

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro



18

JAN / JUL

2001

ISSN 1516-6104

Departamento de Direito

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 - 22453-900
ou para o e-mail web@jur.puc-rio.br

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE
nº 18 janeiro-julho, 2001

ISSN 1516-6104

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

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

Entorno da Natureza Humana em Kelsen: A Liberdade e a Ordem <i>Adrian Sgarbi</i>	6
Critérios para a Reparação do Dano Moral <i>Carlos Nelson Konder</i>	47
Eles, os Recursos, Vistos por um Advogado (Reflexões em Matéria de Recursos Cíveis) <i>Carlos Roberto Barbosa Moreira</i>	59
Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt <i>Denise Vitale Ramos Mendes</i>	72
Casamento: Habilitação e Celebração no Direito Internacional Privado Brasileiro <i>Nadia de Araujo e Daniela Trejos Vargas</i>	94
Os Juros na Constituição Federal de 1988: Art. 192 §3 <i>Omar Gomes Monteiro de Araújo</i>	120
Defesa da Concorrência no Brasil: uma Abordagem Histórica <i>Patrícia Regina Pinheiro Sampaio</i>	152
<h2>2. Estudos de Direito Comparado</h2>	
A Recepção Legislativa do Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro <i>Antonio Carlos de Almeida Diniz</i>	178

3. Notícias e Informações

Resumos e *abstracts* das Dissertações de Mestrado defendidas
no Programa de Pós-graduação em Teoria do Estado e
Direito Constitucional do Departamento de Direito
da PUC-Rio no 1º semestre de 2001.

Artigos

Entorno da Natureza Humana em Kelsen: A Liberdade e a Ordem

Adrian Sgarbi*

Introdução

A análise que se propõe consiste em evidenciar as interdependências entre a «natureza humana» e as compreensões de «liberdade» e «ordem» em KELSEN. Para tanto, no item (1), afirmações do conjunto teórico kelseniano são trazidas e coordenadas. No item (2), o objetivo encontra-se mantido com a descrição do percurso levado a efeito por KELSEN da mistificação no controle social (2.1.) até o que entende ser a emancipação humana de todo e qualquer animismo (2.2. e 2.3.). No item (3), o direito natural surge como «aprisionamento cognitivo» a valores absolutos-excludentes. Finalmente, no item (4), o articulado de KELSEN converge para o que vê como a única saída para o homem rumo à liberdade: autodeterminação histórica pautada pela ciência.

1. Bondade e maldade: o direito contra as posturas anárquico-coletivas

Há um ponto recôndito na gramática de KELSEN que não se pode traduzir num x, num y, ou num z: submerso em seu manancial teórico se encontra o inefável receio dos impulsos humanos. Eis o porquê: a

* Doutor em direito pela USP.

Agradeço ao Dr. Alan SPIEGEL CORREIA e ao Dr. Fernando QUINTANA pelas observações feitas a precedente versão deste artigo, e ao Dr. Márcio PUGLIESI e Dr.ª Othar MATHIS CARZZA pelos diálogos firmados ao longo de sua elaboração.

natureza primária do *anthropos* não é a lógica¹, mas o instinto de agressão² e a intensa aspiração pelo poder³. Para essa imagem antropológico-pessimista, ainda fornece o fecho: é inaceitável a idéia de uma «ordem natural» de justiça que torne desnecessária a presença do Estado, de seu elemento político-sancionador. Não há a possibilidade de se conceber seriamente uma ordem que encontre suporte numa liberdade identificada com a anarquia ou ideada sob a condição de ausência de atos coercitivos formando assim uma comunidade sem força⁴. Pensar de outro modo, pressupondo que haja uma ordem social imanente à natureza, uma espécie de direito natural que difere do direito positivo pelo fato de não dispor de sanções socialmente organizadas⁵, é manter a crença de que toda a organização dos comportamentos humanos se apóia na obediência voluntária da totalidade dos sujeitos⁶, de uma sociedade pré-estatal paradisíaca caracterizada pelo exercício da liberdade irrestrita de um homem «em si» bom⁷. Essa pretendida idéia de ordem não passa da própria suspensão da ordem, é o restabelecimento do estado de natureza, é o estado de anarquia coletiva⁸.

A ilusão de que é possível «voltar à natureza» baseia-se na crença de que o homem é bom «por natureza». Ela ignora o impulso de agressão inato ao homem. Ignora o fato de que a felicidade de um homem é muitas vezes incompatível com a felicidade de um outro e de que, portanto, uma ordem natural justa, que garanta a felicidade de todos e, por conseguinte, não tenha de reagir a perturbações com medidas de coerção, não é compatível com a «natureza» dos homens, a julgar pelo que conhecemos sobre ela. A «natureza» de uma ordem social natural não é a mesma que a natureza de nossa experiência científica: é um postulado moral. Contar com uma natureza humana diferente da que conhecemos é utopia. Isso não quer dizer que a natureza humana seja imutável, mas apenas que não podemos prever como mudará sob circunstâncias mutáveis [H. KELSEN, 1957a, p. 235].

¹ H. KELSEN, 1933, p. 42.

² H. KELSEN, 1957a, p. 235.

³ H. KELSEN, 1933, p. 45.

⁴ H. KELSEN, 1957a, p. 235.

⁵ H. KELSEN, 1923, p. 54.

⁶ H. KELSEN, 1957a, pp. 233-4.

⁷ H. KELSEN, 1923, p. 54.

⁸ H. KELSEN, 1957a, p. 235.

A narrativa de Kelsen é clara e o dilema também: há uma oposição fundamental entre a ordem social coativa institucionalizada e o desejo anárquico de retorno a um estado de natureza perdido numa projeção utópica de um passado de bondade e de felicidade: uma Idade de Ouro⁹. Ou seja: a «anarquia» não se confunde com a «desordem» ou necessariamente expressa desordem. Daí que nada está a impedir que numa sociedade composta por homens bons e altruístas haja ordem, apesar da anarquia. «Anarquia» é apenas a situação de falta de constrição e de domínio¹⁰. Quer dizer: o «anarquismo» rejeita toda a autoridade, humana ou sobre-humana, negando, por conseguinte, à autoridade, o Estado e à lei, consistindo na libertação de todo poder superior, com o que o homem se afirmaria apenas por suas ações num contexto sócio-político sem as limitações das normas, pois estas seriam desnecessárias¹¹. Mas, em definitivo, para Kelsen, tal sociedade não existe porque o homem não é bom por natureza. Assim sendo, impossível é pensar numa ordem social que prescindia de precauções contra os dissidentes. Fosse assim, essa ordem teria que permitir a todo o mundo fazer ou abster-se de fazer o que desejasse¹². Desse modo tal «estado de natureza» de um homem bom, cujo cenário é de felicidade, resulta do prosaísmo da imaginação ingênua, aí incluídos os profetas de sua atrofia¹³, ou seja, aqueles que idealizam um pós-Estado manifestamente regressivo¹⁴, um ser evanescente, algo que deve perdurar até a chegada da sociedade comunista-anarquista¹⁵, a partir da qual este se encontra anulado, transformado numa mera administração¹⁶. Portanto, sem uma forma coercitiva para inculcar comportamentos não há controle para a maquinação do homem. Nessa ausência, cada indivíduo se torna justiceiro de suas razões antagonizadas, e os instintos egoístas e agressivos dos homens os impulsionam a ir à busca da realização dos desejos de um «Eu» em prejuízo dos demais. É por essa razão que se deve transformar a «liberdade

⁹ H. Kelsen, 1957a, p. 234.

¹⁰ H. Kelsen, 1923, p. 140.

¹¹ G.M. Bravo, 1983, pp. 12-8.

¹² H. Kelsen, 1957a, p. 235.

¹³ H. Kelsen, 1957a, pp. 237-8.

¹⁴ H. Kelsen, 1923, p. 44.

¹⁵ H. Kelsen, 1923, p. 91.

¹⁶ H. Kelsen, 1923, p. 200.

natural» numa «liberdade socialmente estabelecida», uma liberdade metamorfoseada em liberdade controlada e tutelada pelo Estado.

