “O § 3º do art. 75 da lei citada (...) armou os créditos oriundos de tais adiantamentos sobre o valor do contrato de câmbio, desses privilégios, de poderem ser objetos de pedidos de restituição na concordata ou falência do devedor. Assim dispondo, não contrariou nenhum princípio constitucional (...). Consubstancia, apenas, a forma de garantia que o legislador entendeu necessário conceder ao comprador de câmbio que, antes de receber a divisa contratada, adianta ao vendedor parte do seu valor em cruzeiros novos” (p. 706 - grifamos). Acerca do princípio da isonomia, sustentou o STF que: “Não se pode argumentar com a igualdade na primeira parte do dispositivo legal, quando ele é desigual por favorecer as empresas exportadoras conforme o seu fim visado, e pretender desigualdade na ação de restituição quando esta se iguala à desigualdade do adiantamento do crédito através do contrato de câmbio. Ambas as partes, contrapondo-se, igualam-se perante a lei” (p. 707). Nesta última passagem, o desvio de raciocínio está em examinar a pertinência do princípio da isonomia sob a ótica da relação contratual entre companhia exportadora e banco, deixando de considerar os credores daquela, que são os que efetivamente sofrem com o desfalque da massa falida. Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa (in “A Restituição Falimentar do Adiantamento sobre Contrato de Câmbio”, RDM 36/27-34, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, outubro/dezembro de 1979) critica o entendimento firmado pelo STF, concluindo pela inconstitucionalidade desta modalidade de restituição na medida em que: “a) o adiantamento não é coisa que pertença ao banco, em mãos do falido, pois foi-lhe entregue a título de mútuo; b) o caso, portanto, não é de restituição como tratada no *caput* do art. 76 da Lei Falimentar; e c) sendo mútuo, fica ferido o princípio da isonomia, pois o banco passou a ser titular de uma vantagem não concedida a outros credores da mesma espécie e em detrimento desses. Assim sendo, o § 3º do art. 75 é inconstitucional por ferir frontalmente o princípio da isonomia e como tal deve ser declarado” (p. 34).

Conforme seja a causa da restituição e, ainda, a depender da situação jurídica dos bens arrecadados, o reclamante de restituição não é necessariamente um *estranho*, podendo assumir a condição de um *terceiro*, cujo direito concorre com o direito de outros credores. A partir desta premissa, será possível defender que, sob certas circunstâncias, o direito dos credores do falido prevaleça sobre o crédito proveniente da restituição. Trata-se de uma tese, todos o sabem, contestada doutrinária e jurisprudencialmente. O objetivo do presente trabalho é, portanto, analisar criticamente os argumentos utilizados na defesa do reclamante da restituição, na tentativa de demonstrar a sua inaplicabilidade ao conflito que se configura na hipótese específica aqui tratada. Em resumo, defenderemos que, no caso específico do entrelhecho do crédito proveniente de pedido de restituição fundado no art. 75, § 3º, da Lei 4.728/65 (adiantamento de contrato de câmbio) com o crédito hipotecário anteriormente constituído, a este último seja dada prevalência.

Além da dogmática originária do direito civil – aqui utilizada na reflexão com base em conceitos técnicos como os de *terceiro* e de *estranho*, acima referidos –, mostrou-se igualmente essencial para o esclarecimento de alguns aspectos do pedido de restituição a invocação dos princípios gerais do Direito e de cânones hermenêuticos, os quais tendem a ser esquecidos diante da minudente casuística legislativa.

O problema apresentado torna-se, assim, um autêntico problema teórico na medida em que sejam considerados aspectos dogmáticos, puramente conceituais, ao lado de aspectos principiológicos, a exigir um esforço de sistematização a um só tempo lógico e, sobretudo, axiológico, em vista dos diversos valores e das diversas finalidades dos direitos e interesses em jogo. Tudo isto, enfim, torna este tema, para além da manifesta importância prática, especialmente instigante também sob o ponto de vista acadêmico. Afinal, como ensina Canaris, o específico e o geral se explicam mutuamente, e por isso: “*En la ciencia del Derecho, la función de las teorías consiste, ante todo, en hacer más comprensibles las normas con ayuda de conceptos específicamente jurídicos, es decir dogmáticos, y/o través de su vinculación con los principios generales del Derecho*”.<sup>5</sup>

A intenção aqui, porém, é levantar algumas questões, e não solucioná-las, sendo certo que muitos outros problemas igualmente ligados à temática da restituição falimentar não serão nem mesmo referidos.

<sup>5</sup> Claus-Wilhelm Canaris, *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas*, Trad. esp. Daniela Brückner e José Luis de Castro, Cuadernos Civitas, Madrid, 1995, p. 28-29.

## I – A excepcionalidade da restituição prevista na Lei de Mercado de Capitais em face dos antecedentes históricos e dogmáticos do instituto

O pedido de restituição, antiga “ação de reivindicação”, foi desde sempre reconhecido como um dos assuntos mais controvertidos do direito comercial. Desta complexidade já nos falava Otávio Mendes, cujas palavras, escritas em alusão ao Projeto de Inglês de Souza, quando ainda em vigor a Lei nº 2.024/08, permanecem atuais: “É este um dos mais intrincados assuntos a se resolver na falência, não que os princípios gerais de direito sobre reivindicação pequem por omissão ou obscuridade, ao contrário, são bem claros e precisos, mas porque, como muito bem diz o Dr. Carvalho de Mendonça, ‘o instituto da reivindicação na falência não se apresenta em alguns casos com aquela pureza e rigorismo que se observa no direito comum’”.<sup>6</sup>

A alusão a Carvalho de Mendonça é de todo oportuna, sendo esta até hoje a referência provavelmente mais notável em matéria de restituição em falência. Como observa este último autor: “A reivindicação na falência desperta quase sempre graves controvérsias. Os interesses em jogo não são para desprezar; de um lado, a massa dos credores esforçando-se por evitar o depauperamento do ativo da falência, de outro, o desejo, aliás, natural, que experimentam os credores de fugir à lei do dividendo, colocando-se fora da disciplina da falência”.<sup>7</sup>

Afora a terminologia empregada – hoje diz-se “restituição” em lugar da antiga “reivindicação”<sup>8</sup> –, o cenário descrito pelos autores citados pouco se alterou, persistindo atuais muitas das dúvidas e perplexidades que já então eram objeto de profundas análises doutrinárias. Basta atentar para o número de súmulas originárias do STF e, mais recentemente, do STJ, que tratam especificamente do alcance do instituto da restituição, a demonstrar o esforço que

<sup>6</sup> Otávio Mendes, “Da Reivindicação na Falência”, in RT 17/219-227, Revista dos Tribunais, São Paulo, março de 1916, p. 219.

<sup>7</sup> Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, p. 278.

<sup>8</sup> A oscilação terminológica é mais um dado a reforçar a complexidade do tema. A propósito, Rubens Requião apresenta, em forma de retrospecto histórico, as seguintes críticas: “A lei falimentar antiga, aos credores de bens de terceiros em poder do devedor, denominava *credores de domínio*, sendo que mais tarde, segundo o Decreto 917, de 1890, passaram a ser denominados *credores reivindicantes*. Essa expressão imprópria e injurídica, (porque o dono da coisa não é credor de seus próprios bens), foi corrigida modernamente. Por extensão, não se podia falar no caso, também de *ação reivindicatória*, pois o titular dos bens em poder do falido nada tinha a reivindicar, mas apenas retomá-los, através da restituição. Dal, então, se ter denominado o instituto de *ação restitutória* ou simplesmente *pedido restitutivo*” (Rubens Requião, “A Classificação dos Créditos na Falência”, RDM 30/29-42, ed. Revista dos Tribunais, 1978, São Paulo, p. 35).



teve e continua a ter a jurisprudência pátria na busca de algum consenso em torno das numerosas questões que podem ser levantadas acerca do tema.<sup>9</sup>

Na atual Lei Falimentar, o “pedido de restituição” e os “embargos de terceiros” são objeto de título próprio (Título V do Decreto-lei nº 7.661/45), dispondo-se que: “Art. 76. Pode ser pedida a restituição de coisa arrecadada em poder do falido quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato. § 1º. A restituição pode ser pedida, ainda que a coisa já tenha sido alienada pela massa. § 2º. Também pode ser reclamada a restituição das coisas vendidas a crédito e entregues ao falido nos 15 (quinze) dias anteriores ao requerimento da falência, se ainda não alienadas pela massa. Art. 77. O pedido de restituição deve ser cumpridamente fundamentado e individualizar a coisa reclamada. (...) § 5º. A sentença que negar a restituição, pode mandar incluir o reclamante na classificação que, como credor, por direito lhe caiba. § 6º. Não havendo contestação, o juiz, ouvido o representante do Ministério Público, e se nenhuma dúvida houver sobre o direito do reclamante, determinará, em 48 (quarenta e oito) horas, a expedição de mandado para a entrega da coisa reclamada. (...) Art. 78. O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa, que será restituída em espécie. § 1º. Se ela tiver sido sub-rogada por outra, será esta entregue pela massa. § 2º. Se nem a própria coisa nem a sub-rogada existirem ao tempo da restituição, haverá o reclamante o valor estimado, ou, no caso de venda de uma ou outra, o respectivo preço. O pedido de restituição não autoriza, em caso algum, a repetição de rateios distribuídos aos credores. § 3º. Quando diversos reclamantes houverem de ser satisfeitos em dinheiro e não existir saldo bastante para o pagamento integral, far-se-á rateio entre eles. (...) Art. 79. Aquele que sofrer turbação ou esbulho na sua posse ou direito, por efeito da arrecadação ou do seqüestro, poderá, se não preferir usar do pedido de restituição (art. 76), defender os seus bens por via de embargos de terceiro. (...)”