Percebe-se que Kelsen é leitor de Hobbes. E que o «De Cive» e o «Leviatã», respectivamente, são-lhe muito caros, pois não apenas aceita a determinação de que «No estado de natureza, todos os homens têm desejo e vontade de ferir...»¹⁷, mas também teme «(...) uma guerra que é de todos contra todos»¹⁸. Quanto a isso, não pode remanescer qualquer dúvida: a questão da necessidade do direito como específica técnica social de controle dos comportamentos humanos é o que torna o Estado imprescindível para Kelsen. Daí ser descabida, portanto, a construção segundo a qual o Estado seria uma *civitas diaboli* a ser extinto e substituído por uma sociedade sem classes e sem Estado, uma *civitas dei*¹⁹. Porque o Estado é uma organização política cujo elemento especificamente político identifica-se com o uso regrado do elemento da coerção com vistas a tornar possível a co-existência humana. Assim o Estado como «ente» monopolizador da força emprega a força organizada para combater a arbitrariedade dos homens em nome da «comunidade jurídica»²⁰. Força esta que, realizada pelo Estado, cumpre o objetivo de se contrapor à sua utilização pelos indivíduos, pois a substitui, atendendo assim os termos dos próprios valores de aprovação ou reprovação da comunidade pelos atos, nela, cometidos. Com isso, não é fato que o direito exclui a utilização da força – diz Kelsen – antes a autoriza²¹. Mas a autoriza sob o arcabouço de pressupostos que regulamentam seu uso: «o direito é uma organização da força»²², é uma «técnica social que consiste em ocasionar a conduta social desejada dos homens por meio da ameaça de coerção no caso de conduta contrária»²³. E se se concebe a paz como uma condição na qual não há o uso da força, do ponto de vista da metodologia de Kelsen, toda paz jurídica é paz relativa²⁴. «Paz relativa» porque se por um lado o direito priva os indivíduos do direito

¹⁷ Tho. Hobbes, *Do cidadão*, Capítulo I.

¹⁸ Tho. Hobbes, *Leviatã*, Capítulo XIII.

¹⁹ H. Kelsen, 1923, p. 61.

²⁰ H. Kelsen, 1957a, p. 231.

²¹ H. Kelsen, 1960, p. 41.

²² H. Kelsen, 1945, p. 30.

²³ H. Kelsen, 1957a, p. 230.

²⁴ H. Kelsen, 1945, p. 31.

de empregar a força, por outro a pressupõe como uma reação regulada da comunidade como um todo objetivando induzir os indivíduos a não agirem conforme seus impulsos irracionais naturais. É dizer: «ordem social» corresponde a um modelo de vontade «planificada» cujo objetivo consiste em tornar a co-existência humana possível, porque é essa co-existência informada por determinado padrão normativo-constritivo organizador do convívio. Esta a tese de KELSEN: «liberdade» se contrapõe a «construção»; «anarquismo» se contrapõe ao «estatismo»²⁵. De tal modo que ordenamento natural *não*-constritivo e *a*-estatal se contrapõe ao ordenamento artificial constritivo estatal. O primeiro é utópico, o último realista. De todo modo são pontos que não devem ser confundidos: ter postura realista não significa prostrar-se de modo antiutopicamente extremado. As «antiutopias extremadas» são supressoras do que se quer: o estatismo é avassalador, o Estado torna-se concentracionário. Não há a regulação controlada da força para promover a paz relativa que KELSEN indica (porque reguladora das liberdades em conflito), mas a ausência mesmo do que se pode chamar de «liberdade regulada» – existente em planos ficcionais e não ficcionais – por ação, seja de um «Grande Irmão»²⁶, de «uma sociedade dimensionada pelo destino dos laboratórios»²⁷, ou por regimes concentracionários de diverso cariz e de diversos lugares.

De conseguinte, como os teóricos marxistas prevêm o fim do Estado, KELSEN objeta. Em que pese essas dissensões, entende que sempre haverá o instrumento organizativo chamado Estado. Não há como se viver sem a forma de racionalização do instinto conflituoso do homem que é o direito, muito menos sem o que o direito implica: uma força controlada e organizada institucionalmente²⁸. Ou seja: por mais paradoxal que possa parecer, até a liberdade precisa de limites para subsistir. E essa dimensão é fornecida pelas normas socialmente estabelecidas, com o que o direito se presta a minimizar ou limitar os efeitos negativos, pela ameaça do castigo, da própria natureza humana. KELSEN entende que a sanção instiga os indivíduos à reflexão, levando os homens a abandonarem suas inclinações pessoais, paixões, egoísmos e preferências que os retiram do

²⁵ H. KELSEN, 1923, p. 42.

²⁶ G. ORWELL, 1984, diversas passagens.

²⁷ A. HUXLEY, *Admirável Mundo Novo*, diversas passagens.

²⁸ H. KELSEN, 1923, p. 44.

âmbito das ações de sociabilidade. Se o homem é, sobretudo, dotado de razão, é essa razão somada com a força institucional do Estado que viabiliza a existência da sociedade em paz relativa; porque a ameaça leva o homem a sopesar ato-consequência, inculcando-lhe o comportamento adequado. Daí que o direito é instrumento de redução do enfrentamento: ao estabelecer sanção para o comportamento «indesejado» socialmente reforça o comportamento «desejado».

Nessa perspectiva, «a conduta em conformidade com a ordem é conseguida por uma sanção proporcionada pela própria ordem»²⁹, de tal modo que para KELSEN a «não-ordem» é a ausência de um modelo regulador das vontades em conflito. E o sentido da razão normativa consiste na própria causa da não-ordem: é a natureza belicosa do homem que o impede de viver em contexto de liberdade absoluta, sem interferência da parte de uma construção humanamente organizada. E pode-se dizer que essa forma de pensar de KELSEN é o seu golpe da razão: se o homem for bom «por natureza» as normas coercitivas não terão uso. Mas se o homem não for bom «por natureza», é melhor que existam as normas para conter seus ímpetos destrutivos. Quanto a isso, nem as organizações de Deus prescindiram de suas leis. Observe-se, por exemplo, a Bíblia, no Velho Testamento, e o Talmud: apesar de suas diferenças, não deixaram o homem sem regras. Com isso, o direito encontra sua fórmula: a função do direito é promover, através de medidas coercitivas, o aumento das ações de sociabilidade instituindo para o conglomerado humano normas motivadoras de condutas socialmente esperadas, transformando esse conglomerado em grupo social.

Mas KELSEN não se descuida das separações mais finas. Segundo sua terminologia, como a função de toda ordem social é motivar certa conduta recíproca dos seres humanos, essa motivação, como fator de sociabilidade (apetece dizer: fator de sociabilidade psicológico-coativa e físico-constritiva), pode ser tanto «indireta» como «direta»³⁰. Diz-se haver «motivação indireta» quando o homem age nos termos do preceituado, objetivando evitar a situação de dor ou de frustração que as normas irão lhe causar, caso as desobedeça. Com essa atitude, ao evitar o castigo, o homem se comporta sociavelmente. Já a «motivação direta» corresponde

²⁹ H. KELSEN, 1957a, p. 226.

³⁰ H. KELSEN, 1945, pp. 21-3.

às ações que os homens seguem apenas pela circunstância do agente saber que, atuando de determinada maneira, se acha em tudo adequado ao comportamento social esperado: é uma «motivação de origem intelectual»³¹. Sua ocorrência sucede mesmo que a ordem social não estabeleça qualquer promessa de recompensa em caso de obediência e sem que ameace o agente com a punição em caso de desobediência. KELSEN entende que esta modalidade é rara e que, freqüentemente, a motivação de certa conduta recíproca dos seres humanos se promove com a sanção da ordem³²: o medo da desvantagem da ameaça ou o desejo da vantagem prometida são os recursos mais comuns. Sinteticamente: dado o fato da sociedade não poder confiar na totalidade da eficiência das «motivações diretas» é que as «motivações indiretas» tornam-se fundamentais como dever jurídico ou comportamento exigido. E afirmar que há um dever jurídico ou um comportamento exigido é afirmar que se sanciona o comportamento caso a ordem jurídica seja desobedecida em seu modelo. KELSEN diz que «A sanção é tornada conseqüência da conduta considerada nociva à sociedade e que, de acordo com as intenções da ordem jurídica, tem de ser evitada»³³. Para isso nomeia o comportamento indesejado de delito e estabelece o articulado da atuação punitiva e organizada do Estado que substitui as agressões particulares, construindo a figura do «responsável». A responsabilidade jurídica, em KELSEN, longe de ser intrínseca ao sujeito que desatende a norma, lhe é atribuída pela ordem jurídica que sanciona seu ato reprovável. Por essa razão que a figura do delito desempenha em sua teoria uma tarefa essencial para o controle social: o delito é a condição da sanção³⁴. Ou seja: em sua versão no direito não há *mala in se*, apenas *mala prohibita*³⁵. Inexiste *mala in se* porque os atos não são intrinsecamente maus, somente há atos que, valorados, são proibidos ou não, dado que são todos socialmente estabelecidos. E quando proibidos, são sancionados através do reforço constrictivo chamado sanção.