A leitura dos dispositivos acima transcritos é um primeiro passo para a caracterização das linhas mestras do instituto. Em primeiro lugar, pode-se afirmar que o pedido de restituição não necessariamente se funda em direito real. A lei, com efeito, no *caput* do art. 76, refere-se a coisa devida não apenas por força de vínculo real, mas também “em virtude de contrato”.<sup>10</sup>

<sup>9</sup> Sobre a possibilidade de a restituição ter por objeto dinheiro, assim fixou o STF, através da Súmula 417: *Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade.* Atenuando o disposto no art. 76, § 2º, da Lei Falimentar, a Súmula 495, também do STF, está formulada nos seguintes termos: *A restituição em dinheiro da coisa vendida a crédito, entregue nos 15 (quinze) dias anteriores ao pedido de falência ou de concordata, cabe, quando, ainda que consumada ou transformada, não faça o devedor prova de haver sido alienada a terceiro.* No âmbito do STJ, são especificamente pertinentes à matéria os seguintes enunciados: Súmula 133: *A restituição da importância adiantada, à conta de contrato de câmbio, independe de ter sido a antecipação efetuada nos quinze dias anteriores ao requerimento da concordata;* e Súmula 36: *A correção monetária integra o valor da restituição, em caso de adiantamento de câmbio, requerida em concordata ou falência.*

<sup>10</sup> Alguns autores, contudo, não tratam com clareza do fundamento contratual da restituição. Assim, por exemplo, Rubens Requião é ambíguo ao comentar o *caput* do art. 76. Em suas palavras: “No sistema da

Este foi um ponto, aliás, que mereceu destaque na exposição ministerial justificativa do projeto: “A reivindicação admitida no processo de falência não se reduz à ação promovida pelo titular da propriedade, para restituição da coisa a seu dono. Estende-se, em rigor, à restituição pleiteada por quem, a título de direito real ou de contrato, tenha o direito de reaver a coisa arrecadada em poder do falido”.<sup>11</sup>

A restituição fundada em vínculo obrigacional deve, contudo, conciliar-se com o imperativo de que os credores sejam tratados de forma paritária. Mais uma vez, é importante resgatar a lição do Mestre Carvalho de Mendonça: “O princípio dominante na falência é a estrita igualdade entre os credores, garantidos, porém, os direitos daqueles que tiverem legítima causa de preferência”.<sup>12</sup>

Em que hipóteses, portanto, o contrato pelo qual seja devida a restituição de um bem dá lugar ao pedido restitutivo, ou, dito de outro modo, em que hipóteses tal contrato constitui “legítima causa de preferência”? Ora, como adverte Trajano de Miranda Valverde: “Também o mutuário é obrigado a restituir ao mutuante o que dele recebeu em coisas do mesmo gênero, qualidade e quantidade, e ninguém atribuiria ao mutuante o direito de reivindicar a coisa fungível na falência do mutuário (...)”.<sup>13</sup>

A pergunta, portanto, persiste: que contratos são esses que autorizariam o credor a destacar, através do pedido restitutivo, a coisa devida a título meramente obrigacional do restante do patrimônio do falido, subtraindo-a, desta forma, do acervo que constitui a garantia geral dos demais credores?

lei anterior, o art. 138 enumerava os casos especiais de restituição, técnica abandonada pela lei vigente. Esta regula genericamente a restituição de coisa em poder do falido, devida em virtude de direito real ou de contrato. Assim, as mais variadas hipóteses são abrangidas pelo preceito legal, sobretudo quando as cousas se encontram em poder do falido em decorrência de contrato” (Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, 1º vol., 17ª ed., Saraiva, São Paulo, 1998, p. 282 - grifamos). Como se percebe, no trecho acima ressaltado, o autor parece sugerir, equivocadamente, que a coisa a ser restituída é sempre de terceiro; a natureza real ou obrigacional do vínculo não seria referente, portanto, ao fundamento da restituição, mas, sim, ao fundamento de a coisa estar em poder do falido. Na verdade, trata-se de uma mera imprecisão de linguagem, pois que o próprio Rubens Requião, na seqüência do trecho citado, remete ao art. 44, que traz, por exemplo no inciso III, uma hipótese de restituição que não beneficia o proprietário, mas sim o comprador de coisa ainda não entregue (vínculo, portanto, meramente obrigacional). Enfim, esta digressão serve para ilustrar, mais uma vez, as dificuldades postas por este tema.

<sup>11</sup> *Apud* Waldemar Ferreira, *Tratado de Direito Comercial*, vol. XV, Saraiva, São Paulo, 1966, p. 92.

<sup>12</sup> Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, vol. VII, p. 158.

<sup>13</sup> Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, vol. II, 4ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 42.



Sob a égide da legislação anterior (referimo-nos à Lei nº 2.404/08), a resposta defluía dos próprios termos do art. 138, que elencava casuisticamente hipóteses especiais de restituição, nos seguintes termos: “Poderão ser reivindicados na falência os objetos alheios encontrados em poder do falido, e, também, nos seguintes casos especiais, ainda que fundados em um direito pessoal”.<sup>14</sup>

A técnica legislativa mudou mas o princípio, ao nosso ver, permanece o mesmo. Ou seja, há, sem dúvida, hipóteses de restituição tendo por objeto coisa pertencente ao próprio falido. É evidente, porém, que tais hipóteses são excepcionais e, por isso, só podem ser admitidas por expressa disposição legal, porquanto, em tais hipóteses, se está a conferir, pela via da restituição, um privilégio aos credores assim contemplados. Porque se trata de uma aplicação excepcional do pedido de restituição, tais hipóteses não podem ser presumidas; antes, ao contrário, não de estar expressamente previstas na lei.

Assim é que a lei é expressa ao prever que: “Art. 44. Nas relações contratuais, abaixo mencionadas, prevalecerão as seguintes regras: (...) III – não havendo o falido entregue coisa móvel que vendera a prestações, e resolvendo o síndico não executar o contrato, a massa restituirá ao comprador as prestações recebidas pelo falido; (...)”.

Trata-se, sem dúvida, de uma hipótese excepcional, condicionada à decisão do síndico – que, por definição, se presume favorável à massa e, portanto, aos credores do falido em geral – em não dar prosseguimento à execução do contrato em questão.

<sup>14</sup> *Apud* Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, p. 276 (grifos do autor). Sob a égide da legislação anterior, que, como visto, enumerava casos especiais de “reivindicação”, havia dúvidas sobre o fundamento – real ou obrigacional – de algumas de tais hipóteses. Certas hipóteses, com efeito, eram hipóteses em que, subjacente, havia uma relação de direito real. É o caso do penhor, exemplificado como contrato por força do qual o devedor do falido (credor em favor de quem foi instituída a garantia real sobre coisa móvel) tem direito à devolução da coisa empenhada, mediante pedido restitutivo, desde que, é óbvio, seja paga a quantia devida. Da mesma forma, exemplifica-se com o depósito, como contrato por força do qual é cabível o pedido de restituição. Ambas estas hipóteses eram expressamente arroladas na lei anterior, causando controvérsia pois que, embora a lei revogada falasse em “direito pessoal”, parecia a alguns autores que, nestes casos, havia uma relação fundamental de domínio. Posicionando-se acerca destas dúvidas, Trajano de Miranda Valverde é taxativo: “(...) em todos os casos especificados na lei revogada o fundamento era, como continuará a ser, relação de obrigação. E na ação de depósito, é até expresso na lei, o depositário não se pode furtar à restituição do depósito, alegando não pertencer a coisa ao depositante” (Trajano de Miranda Valverde, *Comentários à Lei de Falências*, *loc. cit.*, p. 59-60). Com esta afirmação não concordaria Carvalho de Mendonça. Segundo este autor, nos casos, especificados pela lei anterior, de mandato, depósito regular, penhor, anticrese, administração, arrendamento, comodato, usufruto, uso e habitação, o falido “não tem a propriedade da coisa que se acha em seu poder. A massa deve fazer a restituição ao legítimo dono” (Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, p. 285), por força, portanto, de direito real.

Da mesma forma, em caráter reconhecidamente excepcional, a lei vigente permite, na situação inversa, que a coisa vendida a prazo e entregue ao falido nos 15 dias anteriores ao requerimento da falência também possa ser objeto de restituição, embora, como é óbvio, não o seja a título de pura “reivindicação”, mas por força de expressa previsão legal. Aqui, o fundamento repousa na equidade: “A equidade, puramente a equidade ditou a exceção contida no § 2º do art. 76. (...) O falido, sem sombra de dúvida, adquiriu a propriedade das coisas vendidas. Para a lei, porém, a operação se desfaz se ocorrerem os fatos nela mencionados. Uma presumível má-fé do falido ao contratar a compra e ao receber a coisa ou mercadoria ditou, certamente, a regra de equidade. Uma exceção que há de ser restritivamente interpretada, mas sem ofensa ao espírito que a reconheceu necessária e justa”.<sup>15</sup>

Ou seja, há, de fato, hipóteses de restituição incidente sobre coisa do falido devida ao reclamante a título meramente obrigacional. Porém, não restam dúvidas de que, em face de todo o exposto, e considerando os antecedentes históricos do instituto e a necessária correlação que o mesmo deve manter com os princípios fundamentais do processo falimentar, enfim, não restam dúvidas de que tais hipóteses só podem ser admitidas por expressa e excepcional disposição legal. Afinal, por força destas disposições excepcionais, que armam uma relação contratual de eficácia real, ocorre uma desintegração da massa falida, que se vai esvaziando à medida que os pedidos de restituição forem sendo satisfeitos.

É o que se passa com a hipótese de restituição em favor dos bancos que financiam as companhias exportadoras, em benefício dos quais se instituiu um regime de caráter indiscutivelmente excepcional. A mencionada restituição de quantia antecipada à conta de contrato de câmbio foi criada, como antes de referido, pela Lei nº 4.728/65, disciplinadora do mercado de capitais: “Art. 75. O contrato de câmbio, desde que protestado por oficial competente para o protesto de títulos, constitui instrumento bastante para requerer a ação executiva. (...) § 2º. Pelo mesmo rito, serão processadas as ações para cobrança dos adiantamentos feitos pelas instituições financeiras aos exportadores, por conta do valor do contrato de câmbio, desde que as importâncias correspondentes estejam averbadas no contrato, com anuência do vendedor. § 3º. No caso de falência ou concordata, o credor poderá pedir a restituição das importâncias adiantadas, a que se refere o parágrafo anterior. § 4º. As importâncias adiantadas na forma do § 2º deste artigo serão destinadas, na hipótese de falência, liquidação extrajudicial ou intervenção em instituição financeira, ao pagamento das linhas de crédito comercial que lhes deram origem, nos termos e condições

<sup>15</sup> Trajano de Miranda Valverde, *op. cit.*, p. 57. Carvalho de Mendonça chega a sugerir que as implicações da falência sobre a compra e venda, tanto sob o prisma do comprador como do vendedor, ora um ora outro na posição de falido, deveria merecer título específico na lei falimentar, pois, a esse respeito, “(...) vão-se buscar outros princípios que não os da reivindicação para resolver muitas teses” (Carvalho de Mendonça, *op. cit.*, p. 299).

estabelecidas pelo Banco Central do Brasil” (parágrafo acrescentado pela Lei nº 9.450, de 14.03.1997 - grifou-se).

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa resume os termos básicos desta espécie de financiamento, explicando que: “(...) são possíveis duas situações de fechamento de contrato de câmbio de exportação para liquidação futura, com base no qual pode ser concedido o adiantamento. O exportador, em um primeiro caso, já contratou a venda de seus produtos com um comprador estrangeiro, vindo, em seguida, a negociar por cruzeiros, com um banco autorizado a operar em câmbio, a moeda que será futuramente recebida em pagamento da venda. Após isso, à vista dos documentos referentes à exportação, concede a instituição ao exportador um adiantamento do contravalor em cruzeiros, que será liquidado quando do pagamento da operação externa. Muito freqüente, por outro lado, é o caso do empresário que, trabalhando com mercadorias suscetíveis de venda ao exterior, nem ainda as fabricou ou possui, nem ainda as vendeu. Diante da perspectiva da realização de um negócio com o mercado externo, ele conclui contrato de câmbio para exportação com um banco autorizado de sua escolha, solicitando adiantamento do contravalor em cruzeiros, negócio que fica para ser liquidado por ocasião do pagamento da futura e ainda incerta exportação. Note-se que aqui não é necessária qualquer prova ou evidência da exportação pretendida, mas apenas a apresentação de uma boa ficha cadastral pelo eventual exportador. Em qualquer das duas hipóteses que acabamos de descrever, o banco cobra de seu cliente um “deságio”, calculado sobre o montante do contrato de câmbio, o qual corresponde à sua remuneração no negócio”.<sup>16</sup>

Seja a operação considerada como de compra e venda, seja como mútuo, em qualquer das hipóteses a restituição em pauta tem como fundamento um vínculo puramente obrigacional, o que, como já visto, é suficiente para que se lhe reconheça o caráter excepcional.

Mas a excepcionalidade desta hipótese de restituição é mais profunda. Com efeito, prosseguindo-se no exame dos dispositivos legais relativos ao pedido de restituição, é acertado afirmar que o instituto tem por objeto, em princípio, coisa infungível, devidamente individualizável (cf., a propósito, os arts. 76, 77, especialmente § 6º, 78, *caput*, e § 1º), seja em casos de restituição por força de direito real, seja nos casos, já por si só excepcionais, de restituição por força de contrato.

<sup>16</sup> Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa, “A Restituição Falimentar do Adiantamento sobre Contrato de Câmbio”, RDM 36/27-34, ed. Revista dos Tribunais, outubro/dezembro de 1979, p. 28.

Também sob esse aspecto, portanto, desponta com toda a nitidez o caráter excepcional da hipótese de restituição da “coisa” dinheiro, tal como prevista para o caso de quantia adiantada à conta de contrato de câmbio. De fato, a fungibilidade é essencial à moeda, sendo, aliás, o que explica a sua eficácia como meio de troca.<sup>17</sup>

## II – Distorções advindas de uma visão unitária do pedido de restituição

Tal especificidade raramente sensibiliza a doutrina e a jurisprudência, que, ao contrário, persistem na construção de um sistema teórico no qual o pedido de restituição é tratado monoliticamente. Assim, aliada à já natural complexidade do instituto, a tendência à generalização em relação à hipótese de restituição em exame – que supõe, pela sua natureza excepcional, tratamento específico – constitui um complicador a mais no deslinde da questão formulada.

A demonstração mais eloqüente, e grave, das tentativas de atribuir conseqüências invariáveis ao pedido de restituição (deixando de conformar tais conseqüências às diferentes causas de que se pode originar o pleito restitutivo) refere-se à conceituação comparativa do reclamante em face dos credores. Afirma-se, a propósito, que o reclamante, como tal designado o titular do direito a restituição, não é credor.

Veja-se que, nesta condição de não-credor, o reclamante à restituição não chega sequer a *concorrer* com os credores do falido; não chega a se configurar um conflito entre os direitos de um e de outros. Dito de outro modo, e à luz da dicotomia *estranho/terceiro*, o reclamante da restituição é tido como um *estranho* relativamente ao concurso dos credores. A pretendida transposição da distinção entre as posições de *estranho* e de *terceiro* (tal como formulada no âmbito do direito civil<sup>18</sup>) para o processo falimentar talvez ajude a

<sup>17</sup> O dinheiro é, com efeito, exemplo paradigmático de coisa intrínseca e naturalmente fungível, ainda que se deva ressaltar que a característica da fungibilidade possa ser afastada por vontade das partes, como seria o caso de ser o dinheiro dado a título de depósito ou em comodato, ao invés de mútuo (Cf. Roberto de Ruggiero, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, atualizado por Paulo Roberto Benasse, trad. port. de Paulo Capitani, Bookseller, Campinas, 1999, p. 408). No entanto, no exercício de sua primacial função sócio-econômica, a moeda é um bem intrinsecamente fungível. Exatamente por isso discutiu-se no passado, antes de ser criada a hipótese de restituição em exame, a possibilidade de o pedido de restituição ter por objeto dinheiro, vindo a entender o STF que: S. 417. Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele a disponibilidade.

<sup>18</sup> No âmbito do direito civil, a distinção entre *estranhos* e *terceiros* dá-se a propósito dos efeitos dos negócios jurídicos. Um e outro têm em comum a circunstância de não serem partes do negócio jurídico em questão, e de, apesar disso, ambos estarem na contingência de serem por ele prejudicados. A diferença é que, por força desse negócio jurídico, os *terceiros* se tornam titulares de direitos que colidem entre si, que são incompatíveis e por isso não podem coexistir. Daí que só um deles prevaleça, sendo o outro



melhor delimitar a natureza das relações entre o reclamante à restituição e o credor hipotecário na hipótese específica aqui tratada.

A propósito, Manuel Salvador, em sua obra clássica acerca do conceito de *terceiro*, explica que: “A alegação de que se é terceiro visa obstar aos efeitos de certo acto. Pretende-se significar que não se está sujeito às obrigações que exurgem de determinado negócio jurídico (ou mesmo aos direitos) (...)”.<sup>19</sup>

O conceito de *terceiro* está indissociavelmente ligado à configuração de um conflito entre direitos incompatíveis, ambos reconhecidos, em abstrato, pela lei, mas cuja concreção, em certas circunstâncias, os torna inconciliáveis, devendo um deles prevalecer sobre o outro. Por outras palavras, não existe o *terceiro*, em si mesmo considerado, mas titulares de direitos que, em situações concretas, se tornam “reciprocamente terceiros”. São *terceiros* entre si, portanto, os credores hipotecários e os credores privilegiados, determinando a lei que sejam satisfeitos prioritariamente os créditos trabalhistas e fiscais, às custas da hipoteca. Há, neste caso, uma autêntica colisão de direitos, que se resolve a partir da aplicação de critérios de prevalência fixados na lei.<sup>20</sup>

Já o problema que se põe quanto ao *estranho* não é um problema de colisão de direitos (inerente ao conceito de *terceiro*), mas simplesmente um problema de se determinar quem tem e quem não tem direito (há um “conflito” – na verdade, um simulacro de conflito – entre um direito e um não-direito). Fora do âmbito especificamente falimentar, pode-se exemplificar a figura do *estranho* em referência à hipótese de venda de coisa alheia. Afirma-se, então, que o *verus dominus*, em relação ao comprador *a non domino*, não passa de um *estranho*, não ocorrendo, na hipótese, uma colisão de direitos em sentido próprio, mas apenas um conflito aparente, haja vista a incidência da regra de que ninguém transfere direito de que não dispõe.

prejudicado. Já o prejuízo sofrido pelo *estranho* tem outras características: o *estranho*, a rigor, está sujeito a sofrer prejuízos apenas indiretos, de origem fática, como sejam aqueles decorrentes da tomada de posse do adquirente *a non domino*. O direito do *estranho* não é afetado pelo negócio jurídico em questão, a sua situação jurídica permanece inalterada.

<sup>19</sup> Manuel J. G. Salvador, *Terceiro e os Efeitos dos Actos ou Contratos. A Boa Fé nos Contratos*, Lisboa (impresso na Tip. Esc. da Cadeia Penitenciária de Lisboa), 1962, p. 114.

<sup>20</sup> A propósito do impacto das concepções político-ideológicas sobre o quadro das preferências, Rubens Requião relata o desprestígio das garantias reais, às quais se foram sobrepondo os interesses sociais, como tais considerados os interesses do Fisco e dos trabalhadores: “O mais importante e forte privilégio (...) eram os créditos reais, pondo em primeiro plano os *créditos hipotecários*. Sobre a força da seqüela da hipoteca residia a garantia da estrutura creditícia tradicional e antiga. Com a preponderância do Estado, com seus direitos relevantes e absorventes, assistimos o declínio da força hipotecária em face dos créditos tributários. Sente-se esse fenómeno social, ao se perceber na jurisprudência, a questão da prevalência do crédito fiscal, atingido em seus efeitos o crédito hipotecário, sem que aquele tenha ainda existido... A ascensão do proletariado, e o reconhecimento social de seu direito, faz o predomínio do crédito fiscal ceder ao crédito trabalhista, sendo o princípio de que acima dos interesses do Estado devem prevalecer os interesses naturais da sociedade humana, que tem na sobrevivência do proletariado a sua suprema lei” (Rubens Requião, “A Classificação dos Créditos na Falência”, *op. cit.*, p. 38).