³¹ R. J. VERNENGO, 1972, p. 178.

³² H. KELSEN, 1945, pp. 21-3.

³³ H. KELSEN, 1945, p. 73.

³⁴ H. KELSEN, 1945, p. 75.

³⁵ H. KELSEN, 1945, pp. 73-4.

O direito diz que, se alguém roubar, será punido. A condição decisiva da sanção, embora não a única, é a conduta do sujeito que, segundo o desígnio da ordem jurídica, deve ser evitada – delito. A ordem jurídica, ao vincular uma sanção a essa conduta e, portanto, ao caracteriza-la como delito, procura induzir a conduta oposta – a que não invocará a sanção. Dizer que uma pessoa tem o dever legal de conduzir-se de determinada maneira significa que ela é ameaçada com uma sanção pela conduta contrária, isto é, por um delito. A relação estabelecida pela norma jurídica entre delito e sanção é a relação fundamental do direito, considerado em estado de repouso [H. KELSEN, 1957a, p. 239].

2. Antes e depois do novo Moisés

Do quanto se viu, já se pode alcançar o sentido profundo da argumentação de KELSEN: a necessidade da ordem estabelecida coercitivamente pelo Estado demarca o não retorno do homem ao «estado de natureza», mantendo-o no «estado da sociedade civil». Mas isso não quer dizer que a passagem do homem do «estado de natureza» para o «estado de sociedade civil» tenha ocorrido com o Estado através de seu monopólio da força física. Antes disso já havia uma organização social. A questão, portanto, passa a ser como «sem o Estado» as civilizações se estruturavam considerando que uma ordem constrictiva mínima é necessária para que se firme a sociabilidade no homem.

A lógica da pressuposição ficcional do «contrato social» como origem da sociedade e fundamento do poder político é uma aposta no consenso. Florescida e trabalhada na Europa do século XVII até os fins do século XVIII, com o «contrato» pôs-se fim ao «estado de natureza» demarcando-se, teoricamente, o início ao «estado social e político», uma situação em que os homens passam a conviver nos termos de uma certa organização política, uma organização da sociedade civil³⁶. Em um importante ensaio de 1919 – «Sobre a Teoria das Ficções Jurídicas» –, KELSEN rejeita esse modo de pensar: «A ficção do contrato político, como aquele da liberdade, não serve verdadeiramente como a justificação jurídica da função penal e coativa do Estado»³⁷. E faz isso recusando o caráter ficcional jurídico da teoria do contrato social afirmando que se trata, na

³⁶ N. MATTEUCCI, 1983, pp. 220-31.

³⁷ H. KELSEN, 1919, p. 258.

realidade, de uma construção ética: «O contrato político não é, pois, propriamente uma ficção da teoria do direito, mas sim uma ficção ética, a ficção de uma concepção moral do mundo. Uma consideração teórico-jurídica deve deixar de lado esta concepção – a idéia de uma fundação ética do direito – que é propriamente essa idéia de contrato social»³⁸. A questão, portanto, é a seguinte: em que momento, do conjunto teórico de KELSEN, o homem ultrapassa o estágio instintivo-agressivo-descontrolado para viver em comunidade, viver sob alguma forma de controle?

A técnica jurídica de controle do comportamento social consiste numa combinação de atores, coadjuvantes e conseqüências elaborada pela própria vontade do homem. Mas a etnologia organizativa e sancionadora é mais rica do que o resumo: o tema dos comandos da natureza, do ordenamento cósmico, das determinações de Deus, de um «super-Eu» autocrático, expressa que as raízes e os estágios mentais do processo humano constritivo encontra-se sulcada por muitos níveis de complexificação. As explicações de cunho histórico-fantástico como produto de um desenvolvimento científico ainda tosco indicam isso: há um laço na história do comportamento do homem que não nos deixa estranhar o panteísmo de um ESPINOSA, a presença da equação do talião «olho por olho dente por dente pé por pé», a importância do «angakut = mago» dos esquimós, muito menos o ceticismo de PILATOS diante da verdade de JESUS, ou a conseqüência social-espiritual da morte de um animal pelos nativos do Congo na África. No trabalho «Sociedade e Natureza», do período estadunidense, ano de 1943, como igualmente no ensaio «Causalidade e Retribuição», de 1941, KELSEN analisa esses dados atentamente. Com específico sentido: procura demonstrar que a interpretação do papel da natureza feita pelo homem foi significativa no sentido de organizar socialmente os comportamentos, isso, até a emancipação do homem diante dessa mesma natureza interferente e animista, – ou ao menos até que Isaac NEWTON se tornasse o novo MOISÉS³⁹ – o que possibilitou, por conseguinte, sua autodeterminação histórica diante das normas que devem ou não ser produzidas com o objetivo de regular as relações mútuas e como tal interpretadas e racionalizadas nos termos de certa base reguladora.

³⁸ H. KELSEN, 1919, pp. 258-9.

³⁹ I. PRIGOGINE/I. STENGERS, 1984, p. 19.

2.1. Animismo, retribucionismo e fantasia: Kelsen entre oráculos e druidas
«A doutrina do direito natural...», diz KELSEN, «...tenta fornecer uma solução definitiva para o eterno problema da justiça, responder à questão quanto ao que é certo e errado nas relações mútuas dos homens». E ainda: «Na etapa mais inferior da civilização humana, essa interpretação da natureza manifesta-se no chamado animismo. O homem primitivo acredita que as coisas naturais – animais, plantas, rios, as estrelas no céu – são animadas, que espíritos ou almas encontram-se dentro ou por trás desses fenômenos, e que, conseqüentemente, essas coisas reagem sobre o homem como seres pessoais, segundo os mesmos princípios que determinam as relações do homem com seus semelhantes»⁴⁰. Essa um tanto extensa citação de KELSEN serve-nos para pôr em destaque o seguinte: enquanto perdurou o «princípio da retribuição» e se fez ausente o entendimento do «princípio da causalidade», o «homem primitivo» não teve condições de entender a divisão entre «leis da natureza» e «leis sociais», com o que tudo se encontrava compreendido pela idéia de «resposta dos espíritos que habitam a natureza» e não por um conhecimento objetivo⁴¹. Faltando ao pensamento primitivo uma visão objetiva do mundo, o homem primitivo construíra seus oráculos e druidas, atribuindo à natureza vontade e intencionalidade, como se estivesse habitada por espíritos que comandam e cobram⁴², o que vem a se chamar de «animismo». Por «animismo», portanto, entende-se o modo de pensamento ou sistema de crenças em que se atribui a seres vivos, objetos inanimados e fenômenos naturais um princípio vital pessoal. A ordem da vida social – como processo da projeção animista – era assim obtida pela crença na ação interferente de seres que se acreditava habitarem todos os objetos do mundo externo. A partir desse entendimento, em um interessante trabalho de 1936, «A Alma e o Direito», KELSEN atesta a idéia da imortalidade da alma como núcleo fundamental da metafísica e como questão relevante para a análise do pensamento primitivo⁴³. Segundo KELSEN, no pensamento primitivo há uma clara distinção entre a alma dos vivos e a alma dos mortos: ao primeiro concerne aos

⁴⁰ H. KELSEN, 1957b, pp. 137-8.

⁴¹ H. KELSEN, 1943, p. 40.

⁴² H. KELSEN, 1943, p. 41.