Não é com base na aplicação de critérios de prevalência que se confere ao reclamante de restituição posição de primazia, mas, sim, com base na sua conceituação como *estranho* em relação aos direitos dos credores do falido. A primazia do direito à restituição não resulta de uma análise comparativa entre o direito assim caracterizado e o direito dos credores do falido. Pelo contrário, o fundamento desta primazia tem repousado na exclusão do direito à restituição da categoria de “crédito”, o que confere a seu titular a posição de *estranho* (não *terceiro*) em relação aos credores. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência dominantes contentam-se com uma conceituação simplesmente negativa, entoando em uníssono o refrão de que o reclamante, por definição, não é credor. Neste sentido, Rubens Requião tem passagem a todo o tempo citada, em que afirma em termos categóricos (e genéricos) que: “Em síntese, o primeiro efeito do pedido é, precisamente, a suspensão da disponibilidade da coisa, e, em seguida, a restituição, exista em espécie ou tenha sido sub-rogada por outra. Não existindo, nem uma nem outra, por ter sido vendida ou consumida, restitui-se o respectivo preço. **A restituição do valor, expresso no preço, deve ser pago desde logo, fora do rateio, antes de qualquer credor, mesmo privilegiado, pois constitui valor de terceiro, resultante de sua propriedade privada**” (grifamos).<sup>21</sup>

No âmbito jurisprudencial, o STJ é igualmente enfático ao argumentar que “Devem efetivar-se antes do pagamento de qualquer crédito, ainda que trabalhista, **pois os bens a que se referem não integram o patrimônio do falido**” (REsp. nº 32.959-SP, 2ª S., Rel. Ministro Eduardo Ribeiro, m., 13.08.97 - grifamos). E ainda: “Os valores devidos a título de restituição, **porque não propriamente créditos**, mas dinheiro de terceiros, não podem ser havidos como dívidas ou encargos da massa, devendo, porque não sujeitos aos efeitos do concurso falimentar, ser pagos antes de qualquer credor, por mais privilegiado que seja” (REsp. nº 10021-SP, 4ª T., Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo, u., 30.03.93 - grifamos).

Ora, como fica claro, a exclusão do reclamante do concurso de credores é justificada em razão da sua condição de proprietário da coisa indevidamente arrecadada. Até aí, de fato, não poderia haver maior acerto em se considerar o reclamante *estranho* em relação aos credores do falido, não sendo mesmo cabível, neste caso, falar-se em colisão de direitos. Aliás, a mera leitura dos dispositivos referentes ao pedido restitutivo esclarece tal ponto, bastando que se faça uma interpretação *a contrario sensu* do § 5º do art. 77 da Lei Falimentar (v. *supra*).

<sup>21</sup> Rubens Requião, *Curso de Direito Falimentar*, *op. cit.*, p. 286.

Como consequência, o direito à restituição estaria sempre imune ao concurso de preferências, próprio para a resolução dos conflitos que ocorrem entre os credores; conflitos que não chegam a existir entre estes e os titulares do direito à restituição. Indo mais além, mesmo naquelas hipóteses em que a satisfação do direito do reclamante de reaver a coisa indevidamente arrecadada se tenha convertido em pagamento de uma quantia equivalente, o crédito assim surgido não estará sujeito ao concurso de credores. A propósito, explica Rubens Requião: "Com essas duas exceções ao princípio legal de que a coisa arrecadada esteja em poder da massa, isto é, sua substituição pelo dinheiro caso tenha por ela sido vendida ou que tenha sido sub-rogada por outra, visa a lei evitar o **enriquecimento injusto** da massa, com o correspondente empobrecimento do terceiro. Aliás, o art. 78, § 2º, dispõe conclusivamente que se nem a própria coisa nem a sub-rogada existirem no tempo da restituição, haverá o reclamante o valor estimado, ou no caso de venda de uma ou outra, o respectivo preço" (grifamos).<sup>22</sup>

O problema está em estender esta fundamentação, que, como visto, repousa na natureza real do título da restituição, à hipótese de restituição de adiantamento à conta de contrato de câmbio, que, diversamente, repousa sobre um vínculo meramente obrigacional. Suponha-se que não tenha sido arrecadado qualquer numerário, e que o único ativo da companhia quebrada seja a fábrica, hipotecada por ocasião do início das suas atividades. Aplica-se, nesta hipótese, o raciocínio acima? É juridicamente razoável admitir-se que a preterição do crédito do banco, nesta hipótese, constituiria "enriquecimento injusto" do credor hipotecário?!

### III – Petição de princípio: o equívoco de justificar o direito à restituição através da via da restituição; a exceção através da regra

Como foi visto, a lei falimentar refere como fundamento da restituição tanto o direito real como o direito meramente obrigacional. Esta dúbia fundamentação torna equivocada a conceituação unitária e apriorística do reclamante como um *estranho* relativamente aos credores do falido, seus direitos e garantias. Ao desconsiderarem as diferentes causas como relevantes na atribuição dos efeitos respectivos, a doutrina e a jurisprudência dominantes desconsideraram, igualmente, que o reclamante tanto pode ser um *estranho*, na hipótese em que o direito à restituição se funda em direito real, como um *terceiro*, quando então a colisão de direitos será solucionada conforme o caso concreto, sem que se possa *a priori*, diante do silêncio da lei, estipular a precedência de um ou de outro dos direitos em choque.

Ora, não há nenhuma dúvida de que o reclamante, titular de direito real sobre coisa arrecadada em poder do falido, é um *estranho* relativamente aos credores deste. Agora, no caso, excepcional, de restituição incidir sobre quantia antecipada por conta de contrato de câmbio, coisa fungível devida a título obrigacional, é inteiramente inaplicável o conceito de *estranho*; neste específico caso, em não havendo sido arrecadado dinheiro em poder do falido, ocorre um autêntico caso de colisão de direitos, impondo-se a caracterização dos titulares dos direitos conflitantes como *terceiros*.

É preciso compreender que o alcance da via restitutória é definido em razão do fundamento que justifica o recurso a tal remédio processual. Ou seja, o direito material determina o direito instrumental aplicável, e não o contrário. O instrumento processual, enfim, não tem o condão de alterar a natureza do direito material em causa, a ponto de se afirmar que o saldo obtido pela venda do bem hipotecado *pertence* ao banco que houver antecipado ao falido quantia à conta de ACC... A lei não faz, nem poderia fazer, tamanha distorção.

Desta forma, a restituição que tiver como causa direito de crédito só confere ao reclamante o *status de estranho*, em relação aos credores do falido, se, e somente se, a coisa originariamente devida, ou aquela que a tenha sub-rogado, houver sido arrecadada. Embora a doutrina acerca do tema seja escassa e nada pormenorizada, esta condição está implícita em algumas passagens, que, num exame superficial, pareceriam contrárias à tese ora invocada. Sampaio Lacerda, por exemplo, afirma que: "Pouco importa, portanto, não ter sido a importância reclamada encontrada em poder do falido, desde que a lei mesmo admite a restituição (art. 78, §1º)".<sup>23</sup>

Não se vislumbra no trecho citado argumento que, por si só, impeça seja reconhecida a prevalência do crédito hipotecário sobre o crédito oriundo de direito a restituição, tal como vimos defendendo. Ao contrário: "pouco importa (...)", nos dizeres de Sampaio Lacerda, "por força do art. 78, §1º". Significa dizer que o raciocínio do autor só poderia ser validamente transposto para a nossa hipótese, diversa daquela que está sendo tratada, se, aqui como lá, fosse aplicável o referido dispositivo contido no § 1º do art. 78 da Lei de Falências, *verbis*: Art. 78. O pedido de restituição suspende a disponibilidade da coisa, que será restituída em espécie. § 1º. *Se ela tiver sido sub-rogada por outra, será esta entregue pela massa. (...)*" (grifou-se).

<sup>22</sup> Rubens Requião, *Curso...*, op. cit., p. 280.

<sup>23</sup> J. C. Sampaio Lacerda, *Manual de Direito Falimentar*, 13ª ed., Freitas Bastos Editora, Rio de Janeiro, 1996, p. 168.



Ou seja, “pouco importa (...) não ter sido a importância reclamada encontrada em poder do falido” no caso de ter havido sub-rogação. A *contrario sensu*, na hipótese de a coisa não mais existir e não haver sido sub-rogada por outra, a lei não autoriza a que o crédito objeto do pedido de restituição possa ser satisfeito em detrimento do credor garantido por aquele mesmo bem, o qual não constitua bem sub-rogado. Atente-se, portanto, para a especificidade do caso concreto aqui tratado, em que a coisa não existe em poder do falido – não foi arrecadado numerário – e tampouco foi sub-rogada, pelo simples e inequívoco fato de que o único bem arrecadado fora adquirido pelo falido muito antes de contratadas as operações de ACC das quais surgiu o crédito ensejador de restituição.

Em decisão do STJ, embora não fosse este o ponto discutido, se afirmou incidentalmente que: “Os reivindicantes dos pedidos de restituição, com título adequado, não se sujeitam à classificação dos credores, ficando, apenas na dependência da existência do numerário, em nome da Massa Falida, em cujo poder houve a arrecadação” (REsp. nº 10.021-SP, 4ª Turma, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, v.u., 30.03.93 - grifamos).<sup>24</sup>

E não se argumente que a “existência de numerário” abrange quaisquer ativos, incluindo-se os imóveis hipotecados. Ora, se assim fosse, a afirmação não faria sentido, pois equivaleria a dizer o óbvio, ou seja, que o pagamento depende de que possa haver pagamento...

O fato é que, na hipótese de não ser arrecadado numerário, configurar-se-á um autêntico caso de colisão de direitos, e o reclamante, ao invés de *estranho*, se torna um *terceiro*, cujo direito *concorre* com o direito dos credores: de um lado, o direito à restituição da quantia antecipada por conta de contrato de câmbio; de outro, o direito a que o saldo decorrente da alienação do bem onerado com a hipoteca, depois de pagos aqueles que a lei expressamente privilegia, reverta para o credor em cujo benefício se instituiu tal garantia. Não é logicamente admissível afirmar-se que o reclamante de restituição, nesta hipótese, seja um *estranho* em relação aos credores do falido e, ao mesmo tempo, garantir-lhe o crédito às custas, precisamente, das garantias reais já antes instituídas em favor daqueles. Com efeito, a defesa (a nosso ver equivocada) de que a restituição de quantia adiantada por conta de contrato de câmbio seja paga às custas da alienação do bem onerado com hipoteca, em prejuízo do próprio credor hipotecário, importa reconhecer que existe, sim, concorrência entre o reclamante e o credor hipotecário.

<sup>24</sup> O trecho citado é, na verdade, originário do TJ de SP, mas foi transcrito no acórdão em referência a fim de que se confirmasse a tese ali exposta.

Diversamente do que ocorre com relação aos créditos trabalhistas e fiscais, é certo que a lei falimentar não prevê expressamente qual o critério de preferência a ser aplicado na resolução do conflito em exame. A doutrina e a jurisprudência têm tradicionalmente opinado em favor dos bancos, sob o argumento – como já visto inaplicável à hipótese – de que o direito à restituição não constitui crédito sujeito ao concurso. Neste sentido, Rubens Requião, “após profunda análise e meditação”, acabou por concluir que: “Se considerarmos que na hipótese não se trata de credor de domínio, ou de *credores reivindicantes*, é claro que a dívida resultante do bem restituível que se consumiu, não pode ser classificada como *dívida da massa*. Não está sujeita a rateio, nem deve compor o quadro de credores quirografários. É simplesmente um bem, ou o seu valor em dinheiro, que não integra o patrimônio do falido, pois a outrem pertence. Em consequência, passamos a sustentar que o crédito assim constituído, como não pode compor o patrimônio do falido, pois não integra a garantia dos credores, não deve, nem pode, competir com os outros créditos classificados no quadro geral de credores. (...) Se o bem não for encontrado, o pagamento se fará, também imediatamente, logo que for financeiramente possível à massa falida, sem que seja incluído no quadro geral de credores. Se não houver recursos para tanto, em poder da massa falida, deverá ser pago logo após a realização do ativo, antes de qualquer crédito, mesmo que seja preferencial. (...) O contrário – pagar antes a credores da falência mesmo sendo créditos preferenciais – seria uma *expropriação* injusta de propriedade de terceiros. Essa tese, que, aqui deixo para a consideração dos doutos, é eminentemente *constitucionalista*, pois a Carta Magna assegura plenamente o direito de propriedade” (grifamos).<sup>25</sup>

Mais uma vez, percebe-se a fragilidade da lógica conceitual pura, especialmente quando amparada em uma definição simplória – “o reclamante não é credor” –, que desconsidera a diversidade das hipóteses e das circunstâncias às quais se aplica a via restitória. É preciso distinguir os casos em que a restituição decorre da natureza do vínculo dos casos em que a restituição decorre de uma equiparação feita pelo legislador. No caso da restituição por força de antecipação à conta de contrato de câmbio, não se trata, como é óbvio, de proteção à propriedade: a “propriedade” dos bancos não é melhor nem pior do que a “propriedade” do credor hipotecário...

O fundamento desta hipótese específica de restituição é, sem dúvida, um direito obrigacional, e não, como no caso do credor hipotecário, um direito real. Analisada a matéria sob este ponto de vista, não restaria a menor dúvida de que, em ocorrendo, como ocorre, conflito entre ambos esses direitos, fosse dada prevalência ao direito real: “(...) deve-se ter presente que a validade e a eficácia do direito real, em detrimento de direitos pessoais ou obrigacionais, representa um verdadeiro princípio, pois existe como regra geral que emerge de

<sup>25</sup> Rubens Requião, “A Classificação dos Créditos na Falência”, *op. cit.*, p. 38.

diversos textos, com o mesmo e idêntico sentido e função no ordenamento” (grifamos).<sup>26</sup>

No entanto, a via da restituição, garantida às instituições autorizadas a operar com câmbio por força de expressa disposição legal (art. 75 da Lei de Mercado de Capitais – v. *supra*), equiparou o crédito de tais instituições a um direito com eficácia de direito real, oponível *erga omnes*. Voltamos, assim, ao ponto de partida, persistindo a pergunta: à falta de expressa disposição legal que determine o parâmetro de resolução da colisão de direitos surgida na hipótese em exame, qual a solução jurídica cabível?

Trata-se, a nosso ver, de uma questão de interpretação. Neste sentido, é preciso ter em vista que a hipótese de restituição em causa constitui uma hipótese excepcional, seja em razão da natureza obrigacional do direito ao qual ela visa, seja em razão da natureza intrinsecamente fungível da “coisa” a ser objeto de restituição (v. *supra* item I). As normas excepcionais, como se sabe, devem interpretar-se restritivamente: *exceptiones sunt strictissimoe interpretationis*. Carlos Maximiliano, a propósito, afirma com exatidão que: “As disposições excepcionais são estabelecidas por motivos ou considerações particulares, contra outras normas jurídicas, ou contra o Direito comum; por isso não se estendem além dos casos e tempos que designam expressamente” (grifamos).<sup>27</sup> Em passagem alusiva ao art. 6º da antiga Lei de Introdução ao Código Civil, cujo conteúdo não é mais fonte legal mas seguramente permanece sendo valiosa fonte doutrinária em matéria de interpretação, o mesmo autor complementa: “A lei que abre exceção a regras gerais ou restringe direitos só abrange os casos que especifica”.<sup>28</sup> Neste sentido, confirma Alípio Silveira: “(...) a *ratio legis* de caráter geral pode estender-se aos casos omissos, ao passo que a *ratio legis* de caráter excepcional há de ficar confinada nos casos que especifica”.<sup>29</sup>

Porque se trata de uma norma de exceção, o privilégio outorgado aos bancos que financiam exportações não admite interpretação que, ampliando desmedidamente o escopo da restituição, resulte em extinção da garantia real do credor hipotecário. Para tanto, para que a satisfação do crédito proveniente de um pedido de restituição de dinheiro não arrecadado possa avançar sobre ativos que compõem garantias reais, seria imprescindível que o legislador assim o tivesse

<sup>26</sup> Acerca, especificamente, do conflito entre direito real e direito obrigacional, v. o recente parecer de Arruda Alvim, “Direito real – Prevalência sobre direito obrigacional”, publicado na Revista Forense, vol. 345, março de 1999, p. 183-216.

<sup>27</sup> Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª edição, 3ª tiragem, Forense, Rio de Janeiro, 1984, p. 227.

<sup>28</sup> Carlos Maximiliano, *op. cit.*, p. 237.

<sup>29</sup> Alípio Silveira, *Hermenêutica no Direito Brasileiro*, vol. I, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, p. 211.

determinado expressamente, tal como feito em relação aos créditos trabalhistas e fiscais.

#### IV - A prevalência do direito real sobre o direito obrigacional equiparado a direito real

Diante do conflito entre um direito tipicamente real e um direito que a lei, em norma de caráter excepcional, equipara a direito real, como deve o intérprete proceder? No conflito entre o que é verdadeiro e geral e o que é equiparado e excepcional, o que deve prevalecer? Sob este ponto de vista, também nos parece que deve prevalecer, no silêncio da lei, a situação em que, para todos os efeitos, dentro e fora da falência, existe vínculo real ligando a satisfação da obrigação a um bem a ela sujeito em caráter de exclusividade, isto é, deve prevalecer o direito real sobre o direito equiparado a direito real.

A restituição, mesmo quando distante de seus contornos originais de *reivindicação*, fundada em direito pessoal que a lei equipara, para este específico propósito, a direito real, oponível aos credores do falido, não pode sobrepor-se a um outro direito verdadeiramente real e que lhe seja anterior. O interesse em certo momento considerado público – o interesse, no caso, de fomento às exportações – , que justifica o privilégio concedido aos bancos na hipótese em exame, é um interesse contingente, que não pode ser absolutizado a ponto de subverter todo o sistema das garantias reais consagrado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Ora, a hipoteca constitui uma garantia conformada por princípios que, na base do sistema dos direitos reais, conferem a esses direitos uma tutela específica e, sob o ponto de vista aqui tratado, superior. Assim, os princípios da legalidade e tipicidade, da taxatividade, da publicidade, da validade e eficácia *erga omnes*, da inerência ou aderência à coisa, da seqüela... formam um quadro normativo que não pode, por força de uma hipótese excepcional, ser inteiramente ignorado. Em face de todos esses princípios reafirma-se a premissa, segundo a qual: “(...) salvo lei expressa em sentido contrário, prevalece, sempre, a situação de direito real, legitimamente constituída, em face do direito obrigacional”.<sup>30</sup>

Significa dizer, então, que a restituição prevista na lei que disciplina o mercado de capitais é ineficaz? Não. Como bem observa Trajano de Miranda Valverde, a interpretação restritiva não deve resultar em ofensa ao

<sup>30</sup> O desenvolvimento dos princípios referidos assim como o trecho citado estão em Arruda Alvim, *op. cit.*, p. 193.

espírito que reconheceu a necessidade e a justiça da hipótese excepcional.<sup>31</sup> Significa dizer, tão-somente, que a referida hipótese de restituição está sujeita à observância de um pressuposto, qual seja, o de que o dinheiro a ser restituído seja arrecadado em poder do falido (ou, quando menos, que se demonstre ter havido sub-rogação do mesmo), excluindo-se o dinheiro acaso imobilizado em bens anteriormente afetados, por vínculo real, ao cumprimento de outras obrigações.