⁴³ H. KELSEN, 1936, p. 77.

acontecimentos psicológicos; ao último se atribui a crença na transcendência e o intervir do mundo espiritual no mundo dos vivos. Obviamente a crença na alma dos mortos encontra-se vinculada aos estímulos emocionais, enquanto a dos vivos explica a capacidade de criação do homem. Mas uma mantém relação com a outra de tal modo que em suas inter-relações possuem uma função essencialmente social. Daí que a unificação da alma dos vivos e a dos mortos, considerando-se tudo como alma, sucede apenas num período avançado da psique humana, porque está presente quando as interferências espirituais deixam de ser a forma de controle da organização social para ficarem circunscritas apenas ao âmbito da fé⁴⁴. Assim é que a falta de conhecimento e a expressiva presença das emoções freqüentemente levaram os povos primitivos a conceberem o nascimento não pelo nexos entre relações sexuais e gravidez, pois ignoravam tudo isso, mas pelo evento social de uma alma de algum morto garantir a perpetuação do grupo. Do mesmo modo, a morte era tida como provocada por algum espírito⁴⁵. Por outras palavras: havia uma «morte substantivada» em materializações do agir espiritual⁴⁶, com o que toda morte é um assassinato⁴⁷, e todo nascimento redenção. Assim é que esses seres possuiriam, segundo essa visão, um poder superior, poder superior este que, mediante ritos, era possível pedir proteção ou auxílio, mas que, desagradados, não titubeavam em demonstrar o desagrado, infligindo severas punições ao grupo. Ou seja: o mundo no qual o homem se encontrava inserido era cercado por inúmeros mistérios, acontecimentos inexplicáveis para seu estágio de percepção das coisas. E o que desconhecia provocava emoções de esperança ou temor, desejo ou terror, satisfação ou desilusão⁴⁸. Esses sentimentos, desse modo, instigavam a fantasia. Com ela, o homem primitivo apenas podia ver nos acontecimentos físico-naturais ações de habitantes da natureza que deveriam respeitar e agraciar com oferendas e sacrifícios objetivando não lhes despertar a ira.

⁴⁴ H. KELSEN, 1936, p. 79.

⁴⁵ H. KELSEN, 1936, p. 79.

⁴⁶ H. KELSEN, 1936, p. 81.

⁴⁷ H. KELSEN, 1936, p. 86.

⁴⁸ H. KELSEN, 1943, p. 10.

Resulta quase desnecessário dizer que o componente emocional é o mais antigo ou, pelo menos, o elemento originariamente mais vigoroso. Tem-se encontrada a expressão certa para tal fato quando se afirma que no começo a conduta humana estava determinada essencialmente pelo desejo. Disso se pode explicar a posição preponderante que a chamada «magia» ocupa na vida do homem primitivo. De fato quanto menos domínio técnico exerce o homem sobre a natureza, mas se dirige com seus desejos, expressados numa linguagem peculiar de signos, de seres sobre-humanos. Especialmente porque espera que os poderes desses seres satisfaçam as vontades que imagina. Não há razão que faça supor entre os homens primitivos uma tendência acentuada à cognição ou um desejo direto de uma explicação objetiva do mundo, é dizer, uma explicação independente de seus desejos ou temores e livre de toda valoração; inclusive o homem civilizado médio trabalha em menor grau pelo conhecimento objetivo que pelos juízos de valor, e, com eles, com uma justificação de seus interesses individuais a luz de interesses coletivos (que se apresentam ideologicamente como normas) [H. KELSEN, 1943, pp. 8-9].

E tudo se explica da seguinte maneira: como o novo para o homem primitivo implica no sentimento de medo, e, não, na curiosidade de explicá-lo, a ausência do pensamento causal-objetivo e a presença do pensamento causal-subjetivo abre margem para o raciocínio de retribuição-recompensa e retribuição-castigo conforme interpreta, do ocorrido, sua reação emocional, com o que o «efeito» é atribuído a uma «causa inadequada», embora satisfatória para justificar condutas pessoais e os infortúnios. Os malaios Sakai lançam ao céu flechas envenenadas, enquanto as mulheres marcam a terra, dizendo: «— Saiam e deixem-nos sós. Não te causamos dano algum assim não nos puna!»⁴⁹. Tudo com o objetivo de afugentar os raios. Numa lenda dos esquimós o ataque de um urso polar era interpretado como o espírito de uma mulher que entrou no corpo do animal para vingar-se do sofrimento que havia passado em vida, o que servia de controle para as relações de respeito⁵⁰. Os índios norte-americanos Selknam possuem a crença de que, quando muitos animais são mortos num período de abundância de caça e se

⁴⁹ H. KELSEN, 1943, p. 107.

⁵⁰ H. KELSEN, 1943, p. 142.

deixa carne estragar, os espíritos desses animais se vingam, o que possibilita o controle sobre o desperdício⁵¹. Com isso entende KELSEN que apenas a partir do surgimento do interesse de entender objetivamente os fenômenos da natureza que as conexões de retribuição foram afastadas, possibilitando compreensões independentes das respostas emocionais elaboradas no âmbito da crença. Assim sendo, a debilidade de reflexão crítica e a incompreensão do homem primitivo de sua individualidade fizeram com que visse um mundo cercado por espíritos poderosos com força sobre-humana e interferentes em seu grupo social⁵², antes mesmo do surgimento do Estado como comando forte e centralizado. O medo dos mortos e o receio de sua vingança importaram, assim, na afirmação costumeira de se repetir determinadas condutas concebidas por corretas em detrimento de outras tidas como incorretas. «Os mortos governavam os vivos; o passado era considerado, portanto, sagrado. Somente o que os antepassados faziam é o que se deve fazer; e, com o objetivo de ter êxito ao se conjurar uma desgraça, deve-se portar sempre da mesma forma»⁵³. A verdade ritual era alcançada não porque se confrontavam as situações com a realidade empírica percebida pelos sentidos, ou por uma confirmação da razão, senão porque de longa época fora transmitido o conhecimento pelos antepassados e que, por isso, se deveria seguir; de fato essa forma de organização constituiu uma ordem promovida pela «autoridade dos antepassados»⁵⁴.

O temor das almas dos mortos, isto é, temor da vingança que podem exercer sobre os que violam a ordem social, assim como a esperança de proteção e apoio no caso da conduta correta, em síntese, crença na função de retribuição das almas dos mortos, é à base do culto aos antepassados, tão difundido nos povos primitivos. Os antepassados são tudo e tudo fazem. Os que vivem nada são. Os etnólogos concordam em manifestar que o homem primitivo, diferentemente do homem civilizado, não se considera a si mesmo o «Senhor da Criação», superior aos animais, plantas e objetos inanimados, senão igual, quando não, às vezes, inferior a eles, os tratando a todos com respeito e medo.

⁵¹ H. KELSEN, 1943, p. 134.

⁵² H. KELSEN, 1943, p. 13.

⁵³ H. KELSEN, 1943, p. 88.

⁵⁴ H. KELSEN, 1943, p. 13.

Tal atitude se conforma à situação efetiva do selvagem, que se encontra na árdua luta com os perigos da natureza, que o ameaçam de todos os lados, e particularmente com os animais, freqüentemente muito mais fortes. Resulta fácil compreender o motivo pelo qual vê forças sobre-humanas nesse mundo ameaçador; e é possível também compreender que em tais circunstâncias não possa ter surgido essa orgulhosa consciência do Eu que separa o homem civilizado da natureza, e que dela faça assenhorear-se tecnicamente, especialmente dos animais, que estão inteiramente subordinados [H. KELSEN, 1943, pp. 15-6].