A tese contrária equivale a dar a uma regra excepcional interpretação extensivíssima – a ponto de tornar a situação equiparada predominante sobre a situação real e transfigurar a exceção em regra geral. Equivale, ademais, a destruir arbitrariamente fatos consumados, contra os mais basilares princípios de direito e de justiça: *prior in tempore, potius in iure*.

### Consideração final

Em resumo, no caso de não haver arrecadação de numerário em poder da massa, o direito à restituição de que trata a chamada Lei de Mercado de Capitais colide com o direito do credor hipotecário do único bem arrecadado. Analisada a questão à luz dos princípios que informam, no âmbito da dogmática civil, a dicotomia *estranho/terceiro*, pode-se afirmar que, na hipótese de colisão de direitos, o reclamante não é *estranho*, mas *terceiro* em relação aos demais credores. Nesta condição, há que se perquirir quais são os critérios de prevalência aplicáveis à resolução do conflito assim configurado. Em não havendo expressa disposição legal, como é o caso, a garantia real constituída anteriormente à celebração dos ACC's em questão prevalece sobre o direito à restituição, por força de princípios gerais de Direito (sistema de direitos reais) e de princípios básicos de interpretação (a norma excepcional aplica-se restritivamente), que o fato da falência não tem o poder de modificar.

Como advertido na introdução, não tivemos pretensão de esgotar o tema, mas apenas de propor novas perspectivas para a análise da hipótese formulada. Em recente artigo dedicado ao exame da Súmula 133 do STJ, Manoel Justino Bezerra Filho resigna-se ao afirmar que o privilégio criado pela Lei de Mercado de Capitais em benefício das instituições financeiras é questionável do ponto de vista social, mas não do ponto de vista jurídico, pelo que tal “odioso” favor legal, segundo o autor, deve ser respeitado “até a eventual mudança legislativa, aliás sem grande possibilidade de ocorrência, tendo em vista a conhecida força de persuasão do setor financeiro dentro do sistema”.<sup>32</sup> Pelo

<sup>31</sup> V. *supra* a citação relativa à nota nº 15.

<sup>32</sup> Manoel Justino Bezerra Filho, “A restituição ao Banco do Valor do Adiantamento Efetuado em Contrato de Câmbio para Exportação, em Caso de Falência ou Concordata do Exportador – Exame da Súmula 133 do Superior Tribunal de Justiça”, RT 765/115-122, ed. Revista dos Tribunais, Julho de 1999, São Paulo, p. 121.

contrário, o objetivo deste trabalho foi precisamente contribuir para que possa, sim, tal privilégio, diante de certas circunstâncias, ser combatido por direitos que legítima e juridicamente se lhe sobreponham.



## NOTA SOBRE AS DIMENSÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL COMPARADO

*Ana Lucia de Lyra Tavares\**

### Observações Iniciais

O presente texto visa a destacar o riquíssimo manancial que os estudos de direito constitucional comparado oferecem, seja sob o prisma do aperfeiçoamento do direito pátrio, à luz de elementos colhidos na experiência constitucional estrangeira, seja sob a ótica, tão necessária, do entendimento entre os povos, o qual requer o conhecimento das peculiaridades de cada um, em função das normas jurídicas que presidem os respectivos comportamentos. Esses estudos, sem dúvida, ao fazerem emergir as especificidades das diversas estruturas constitucionais, decorrentes de causas profundas, de natureza vária, estimulam a análise crítica amadurecida, na qual os juízos de valor pesam menos que a real compreensão das diferenças.

Não cabe aqui retomarmos as clássicas digressões sobre o histórico da comparação no âmbito do direito, magistralmente apresentadas, em termos gerais, entre outros, pelo sempre citado Professor René David<sup>1</sup>, e em matéria de direito constitucional, por ilustres publicistas, entre eles os Professores Paolo Biscaretti di Ruffia<sup>2</sup>, Giuseppe De Vergottini<sup>3</sup>, Yves Mény, Philippe Lauvaux, Bertrand Badie, Jean-Louis Quermonne, Samuel Finer e tantos outros.

\* Professora de Direito Constitucional Comparado do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro.

<sup>1</sup> René David, *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. Esta obra alcançou inúmeras edições, em várias línguas, e mais recentemente vem sendo divulgada, no Brasil, pela Ed. Martins Fontes, tendo já alcançado várias tiragens.

<sup>2</sup> Paolo Biscaretti Di Ruffia, *Introduzione al Diritto Costituzionale Comparato*, Milano, Giuffrè Editore, 1984.

<sup>3</sup> Giuseppe De Vergottini, cuja obra *Diritto Costituzionale Comparato* já se encontra na 5ª edição (Padova, CEDAM, 1999).

Desejamos, todavia, sublinhar que este assunto, nos dias atuais, vem sendo objeto de interesse redobrado, não apenas pelo estreitamento das relações entre os povos, que inúmeros fatores explicam, facilitado pelos recursos informáticos, mas sobretudo pela efetiva necessidade de conhecer e compreender outros sistemas jurídicos decorrente das exigências do processo de globalização, com seus efeitos positivos e negativos sobre as ordens jurídicas regionais e nacionais<sup>4</sup>.

Os estudos de direito constitucional comparado podem privilegiar o cotejo de estruturas constitucionais, contemporâneas ou não, relembrando-se, na oportunidade, a lição do ilustre jurista português Jorge Miranda, ao realçar a dimensão histórico-comparativa que tais estudos também, comportam<sup>5</sup>, mas é, igualmente, possível que eles focalizem o exame dos chamados fenômenos de recepção de direitos ou de circulação dos modelos jurídicos, expressões que alguns empregam indistintamente, mas que nos permitimos diferenciar.

Apesar de todo esse interesse acima lembrado, os textos que versam sobre esta disciplina parajurídica são escassos. Muitas vezes ocorre que a análise justapõe estruturas constitucionais estrangeiras sem compará-las, fugindo, portanto, ao próprio objetivo da matéria. Nos seis artigos que se seguem, as duas principais dimensões do direito constitucional comparado estão ricamente ilustradas. O primeiro focaliza a necessária investigação preliminar sobre as bases diferenciais das estruturas constitucionais que se quer cotejar, para melhor ajusta a visão do comparatista às condições de formação dessas estruturas que repercutem no seu funcionamento. Os cinco outros concentram-se nos fenômenos, acima aludidos, de recepção de direitos. Através desses textos pensamos ser possível fornecer uma amostragem dessas duas principais dimensões do direito constitucional comparado. Procuraremos, nesta breve apresentação, destacar o que caracteriza cada uma delas, por meio dos subsídios fornecidos pelos referidos trabalhos.

### 1. Pressupostos metodológicos do estudo comparativo de estruturas constitucionais

Nestas breves linhas sobre esta dimensão fundamental do Direito Constitucional Comparado que é o cotejo entre estruturas constitucionais, cabem, em nosso entender, alguns comentários que reunimos sob as rubricas abaixo e que se nos afiguram fundamentais para o trato da matéria.

<sup>4</sup> V., o excelente suplemento do *Le Monde diplomatique*, *Manière de Voir*, n.47 (sept.oct.1999), *La mondialisation contre l'Asie*, e o detalhado levantamento da situação mundial, publicado em outro suplemento do *Le Monde*, *Bilan du Monde*, Ed. 1999.

<sup>5</sup> Cf. Jorge Miranda, *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, in: *Revista Brasileira de Direito Comparado*, n.9, Ed. Forense, 1990, pp.34-58.

### 1.1. Amplitude do campo de escolha das estruturas constitucionais a serem comparadas

Alguns autores propugnam pela inutilidade de estudos comparativos entre direitos de natureza extremamente diversa, considerando-se que os elementos de aperfeiçoamento mútuo seriam raros e de duvidoso interesse, dadas as bases heterogêneas dos sistemas jurídicos em questão. Assim posicionava-se o eminente comparatista Harold Gutteridge, da Universidade de Cambridge, enfatizando que *o semelhante deve ser comparado com o semelhante*<sup>6</sup>. Todavia, muitos dos que se dedicam às investigações comparativas não se detêm ante diferenças expressivas, buscando ora os elos de fundo nas soluções dadas aos mesmos problemas nos diversos sistemas de direito, ora as semelhanças entre institutos de mesma finalidade, existentes em famílias distintas de direito, como era o caso do habitual cotejo entre a Procuratura, do direito socialista e o Ministério Público, dos países de direito romano-germânico.

Outra dúvida na escolha dos termos da comparação era a relativa à necessidade da contemporaneidade das estruturas constitucionais a serem estudadas. Atualmente, são bastante usuais os textos que aproximam estruturas constitucionais de períodos diversos, seja em plano interno (como no caso do direito brasileiro, em que podem, por exemplo, ser efetuados cotejos entre as Constituições de 1934 e a de 1946) seja em plano externo, confrontando-se estruturas constitucionais estrangeiras de períodos distintos, como no caso da aproximação da Constituição de Weimar, de 1919, com a nossa, de 1934. Tais escolhas, é bem verdade, são mais ditadas pelos chamados ciclos constitucionais, em que as semelhanças, sobretudo quanto ao fundo dos ordenamentos constitucionais, decorrem da similitude de exigências sóciopolíticas que imperam no momento de suas elaborações e durante os quais o fenômeno das recepções de modelos jurídicos – que, abaixo, focalizaremos – é mais freqüente.

Esta questão foi abordada em termos bastante esclarecedores pelo Professor Jorge Miranda, da Universidade de Lisboa, no texto acima aludido sobre Direito Constitucional Comparado. Dando ênfase à comparação interna ou sucessiva, ele preleciona que é desaconselhável dissociarem-se tempo e espaço. A história comparativa constitucional caminha junto com o direito constitucional comparado, imprimindo a necessária visão dinâmica à pesquisa neste campo.

Deve-se, por outro lado, mencionar que podem ser incluídos no campo da comparação os ordenamentos de natureza regional e internacional, os

<sup>6</sup> V. H. Gutteridge, *Le Droit Comparé*, Paris, LGDJ, 1953, p. 102.

quais interagem com as estruturas constitucionais, particularmente na atualidade, conferindo uma outra dimensão ao direito constitucional comparado.