Com efeito, embora o homem primitivo fosse regido pelos comandos de uma «interpretação social da natureza» (dado que o homem primitivo entende os fatos naturais como ações de seres pessoais que participam da sociedade impondo comportamentos mediante punição), essa forma de organização, ainda que rudimentar, corresponde a uma espécie de ruptura com seus impulsos «naturais» porque os homens não se encontram soltos e livres agindo segundo seus instintos egoístas. Eis o que significa: «As condutas estão determinadas pelo fato de que há sanções instituídas pelas autoridades sobre-humanas; essas sanções são a garantia da ordem social e estabelecem assim os deveres sociais dos indivíduos»⁵⁵. A ordem natural e a ordem social fazem parte de uma mesma realidade: «Se a segunda é violada, a primeira responde»⁵⁶, com o que os seres pessoais imaginados nos fatos da natureza representam realmente a autoridade social. A natureza constitui parte da sociedade, constitui a regra para o convívio dos homens. Isso é o que KELSEN chama de «princípio da retribuição»⁵⁷: a concepção segundo a qual o bem merece recompensa e o mal merece punição implicando na crença emocional de que a natureza não apenas se relaciona com os atos humanos, mas os reprime caso haja algum tipo de desagrado. «A relação do homem primitivo com a natureza se baseia...», afirma KELSEN, «...não sobre a idéia de uma conexão objetiva dos fatos, isto é, sobre a suposição de um nexos causal produzido por forças impessoais, senão sobre a idéia de uma conexão entre duas pessoas, sobre a suposição de uma relação

⁵⁵ H. KELSEN, 1943, p. 71.

⁵⁶ H. KELSEN, 1943, pp. 71-2.

⁵⁷ H. KELSEN, 1957c, p. 302.

social»⁵⁸. Certo é, contudo, que essa projeção animista-retribucionista resultava, em última análise, de algum grau de um princípio moral, demais de uma forma de se estruturar o laço de direitos e deveres com o temor, reforçando o cumprimento e a determinação da inviolabilidade da ordem social, pois, caso houvesse algum tipo de desvio, o firme convencimento da punição de todo o grupo fazia com que o próprio grupo antecipasse a punição do transgressor com a finalidade de que a comunidade fosse poupada, de tal modo que o «princípio da retribuição consubstanciava a norma básica da sociedade primitiva»⁵⁹.

2.2. O mito de Édipo como narrativa de Darwin

Mas a fantasmagoria compreende ainda outra camada explicativa, a psicológica. Assim é que KELSEN, em uma interessante preocupação com a formação do grupo e o Estado, inicia uma série de estudos cuja variante temática se envolve com as pesquisas levadas a efeito por Sigmund FREUD⁶⁰. E isso é perceptível, mais diretamente, em ao menos três ensaios: «O Conceito de Estado e a Psicologia Social», de 1922, «Deus e o Estado», de 1922-1923, e «O Conceito de Estado e a Psicanálise», de 1927.

Essas são as informações que estão a nos importar: FREUD, na obra «Totem e Tabu», escrita em 1912-1913, num total de quatro ensaios, a partir de uma conjectura de Charles DARWIN⁶¹, estabelece uma teórica hipótese primordial com vistas a analisar o problema da psicologia dos povos e a origem das mais importantes instituições: os ordenamentos estatais, a moralidade e a religião⁶². Esses são os termos de sua incursão hipotético-antropológica: havia inicialmente uma horda submetida ao domínio despótico de um macho que não apenas se apropriava das fêmeas, mas impedia que os demais machos, seus filhos adolescentes, satisfizessem seus impulsos sexuais diretos. Um dia, os irmãos banidos, partilhando de um ato de violência coletiva, matam e comem o cadáver do pai, pondo fim àquela estrutura de organização social selvagem⁶³. Todavia sentem remorso pelo feito, o que faz com que reneguem o ato

⁵⁸ H. KELSEN, 1943, p. 72.

⁵⁹ H. KELSEN, 1943, p. 105.

⁶⁰ M.G. LOSANO, 1992, pp. 175-8.

⁶¹ L.B. RITVO, 1990, pp. 132-6.

⁶² S. FREUD, 1914, p. 410.

⁶³ S. FREUD, 1913, p. 110.

cometido constituindo de conseguinte uma nova forma de organização social para o grupo: renunciam à posse das mulheres do clã do pai (exogamia) e proíbem o assassinato do substituto do pai (o totem). Dois pontos devem ser destacados. Em primeiro lugar, nos termos da hipótese da «horda primal»⁶⁴, o ato primordial centra-se no impulso sexual proibido. Em segundo lugar pode-se entrever a identificação do grupo com o líder, no sentido de que o líder que representava a opressão sexual e estruturava a horda continua a influenciar a «nova organização nascida» porque após a morte do pai este continua a organizar o grupo sob a forma de «tabu» (o grupo encontra-se privado da possibilidade de possuir mulheres do mesmo grupo). Interessa notar que FREUD assim historia o «mito de Édipo» e a proibição do incesto, pois, em tese, como o pai tomava todas as mulheres, elas eram mães de todos os machos da «horda primal». Com isso, há dois desejos «recalcados»: o do incesto e o de matar o pai. Por fim, a identificação entre os clãs na sucessão de gerações encontra-se representada por um animal para cada clã exogâmico («transferência» da representação do pai morto para um animal), de tal modo que se consegue dessa forma se chegar à hipotética «unidade original» das plurais realidades etnográficas em jogo. Por outras palavras: FREUD elabora, sob o viés psicanalítico, uma teoria do poder com a) um ato fundador que demarca a transição de um estágio selvagem para uma nova fundação (que se processa com o assassinato do pai); e b) uma normatividade reguladora do grupo (tabu). Nesse sentido, toda sociedade teria por base um regicídio, seguindo-se com uma necessária reconciliação com a imagem do pai que, por conseguinte, possibilitaria a «consciência» e a sobrevivência do grupo.

Para FREUD, em trabalho que KELSEN não ignora⁶⁵, «Psicologia de Massas e Análise do Ego», há no âmbito dos grupos àqueles que possuem e aqueles que não possuem «líder». Aqui, promove a distinção entre «grupos primitivos e variáveis» e «grupos artificiais e estáveis». Os primeiros possuem um líder real ao passo que os últimos apresentam uma idéia substitutiva da figura do líder corporificada na pessoa de um líder secundário. Segundo KELSEN, o Estado corresponde a essa idéia diretora secundária que se distingue das concepções de religião, nação,

⁶⁴ L.B. RITVO, 1990, p. 135.

⁶⁵ H. KELSEN, 1922, pp. 326-7.

etc., por seu conteúdo específico⁶⁶. E, de fato, a própria realização dessa idéia está ligada aos fenômenos psíquicos da psicologia do grupo, como «laços libidinais», «regressões associadas», como foi trabalhado por Gustave LE BON⁶⁷ e que FREUD retratou em suas considerações. Nesse plano o que importa é que FREUD entende haver três grandes concepções de mundo: a) a concepção animista; b) a concepção religiosa; e c) a concepção científica. Mais ainda: que, embora a concepção animista não constitua ainda uma religião, contém premissas que mais tarde construirão às religiões⁶⁸. Para duas idéias de FREUD, KELSEN atribui particular importância: a unidade social promovida pelo animal totêmico que é devorado pelos indivíduos de uma mesma associação; e a unidade social assumida com certo caráter religioso, pois o animal-totêmico constitui a própria deidade⁶⁹. Este o motivo: entende KELSEN que o problema central da teoria jurídica aplicada ao Estado concerne à questão entre a relação entre o Estado e a lei. Contudo essa relação tem sido tratada de modo lamentável: alguns autores concebem o direito como predecessor lógico e cronológico do Estado enquanto outros entendem ser o direito posterior ao plano existencial estatal de tal modo que o Estado o cria. As idéias de FREUD auxiliam KELSEN a chegar ao devido esclarecimento. Ora, se para FREUD – que no particular assume o ponto de partida de Robertson SMITH⁷⁰ – o vínculo social que o totem promove é uma união realizada pelo próprio caráter religioso do cerimonial totêmico de partilha do animal que se sacrifica, com o que todos que dele se alimentam são parentes, KELSEN entenderá que há um perfeito paralelismo entre essas considerações e sua teoria do Estado⁷¹. Como o caráter do cerimonial de se alimentar do animal sacrificado que une o grupo e o símbolo totêmico-regulador do grupo consubstanciam âmbitos distintos apenas em sede psicológica (porque de fato é o próprio grupo que constitui as regras que reverberam para todos os parentes unindo-os em um só grupo exogâmico), o Estado e o direito expressam uma única e mesma realidade, embora psicologicamente tenha-se o impulso de

⁶⁶ H. KELSEN, 1922, p. 327.

⁶⁷ G. LE BON, 1895, pp. 9-20.

⁶⁸ S. FREUD, 1913, p. 83.

⁶⁹ H. KELSEN, 1922, pp. 338-9.

⁷⁰ S. FREUD, 1913, p. 136.

⁷¹ H. KELSEN, 1919, p. 167.

distingui-lo do direito, num ato humano que é reminiscência do pensamento «primitivo» e do animismo que o informava. Assim é que a duplicação de análises que põe o direito por um lado e Estado por outro é uma mera continuidade projetiva psicológica dos indivíduos, demais de uma tendência de se visualizar, num verdadeiro «misticismo jurídico» de um impulso «antropomórfico», uma pessoa chamada Estado, sujeito de direitos e deveres, distinta do próprio direito, vale dizer: uma necessidade que o homem possui de personificar o sujeito jurídico com uma alma jurídica⁷². Nesse sentido, KELSEN afirma que daí decorre uma duplicação desnecessária e imprópria entre Estado e direito, pois ambos são uma mesma coisa: criação do homem.

Assim se a religião e a organização social, numa análise psicológica, entremostam conexões expressivas, pois a religião é a organização de Deus na terra, é uma forma de autoridade que se imiscui na consciência dos que crêem, com o que se percebe que a religião se cristaliza ao redor da fé numa autoridade superior aos seres humanos, que condiciona a existência e determina os comportamentos⁷³, o problema da duplicação não é estranho à teologia⁷⁴. E isso porque colocam no mesmo grau a essência da organização social que as normas jurídicas e a religião promovem, embora as esferas de alcance sejam decerto diversas: ambos são um modo de conter, com um grande poder de uma autoridade (Deus por um lado e Estado por outro), os instintos humanos de agressão tornando possível o convívio⁷⁵. Mas que se perceba com toda clareza: embora se conceba como autoridade absoluta à autoridade de Deus (pois apenas Ele é onipotente, onisciente e onipresente), Este o é apenas para um crente. Por isso, KELSEN entende serem comparáveis a posição ateuista e a do anarquista teórico: enquanto o primeiro nega o poder ou mesma a existência de Deus, os últimos não aceitam o Estado e suas leis como forma de organização social, pois esta apenas pode ser livre⁷⁶. Assim, natureza e sociedade se contrapõem. De todo modo, o «caminho teológico» não está completo com o mero reconhecimento da autoridade sobre-humana de Deus. Do mesmo modo que psicologicamente o

⁷² H. KELSEN, 1922/23, pp. 240-1; 244.

⁷³ H. KELSEN, 1927, pp. 139-40.

⁷⁴ H. KELSEN, 1923/23, p. 172.

⁷⁵ H. KELSEN, 1922/23, p. 140.

⁷⁶ H. KELSEN, 1922/23, p. 162.

«totem se faz presente entre os homens» com a representação de um animal-totêmico, na criação da comunidade religiosa há que existir um Filho de Deus que igualmente faça presente a imagem de Deus. Quer dizer: se há a função psicológica que torna o totem presente, o pai (que em última instância representa as regras do clã), o Filho de Deus, de modo em tudo semelhante, lembra aos que nEle crêem que há regras e há uma organização a se atender. Portanto: em ambas as situações prefiguradas há uma autoridade sobre-humana, distinta dos indivíduos, mas que agrega os indivíduos numa mesma comunidade, seja de parentesco (no caso do totem), seja daqueles que crêem (no caso da religião), estruturando-as sob uma unidade, em um só e único Ser⁷⁷. Ou seja, a posição dessa unidade cumpre duas funções: uma, o valor supremo, a expressão mais elevada de dada comunidade; outra, o bem absoluto como causa final. Com isso, a posição é «justificadora» de cada obrigação além de soar como mandamento «da natureza» porque todos devem cumprir, donde se extrai sua perfeição. Nesse sentido – e agrupando os argumentos atrás enunciados e os de agora –, pode-se perceber que os «primitivos» tampouco distinguiam as regras e os comandos da natureza, pois faziam parte de uma mesma unidade comandada por entes espirituais⁷⁸. Em sua compreensão, a entidade espiritual se apoderava habitando tanto às águas, quanto às árvores e as estações, como impedia que um irmão de uma mesma comunidade subtraísse a vida de outro irmão⁷⁹, fazendo assim parte de uma mesma concreta realidade que ele pode constatar através de sua visualização empírica (que nada mais é do que a projeção do que sente). Sendo assim, se FREUD assinala o animismo como um sistema de pensamento que permite enxergar o mundo como uma totalidade segundo o princípio exaustivo do comando dos espíritos que animam todas as coisas⁸⁰, KELSEN consigna essa compreensão ao mesmo tempo em que percebe sua importância para a organização normativa do «homem primitivo»⁸¹. Isso porque, apenas quando for procedida a separação entre a lei da natureza e a lei social, instante do pleno esclarecimento da esfera de atuação da

⁷⁷ H. KELSEN, 1922/23, pp. 140-1

⁷⁸ H. KELSEN, 1922/23, p. 141.

⁷⁹ H. KELSEN, 1922/23, p. 140.

⁸⁰ S. FREUD, 1913, pp. 81-3.

⁸¹ H. KELSEN, 1922/23, p. 142.

divindade (além) e da esfera das normas do Estado (aqui), é que a autodeterminação humana se desenvolverá com a clareza como resultantes de valores humano-sociais. Mas deve-se bem compreender a razão pela qual a religião e o comando de uma autoridade social expressam, sob o campo psíquico, semelhante vínculo, KELSEN sabe, e isso faz parte apenas subliminar de seus argumentos quando se centra no exame do fundamento da autocracia, que há uma forte propensão de se aceitar a «verdade absoluta» daquele que está no comando por parte dos comandados como dos que se envolvem sob certa crença religiosa. É que a autoridade religiosa e a autoridade social – e isso igualmente extrai da leitura que faz de FREUD – operam de um modo em tudo semelhante em termos de experiência psíquica⁸². Porque a relação do filho com o pai, que ingressa na mente da criança como um verdadeiro gigante, como portador de uma força superior, se constitui com a figura do pai fixando-se como a autoridade por excelência para a criança. Daí que cada autoridade é vista como o próprio pai, ou substituto do pai, o que não raras vezes, resulta em sua divinização e admiração ocasionando a obediência⁸³. Com isso – e no contexto – ecoa significativamente o trecho de «Pandora» de GOETHE: «Oh pai meu! Um pai é sempre um Deus!». KELSEN nesse aspecto afirma que não surpreende o fato de que nas religiões não é incomum chamar Deus de Pai⁸⁴. O ponto significativo desse argumento é que KELSEN entende que, na leitura dessa autosujeição, não pode escapar o fato da «vontade de potência» psicologicamente vinculada ao rito religioso que impele ao domínio em nome da divindade⁸⁵. Essa exclusão dominadora da vontade do outro diante da verdade da religião própria é uma exigência de submissão daquele que crê diante daquele que não crê ou crê em outra divindade: de uma impossibilidade de tornar o não-crente na divindade de um modo direto, decorre a submissão ou o impulso de submetê-lo ao domínio da mesma divindade indiretamente submetendo «a minha autoridade», pois é a autoridade do que eu creio que age por via transversa pelo meu ato, de tal modo que o não crente deve se tornar meu súdito⁸⁶.

⁸² H. KELSEN, 1922/23, p. 144.

⁸³ H. KELSEN, 1922/23, p. 144.

⁸⁴ H. KELSEN, 1922/23, pp. 144-5.

⁸⁵ H. KELSEN, 1922/23, p. 145.

⁸⁶ H. KELSEN, 1922/23, p. 145.