### 1.2 A importância da identificação das variáveis da comparação

Aos que nos têm acompanhado nesse interesse pelos estudos de direito constitucional comparado, é familiar a nossa insistência na necessidade de, preliminarmente à comparação, serem identificadas as variáveis que nortearão o trabalho. Com efeito, não nos cansamos de enfatizar a fundamental importância de elegerem-se aspectos peculiares ao assunto escolhido em torno dos quais serão buscadas as semelhanças e diferenças, no quadro das estruturas constitucionais selecionadas.

É inquestionável que a identificação metódica de semelhanças e diferenças deve ser feita em função de certas variáveis pertinentes à matéria tratada. Em caso contrário, ter-se-ia a mera descrição do direito estrangeiro no pertinente ao tema escolhido, sem que a preocupação do cotejo relativamente a determinados itens guiasse o pesquisador. Na verdade é usual a leitura de textos que se intitulam de direito comparado, quando, efetivamente, o que fazem é justapor disposições de ordenamentos estrangeiros, sem a preocupação de detectar, sistematicamente, semelhanças e diferenças em torno de pontos específicos. Acacianamente, poderíamos concluir que comparar não é justapor.

### 1.3. As dimensões teórica e prática do objeto da comparação.

O cotejo de estruturas constitucionais, restrito à uma abordagem que privilegie a semântica das Constituições, leva, habitualmente, à conclusão da existência de um consenso em torno de princípios, regras, institutos, visto que, como evocamos acima, há um fenômeno de mimetismo jurídico, por parte, sobretudo dos Estados em desenvolvimento relativamente aos desenvolvidos. Assim, os Estados, atualmente chamados de emergentes, incluem em seus Diplomas Básicos disposições normativas similares às que figuram em suas fontes de inspiração. O resultado é que, formalmente, as Constituições desse Estados podem ser consideradas semelhantes. A distinção advém do exame das condições efetivas em que se dá a implementação dessas Leis Magnas. Daí a necessidade imperiosa de a comparação não se limitar à dimensão formal, teórica, das estruturas constitucionais selecionadas. A ela deve estar, automaticamente associada a dimensão prática, correspondente ao modo pelo qual são aplicados os dispositivos constitucionais confrontados.

A esse respeito, o mestre Georges Burdeau, em seus duradouros ensinamentos, notava, após discorrer sobre as condições sociopolíticas e culturais que tanto diferenciam o sistema presidencial norte-americano dos presidencialismos latino-americanos que: *qualquer comparação entre as instituições da América Latina e o sistema constitucional dos Estados Unidos só pode revestir-se de um caráter livresco e mistificador. E, incisivamente prosseguia: É por isto que, muito justamente, convida-se o cientista político a renunciar a captar os fenômenos políticos do continente sul-americano por meio dos prismas deformantes em que se constituem a miopia etnocêntrica e o peso das tipologias jurídicas. Mas se, com efeito, impõe-se afastar estas categorias tradicionais, como poder-se-ia chegar a uma definição satisfatória dos regimes em vigor nesses países? Na medida em que esta definição se apoiasse em critérios de direito constitucional, a resposta seria negativa. A análise dos regimes latino-americanos deve ser feita no âmbito da sociologia e da economia política, e não do direito constitucional.*<sup>7</sup>

Parece-nos que se deve ter sempre presente este alerta nos estudos, bastante usuais, em nosso país, de aproximação das estruturas constitucionais norte-americana e brasileira. É precisamente por esta razão que reputamos de extremo interesse o exemplo da pesquisa a que aludimos a seguir.

### 1.4 Um exemplo de estudo preliminar às pesquisas comparadas em direito constitucional

A título de lembrança sobre o irrealismo de certas aproximações, podemos citar, no período que antecedeu à elaboração da nossa Constituição de 1988 as menções corriqueiras ao elevado número de Textos Constitucionais brasileiros, em oposição àquele único Documento Magno dos EUA, bicentenário, em 1987. Em tais assertivas, com efeito, ignoravam-se os aspectos diferenciais nucleares entre as duas estruturas constitucionais.

No trabalho que abre a série de estudos de direito constitucional comparado que ora divulgamos, a Profa. Sandra Chapadeiro, com a autoridade não apenas advinda do magistério jurídico, mas sobretudo da sua extensa experiência como advogada militante no Brasil e nos EUA, examina a heterogeneidade das respectivas formações históricas que se projetam na pesquisa comparativa e no processo de recepção de direito, ajustando, adequadamente, o foco para futuros cotejos das duas estruturas constitucionais<sup>8</sup>

<sup>7</sup> Georges Burdeau, *Traité de Science Politique*, Tome VI, LGDJ, 1985, pp.337-338.

<sup>8</sup> Cf. Sandra Chapadeiro, *Estudo comparativo das bases diferenciais da formação histórica do Brasil e dos Estados Unidos da América*, que integra o presente número da *Revista Direito, Estado e Sociedade*.



neste século e as conseqüentes modificações que o Texto Magno tem sofrido, alternando-se correntes políticas ditas modernizadoras que buscaram atenuar os rigores dos preceitos islâmicos, introduzindo, na teoria e na prática, normas leigas, de origem ocidental, e correntes conservadoras que, sempre velaram pela manutenção dos princípios corânicos, os quais devem prevalecer sobre os princípios fundamentais leigos, que figuram, em grande número, nessa Constituição; a dificuldade de acesso às informações sobre o real funcionamento desse sistema constitucional, não coincidindo, muitas vezes, o oficialmente divulgado com o que ocorre efetivamente nesse país.

No tocante ao direito angolano, o mesmo cuidado na análise do sistema receptor se impõe, não obstante decorram as cautelas de aspectos diferentes daqueles acima evocados. Com efeito, em seu estudo deve-se atentar para as suas características de direito de base consuetudinária, mas que foi, ao longo de sua história, objeto de diversas recepções ou, como classificaria Marc Ancel, de imposições de direito decorrentes de processo de colonização (no caso, sobretudo, do direito português) e de predominância, em fase mais recente, de direito de natureza ideológica, como o marxista-leninista. O tema do direito das sucessões abordado pelo Dr. Bento Salazar André, jurista angolano, enquadra-se perfeitamente nos objetivos do direito constitucional comparado em vista do amplo espectro que, contemporaneamente, ele possui<sup>13</sup>. E é precisamente sob o ângulo do direito das sucessões, de cunho privado e menos permeável a mudanças, fruto que é do meio sócio-cultural, que a observação da solidez dos costumes pode ser feita de forma mais completa. Paralelamente, tem-se aqui um sistema jurídico no qual, apesar das influências estrangeiras nele exercidas, a base consuetudinária perdurou, não podendo ser ignorada pelos legisladores desse país.

Sobre as especificidades do sistema jurídico brasileiro que se fazem presentes nos processos de recepção, tivemos a ocasião de discorrer sobretudo no âmbito de recepções de institutos jurídicos provenientes da família de Common Law<sup>14</sup>, ou, de forma mais genérica, no exame das recepções de direito ocorridas no Texto Constitucional de 1988<sup>15</sup>. O que sempre sobressai dessas análises é, por um lado, a permanente sintonia de nossos ordenamentos constitucionais com as inovações contemporâneas mais importantes do direito constitucional, não obstante as notórias dificuldades de implementação dos princípios a eles incorporados. Há, pois, no sistema receptor jurídico pátrio uma permanente

<sup>13</sup> Vejam-se os estudos sobre direito civil constitucional, em particular o texto da Professora Maria Celina Bodin de Moraes, *O Direito Civil Constitucional*, in: 1988-1998: uma década de Constituição, Ed. Renovar, 1999, pp. 115-127.

<sup>14</sup> Cf. da A. *Aspects de l'acclimatation du judicial review au droit brésilien*, in: *Revue Internationale de Droit Comparé*, n.4, décembre, 1986, e o supracitado *mandado de injunção como exemplo de recepção de direito*.

<sup>15</sup> Da A. *A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas*, in: *Revista de Informação Legislativa*, n.109, jan./mar.1991, Senado Federal.

abertura aos enunciados constitucionais de vanguarda, notadamente os de matrizes européia e americana, bem como relativamente aos textos internacionais. Caracterizando-se por sua natureza híbrida, romano-germânica no aspecto de direito privado, e anglo-americana, nas suas bases constitucionais, o direito brasileiro suscita a admiração daqueles que, como o Professor René David, se detiveram no exame dos mecanismos habilmente construídos para tomarem bem sucedida a convivência de institutos provindos de famílias de direito diferentes<sup>16</sup>. Essa natureza híbrida e as dificuldades de aplicação dos institutos e princípios transplantados, sobretudo de ordens cultural e sócio-econômica, devem ser consideradas nos processos de recepção que se verificam em nosso direito.

Nos três textos em que ele foi examinado, tais peculiaridades não foram ignoradas pelos respectivos autores. Assim, o Dr. Marcello S. Godinho deu ênfase aos entraves provenientes do sistema financeiro brasileiro no processo de recepção do sistema norte-americano de financiamento imobiliário, havendo evidentes dificuldades de absorção de mecanismos de matriz norte-americana, já formalmente introduzidos em nosso ordenamento jurídico, mas ainda sem condições efetivas de vingarem.

Por sua vez, o Professor Leonardo Duncan Moreira Lima faz sobressair, em seu artigo, precisamente essa natureza híbrida de nosso sistema, apontando os vários aspectos que impende considerar na adoção da súmula vinculante, em nosso direito romano-germânico. A transposição para o direito constitucional brasileiro de um instituto equivalente ao *stare decisis*, ao precedente, próprio do sistema jurídico anglo-americano, de natureza judiciária, traz em si as exigências de aclimação pelas evidentes diversidades existentes entre os sistemas receptor e exportador.