Para KELSEN, quando isso ocorre, o domínio em nome de uma «bandeira religiosa» demarca a exaltação do grupo enquanto símbolo. E eis o que afirma em uma passagem destacadamente longa:

Assim como o primitivo em certos momentos, quando assume a máscara do animal totêmico, isto é, do ídolo da sua estirpe, pode cometer todos aqueles excessos que de um outro modo lhe seriam vedados por normas rigorosas; assim o homem civilizado, sob a máscara de seu Deus, da sua nação ou de seu Estado, pode insuflar todos aqueles instintos que ele, como simples membro do grupo, deve, no próprio âmbito do grupo, reprimir escrupulosamente. Enquanto cada um que luta por si é desprezado enquanto lutador, cada um pode sem vergonha lutar pelo seu Deus, pela sua nação, pelo seu Estado, embora assim atenda apenas à sua própria vaidade, mas enquanto não se considera o indivíduo como tal em nada se encontra restringido em sua legitimidade para agir, para dominar os outros, pois isto não é menos o seu direito supremo de fazer tudo em nome de Deus, da nação e do Estado, que, por causa disso mesmo, ama como o «seu» Deus, a «sua nação», e o «seu» Estado, e com os quais, idolatrando, ele se identifica» [H. KELSEN, 1922/23, p. 145].

Retirado o teatro político o que ocorre nada mais é que homens submetendo homens, o triunfo de uns sobre os outros. É dizer: a mesma realidade de um *homo homini lupus* coloca-se para FREUD. Como ele mesmo está a dizer, «as paixões instintivas são mais fortes que os interesses razoáveis. A civilização tem de utilizar esforços supremos a fim de estabelecer limites para os instintos agressivos do homem e manter suas manifestações sob controle por formações psíquicas reativas»⁸⁷.

Esses desdobramentos para KELSEN têm um particular significado, pois o Deus nacional nada mais é que a nação personificada como Estado e que, como organização religiosa, funde a Igreja e o Estado⁸⁸. Fusão esta que foi cedendo espaço cada vez mais, na medida em que a independência da posição dos homens foi sendo elaborada diante da posição da religião que, igualmente, com a idéia do «livre-arbítrio», consignou o seu lugar extraterreno e, por isso, de punição extraterrena. O Estado e a

⁸⁷ S. FREUD, 1930, p. 282.

⁸⁸ H. KELSEN, 1922/23, p. 150.

regulação dos comportamentos, portanto, em que pese algumas concepções dualistas que apresentam o resquício da nascente do pensamento primitivo, fazem parte de uma mesma realidade, a realidade jurídica constituída pela vontade humana. Com isso, tanto as normas, como a própria existência do Estado, resume-se a pontuações de vontade que atribuem a determinadas situações certos efeitos, são imputações (atribuições), enfim. Porque uma ação humana apenas pode valer como ato do estado quando e somente quando é assim qualificada por determinada norma jurídica pertencente ao ordenamento jurídico, o que pode ser sinteticamente explicitado nos seguintes termos: o Estado se identifica com o direito, com as determinações qualificadoras de determinadas ações humanas.

Mas, se essas reflexões kelsenianas resultam na correlação entre Estados concentracionários que intentam impor seu sistema sob um governo autocrático, a questão da passagem do estágio primitivo para o estágio da análise das causas físico-naturais decorre de um processo paralelo. É que para KELSEN um grupo social organizado nos termos do princípio da retribuição é um grupo regido por um «Eu fraco»⁸⁹. «Eu fraco» porque corresponde a uma parca noção do indivíduo das possibilidades de realização humana, fazendo com que o mundo incompreendido seja interpretado nos termos de seus temores, sem explicações objetivas: o mundo dos espíritos e o mundo terreno são um só, e o mundo espiritual é interferente no humano. Encontra-se aqui não apenas um descompasso entre o «emocional» e o «racional» com a prevalência do primeiro sobre o último, mas também uma falta da capacidade de abstração. «Falta da capacidade de abstração» porque o homem primitivo, ao imaginar poderes pertencentes à natureza, concebe a natureza como um «ser concreto» capaz de ações concretas. Daí que o «Eu fraco» precisou ser superado por um «Eu forte»: por um homem não apenas interessado em compreender objetivamente o mundo que o cerca, mas igualmente com plena consciência de sua capacidade de domínio. E é exatamente esse «Eu forte» que resultará no ímpeto de domínio do homem sobre outros homens e sobre a própria natureza. Para isso o homem teve que deixar de perguntar: «Quem fez isso?» Para questionar: «Como isso se sucedeu?»⁹⁰. Em síntese: o «pensamento

⁸⁹ H. KELSEN, 1943, p. 37.

⁹⁰ H. KELSEN, 1943, p. 69.

primitivo», mesmo depois de ter constituído o grupo, teve que ser vencido para que fosse possível ao homem buscar as causas regulares e necessárias dos acontecimentos excluindo-se qualquer justificação emocional⁹¹.

2.3. O legado dos atomistas e o princípio da indeterminação de Heisenberg

Segundo François JACOB⁹², todo ente ou fenômeno histórico responde à possibilidade do seu existir. As explicações, portanto, seguem o rumo de suas condições de possibilidade. Nenhuma explicação histórica pode escapar de ir a um fato real, nenhuma explicação histórica pode escapar à plausibilidade empírica. Talvez seja por isso que KELSEN tenha sentido a necessidade da busca etnográfica: a noção de retribuição e a noção de causalidade correspondem a certa evolução do ideal científico e crítico do homem. Mas ainda que recorra à história para compreender esse processo, não prescinde das suposições. Diz KELSEN: «Estamos supondo aqui que a causalidade não é uma forma de pensamento da qual a consciência humana seja dotada por necessidade natural(...), mas que houve períodos na história do pensamento humano em que os homens não pensavam causalmente»⁹³. E ainda: «Estamos também supondo que a lei da causalidade como princípio do pensamento científico surge em um nível relativamente elevado do desenvolvimento mental»⁹⁴. E esse é o ponto: entende KELSEN que uma importante mudança se iniciou no século V a.C com os atomistas LEUCIPO e DEMÓCRITO: a consideração segundo a qual o universo não seria composto por uma regente vontade divina, mas sim por partículas infinitesimais que formam todas as coisas. Ou seja: os átomos, cujo movimento de autocomposição encontra sua causa no princípio «os semelhantes interagem». Mas deve-se a ciência natural do século XVI de BACON, GALILEU e KEPLER a continuidade da desmistificação promovida pelos atomistas. Apesar disso, não apenas o caráter explicativo mitológico-religioso calcado na retribuição esteve presente na Grécia antiga, como o princípio explicativo-causal não se completou com a oposição ao dogmatismo religioso, pois apenas no século XIX, com REICHENBACH, ocorreu a modificação do critério da necessidade das ocorrências reativas para a de probabilidade⁹⁵.

⁹¹ H. KELSEN, 1943, p. 69.

⁹² F. JACOB, 1973, p. 117.

⁹³ H. KELSEN, 1957c, p. 301.

⁹⁴ H. KELSEN, 1957c, p. 301.

⁹⁵ H. KELSEN, 1957c, pp. 303; 310; 312; 317.

Os povos primitivos não entendiam os acontecimentos físico-naturais causalmente, mas sim conforme certa interpretação social dos mesmos, nos termos do comportamento dos indivíduos e da retribuição. E isso se deve não apenas ao estágio rudimentar e o modo com o qual chegavam ao «conhecimento», mas também ao impulso de se encontrar explicação para as coisas e à solução substitutiva para o inexplicável: na falta de recursos maiores de interpretação, os mitos tomam o lugar da ciência. Côncio disso, KELSEN apresenta a Grécia antiga como o berço da primeira grande tentativa de se compreender cientificamente a realidade⁹⁶. De fato: em que pese à «Teogonia» de HESÍODO, as especulações sobre a existência de uma lei para a natureza encontraram no problema da *physis* o que pode ser chamado de ciência grega. De um «tudo é água», de um *apeiron*, e do elemento primário «ar», a unidade da natureza e a origem de todas as coisas foi passando por diversas explicações desde TALES, fundador da escola milesiana, século VI a.C, o primeiro a firmar a idéia de uma «substância fundamental»⁹⁷. Como resultado de observações progressivas, e da atenção voltada para os acontecimentos do mundo natural, entende KELSEN que a cosmogonia que explicava o surgimento do mundo como a luta entre entidades personificadas foi sendo afastada. E nisso consiste a ciência ou, para utilizar uma expressão de Karl POPPER, «a meta da ciência»: «encontrar explicações satisfatórias de qualquer coisa que nos impressione como necessitando de explicação»⁹⁸. Mas a filosofia natural grega era ainda afetada pelos valores das projeções sociais de convivência, de tal modo que o esquema ternário que estruturava a cosmogonia mítica foi conservado: pensava-se no surgimento do «mundo», do «homem», e da «cidade»⁹⁹. De todo modo, a teoria da investigação da natureza continua a merecer o atributo de racional porque havia deixado de explicar o mundo por uma luta entre deuses para concebê-la como luta entre realidades «físicas»¹⁰⁰. Nisso os atomistas desempenharam um papel destacado¹⁰¹. Quando LEUCIPO, originário de Mileto, atribui ao «cheio» e ao «vazio» a constitutividade

⁹⁶ H. KELSEN, 1957c, p. 303.