As características do direito brasileiro são, da mesma forma, necessariamente evocadas quando da recepção de normas de matriz internacional, como o faz o Professor Eneas Torres, no tema da imunidade de jurisdição, destacando as condições típicas de nosso sistema jurídico na adoção, mas sobretudo na aplicação, pelo Judiciário pátrio, das normas provindas de textos internacionais. O exame, sob esta dimensão, do direito constitucional comparado é, cada vez mais de incontestável interesse ante a intensificação do processo de aproximação dos povos, em nível global e regional e a proliferação dos documentos internacionais que visam a concretizá-lo.

<sup>16</sup> René David, *L'originalité des droits de l'Amérique Latine*, in: *Le Droit Comparé: droits d'hier, droits de demain*, Economica, 1982, pp.161-173.

### 2.3 A natureza nacional ou internacional das fontes de recepção

Sob este aspecto, o processo de recepção pode revestir-se de contornos diferentes, como resultado da especificidade das fontes nacionais ou internacionais que o desencadeiam., bem como dos planos em que ele se verifica. Em outras palavras: devem aqui ser considerados não somente os sistemas exportadores, com suas características e motivações, mas também a maior ou menor amplitude do fenômeno, que pode envolver apenas dois sistemas ou traduzir a adesão a uma comunidade de sistemas, representando, como bem observa o Professor Eneas Torres, um amálgama de diversas concepções de direito que recebeu a adesão de Estados nos quais vigoram diferentes sistemas jurídicos.

Nos artigos que se seguem, há, portanto, ilustrações dos dois tipos de fontes, nacionais e internacionais e as previsíveis implicações dessa natureza diversa, observando-se, desde logo, a importância da recepção de normas providas de matriz internacional para o contexto contemporâneo de sistemas jurídicos regionais.

### 3. O processamento em si da recepção

O estudo sobre este processamento pode comportar o exame dos fatores propulsores e inibidores das recepções de direito, ou seja, a análise dos elementos que facilitaram a adoção de um instituto ou regra próprios de outro sistema jurídico, ou, ao contrário, a dificultaram. Compreende, também, a investigação sobre as causas que levaram o sistema receptor a buscar inspiração em outro sistema e ainda a identificação dos principais agentes desse processamento. É interessante observar que ,nos cinco artigos citados, tais aspectos apresentam-se de forma diversificada, enriquecendo assim a análise do fenômeno da recepção.

#### 3.1 Causas

Em se tratando de recepções involuntárias, como é o caso da influência do direito português no exemplo angolano selecionado, a natureza da motivação é diversa daquela encontrada nas voluntárias. Predominaram, portanto, na situação do referido direito angolano, as causas ínsitas ao processo de colonização, com a transplantação imposta do direito da Metrópole, similantemente ao que ocorreu no período colonial em nosso país. Paralelamente,

pois, às etapas político-econômicas de conquista do novo território, verificam-se aquelas de assimilação cultural do povo colonizado.

Nas ilustrações que focalizam o direito brasileiro como receptor, e o direito norte-americano como exportador, especificamente as referentes às importações dos mecanismos do sistema jurídico anglo-americano do *stare decisis*, sob a forma, ainda que , sob muitos ângulos diversa, da súmula vinculante, por um lado, e dos mecanismos norte-americanos de financiamento imobiliário, por outro, têm-se recepções voluntárias, espontaneamente desencadeadas. Observa-se que, como corretamente acentuam os respectivos articulistas dos dois temas, relativamente à súmula vinculante, preponderam exigências de estabilidade jurisprudencial e igualdade no teor das decisões, de modo a ensejar maior celeridade processual e redução drástica no número de recursos. No tocante à adoção do sistema norte-americano de financiamento imobiliário avultaram razões de ordem econômica (necessidade de mecanismos de financiamento para aquisição de imóveis visando a corrigir os desequilíbrios, num quadro recessivo, entre a demanda crescente de imóveis e os critérios de reajuste dos financiamentos da casa própria, e de ordem judiciária (a garantia de uma estabilidade jurisprudencial). Vale notar que as motivações desses dois exemplos de recepção acabam por entrelaçar-se, pois que a súmula de efeito vinculante concorreria para a referida estabilidade jurisprudencial de que carece o sistema de financiamento imobiliário.

No estudo sobre o direito iraniano, bem acentua o seu autor que preponderou na importação dos princípios constitucionais fundamentais, de matriz ocidental, a necessidade de legitimação do governo revolucionário (com a derrubada da dinastia Pahlevi e a assunção do Aiatolá Komeini) perante a comunidade internacional. Na imagem feliz de André Hauriou, evocada por Jean Gicquel, entrar para a sociedade internacional sem constituição equivaleria a apresentar-se numa festa em trajes de praia .<sup>17</sup>

Sob o plano da recepção dos princípios internacionais relativos à imunidade de jurisdição tem-se o reconhecimento geral, inclusive da parte do sistema jurídico brasileiro, na sua condição de sistema receptor, das exigências de preservação da soberania nacional, notadamente em vista dos conflitos de cunho econômico. Causas políticas e econômicas, portanto, levaram o Estado brasileiro a aderir ao documento internacional que consagrou a referida imunidade. Verificaram-se, contudo, ao longo do processo de aclimatação, novas exigências supervenientes das condições de convivência internacional que acarretaram a aplicação atenuada dos princípios nele consagrados.

<sup>17</sup> Cf. Jean Gicquel, *Droit Constitutionnel et Institutions Politiques*, 10e. Ed. Montchrestien, Paris, 1989, p.47.

### 3.2 Agentes

Os trabalhos sobre recepções de direito identificam, habitualmente, os agentes, os responsáveis, diretos e indiretos, pelo desencadeamento desse fenômeno, que, certamente atuam em decorrência de fatores, de natureza geral, os quais propiciam a aproximação dos sistemas jurídicos e que foram objeto de magistral análise de Marcel Merle, em obra de permanente atualidade<sup>18</sup>.

As mais das vezes, em termos de recepções voluntárias, tem-se a ação direta dos poderes instituídos, como nos casos brasileiros da apresentação de projeto de lei, por parte, isoladamente, do Poder Executivo, como no tocante ao sistema de financiamento imobiliário, ou, articuladamente, a exemplo do que se deu com a súmula de efeito vinculante.

No contexto do direito iraniano, a mesma observação se impõe, com a atuação inequívoca das autoridades governamentais na introdução, no ordenamento constitucional daquele direito, dos princípios fundamentais ocidentais, transplantando-os, sob a condicionante sempre explicitada, da sua necessária compatibilidade com os preceitos islâmicos.

Freqüentemente, a doutrina desempenha papel vital nestas transposições jurídicas. É interessante salientar, sob este aspecto, a sua importância nos estudos que precederam a adesão do Brasil à Convenção sobre Imunidade de Jurisdição, como bem acentuou o Professor Enéas Torres em seu artigo.

Se as recepções involuntárias ou imposições de direitos têm, muitas vezes, como agente principal a força das baionetas, na análise do jurista angolano Bento Salazar, é indiscutível que a penetração maior do instituto imposto atinente ao direito das sucessões foi obra não apenas do colonizador português e dos missionários catequistas, mas também de uma casta angolana por eles formada.

### 4. Efeitos

Fase fundamental da análise dos fenômenos de recepção de direitos é a da identificação de seus efeitos, seja no quadro global do sistema jurídico

<sup>18</sup> V. Marcel Merle, *Las fuerzas supranacionales*, in: *La vida internacional*, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1965, pp.233-268.

receptor (em que as inovações produzem modificações na própria cultura de todo um povo), seja em âmbito de determinados pontos desse mesmo sistema, processando-se uma adaptação ou aclimação, por força do encontro dos elementos novos com os autóctones. Podem ocorrer, como se verifica nos transplantes da medicina, rejeições dos institutos enxertados, recusando-se o organismo jurídico a absorvê-los por conter elementos que lhes são incompatíveis. A importância de um exame prévio desses possíveis efeitos é, como se diz no jargão forense, de uma claridade solar, uma vez que ele evita a adoção de certas propostas irrealistas e de remota exequibilidade. É verdade que há situações surpreendentes, como foi a recepção, pelo direito turco (e portanto, como o direito iraniano, de natureza islâmica) do Código suíço das Obrigações, em 1926. Dessa proposta, à primeira vista disparatada, produziu-se uma aculturação jurídica que até hoje vem fascinando os que se dedicam à matéria.<sup>19</sup>

### 4.1 Aculturação

Dentre os estudos que se seguem, em termos de aculturação jurídica, parece-nos que o relativo ao direito angolano é o mais ilustrativo, ainda que, como bem salienta o seu autor, sob a capa formal de incorporação dos princípios sucessórios do direito português, remanesça a relutância com que as antigas gerações do sul de Angola, afeitas aos costumes, de fundo religioso, vão, gradualmente, a eles aderindo.

No quadro do direito iraniano, com a escassez de informações que lhe é peculiar, é temerário concluir-se pela inexistência de qualquer aculturação decorrente da introdução dos princípios constitucionais de fonte ocidental. Aparentemente, todavia, a prevalência e contínua vigilância das autoridades governamentais que os devem aplicar, indicam que este efeito ainda não se produziu. Pelo contrário. Notícias atuais dão conta do grau do esforço despendido pelos dirigentes do Irã (assim como os de outros países<sup>20</sup>) para preservá-lo da onda globalizante de informações propagada pela Internet.

Já em relação ao exemplo da transplantação do direito português na região sul de Angola observam-se, conforme salienta o jurista, Bento Salazar André, modificações lentas e profundas nos comportamentos das comunidades por ela atingidas, apesar de ainda remanescerem resistências, particularmente por

<sup>19</sup> V. a preciosa coletânea de estudos sobre o tema, incluindo trabalhos dos Professores René David, Lipstein, Rheinsteim e muitos outros, in: *Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul*, V ano, nº6, 1956.

<sup>20</sup> No *Jornal do Brasil*, de 30.01.00, sob a manchete *Internet desafia regimes autoritários*, estampada à página 19, em relação ao Irã vem o seguinte informe: na rede, são filtradas pelo governo as informações sobre sexo, religião, as críticas ao governo, além de menções a Israel e aos EUA. O puritanismo é tanto que estudantes de medicina tiveram bloqueado seu acesso a um site sobre anatomia.