⁹⁷ W. HEISENBERG, 1958, p. 88.

⁹⁸ K.R. POPPER, 1973, p. 180.

⁹⁹ P. HADOT, 1995, p. 27.

¹⁰⁰ P. HADOT, 1995, p. 28.

¹⁰¹ W. HEISENBERG, 1958, p. 87.

das coisas existentes, e não aos deuses, propriamente des-deifica as reações da natureza¹⁰². O cheio é composto pelos átomos, as «partículas elementares», os «tijolos da matéria»¹⁰³: estáveis, imutáveis e indestrutíveis. O vazio é o nada. Como sólidos, os átomos não podem ser fracionados de modo nenhum; e por formarem diminutas formas geométricas constituem o mundo numa frenética combinação agregativa, encontrando-se sempre em movimento, preenchendo o vazio, criando massas perceptíveis aos sentidos, quando se avolumam¹⁰⁴. Mas KELSEN não pôde deixar de notar que, embora não haja mais deuses, DEMÓCRITO, nativo de Abdera, ao desenvolver a teoria do átomo de LEUCIPO, coloca as reações entre os átomos expressando a idéia de necessidade nos golpes e contragolpes quando em choque, o que consiste em idéia análoga a de retribuição, porque há uma certa intencionalidade. É dizer: «O mal atrai a punição que é essencialmente similar a ele, por exemplo, o assassinato atrai o assassinato (como a vingança de sangue ou a pena de morte); o mérito atrai a recompensa que é essencialmente similar a ela...»¹⁰⁵. Embora não haja deuses há uma reação de *Poenam et Beneficium* nas coisas inanimadas¹⁰⁶.

A nova ciência natural fundada por Francis BACON, GALILEU Galilei e Johannes KEPLER, desempenhou um papel destacado nas instâncias de emancipação do homem da crença numa natureza interferente: além de terem revivido, no século XVI, o legado dos atomistas – afirma KELSEN –, impediram que o predomínio das concepções religiosas do cristianismo, que passaram a fundamentar as normas jurídicas na Idade Média, levassem os esforços de LEUCIPO e DEMÓCRITO ao esquecimento¹⁰⁷. E essa interpretação é compreensível. BACON elaborou um método com base no entendimento da manipulação: cabe à experiência confirmar o que é verdadeiro ou falso, pois o saber não é um conceito originário, mas uma espécie de ação prática¹⁰⁸. «Toda verdadeira interpretação da natureza se cumpre com instâncias e experimentos oportunos e

¹⁰² G.S. KIRK/J.E. RAVEN/M. SCHOFIELD, 1983, p. 437.

¹⁰³ W. HEISENBERG, 1958, p. 96.

¹⁰⁴ G.S. KIRK/J.E. RAVEN/M. SCHOFIELD, 437, p. 441.

¹⁰⁵ H. KELSEN, 1957c, pp. 311-2.

¹⁰⁶ H. KELSEN, 1957c, p. 312.

¹⁰⁷ H. KELSEN, 1957c, p. 312.

¹⁰⁸ E. CASSIRER, 1906, p. 140.

adequados, onde os sentidos julgam somente o experimento e o experimento julga a natureza e a própria coisa»¹⁰⁹. No «livro da natureza» de GALILEU, ainda que seja escrito com caracteres geométricos, de tal modo que a experiência não encontra o grau de importância proclamado por BACON, o princípio da não perturbação por preconceitos extracientíficos, de natureza religiosa ou filosófica, sem dúvida o auxiliaram a chegar na interpretação que enunciou como «as leis fundamentais do movimento»¹¹⁰. De igual modo pode-se referir a KEPLER: não há espíritos interferentes no «*Mysterium Cosmographicum*»¹¹¹. Portanto, em todos eles não há espaço para «gêneros ou ídolos que bloqueiam a mente humana»¹¹². Com isso KELSEN pontua que a importância dessa fase se deve à preservação do princípio da causalidade independentemente das concepções de retribuição: a base do princípio da causalidade encontra-se no caráter necessário de uma reação após uma causa que pode ser constatada. Mas se da teoria causal da nova ciência natural se depreende o caráter de necessidade dos acontecimentos físicos naturais, é exatamente essa formulação que não passará intocada por REICHENBACH. Hans REICHENBACH, filósofo lógico alemão de Hamburgo, e um dos mais importantes representantes do empirismo lógico do Círculo de Viena, segundo KELSEN, cumpriu o papel de interpretar a crise da física moderna modificando a certeza absoluta da causa e efeito firmada pelo princípio da causalidade substituindo-a pela de probabilidade. E isso é explicável: depois que HEISENBERG formulou o «princípio da incerteza», REICHENBACH não poderia pensar doutra maneira. É que segundo a teoria da mecânica quântica do Alemão de Würzburg, é impossível medir de forma precisa a trajetória de uma partícula subatômica, pelo motivo de que não se consegue com precisão determinar sua velocidade e sua posição. Esse princípio, que também é conhecido como «desigualdade de HEISENBERG», que KELSEN faz menção quando afirma ter ocorrido um «golpe contra a lei ou princípio da causalidade»¹¹³. Pois, se a base teórica do princípio da causalidade necessita do conhecimento do estado inicial do movimento para se

¹⁰⁹ F. BACON, *Novum Organum*, Livro I, Aforismo L.

¹¹⁰ A. KOYRÉ, 1955, pp. 181-95.

¹¹¹ E. CASSIRER, 1906, p. 304.

¹¹² F. BACON, *Novum Organum*, Livro I, Aforismo XXXIX.

¹¹³ H. KELSEN, 1957c, p. 317.

predizer seus processos mecânicos, essa lei não encontra utilidade na física atômica, dado que há a indeterminação de suas posições. De todo modo, com a narrativa, o objetivo é alcançado: KELSEN descreveu o percurso da separação entre a retribuição da interpretação causal da natureza. Mas há uma questão que ainda se encontra aberta. Qual a implicação político-estatal dessas informações?

3. Nada de metafísica!

Foi dito que para KELSEN a natureza humana é ilógica e violenta. Afirmou-se, também, que a maneira de se escapar desse impulso de agressão é formar uma sociedade jurídica, o Estado, rompendo-se em definitivo com o estado de natureza e com qualquer pretensão teórico-anárquica. Ademais, viu-se que, embora considerasse inadequadas as explicações que tomam por base o princípio da retribuição (seja através da confusão entre o aqui e o além, seja ainda com justificativas metafísicas, mas distinguindo o plano terreno do sobre-humano), KELSEN entendeu que, mesmo essas evocações metafísicas, serviram para conter o impulso da agressão natural do homem, o que deixa entrever que o problema da metafísica e o problema da organização social apresentam um notável paralelismo. O que interessa nisso é o seguinte: há, para KELSEN, uma mascarada ideologia na relação de comando-obediência estabelecida pelas organizações metafísicas porque todas implicam em verdades absolutas. Enfatizemos o que está aqui em jogo: se a questão comando-obediência nada mais é que a questão das regras para ordenar as liberdades em atrito com vistas a tornar possível a convivência humana, caso se substitua ou se complete o sentido da palavra «comando» por «soberano», a compreensão do projeto teórico de KELSEN coloca em destaque o entendimento da soberania do Estado como comando que rege os comportamentos, e como são levadas a efeito as valorações que resultam nas normas.

Assim é que no ensaio «Formas de governo e concepções de mundo»¹¹⁴, de 1933, KELSEN sustenta que, caso se observe as doutrinas do direito natural, a visão mágica, religiosa ou racional, todas encerram sempre um fundamento absoluto (o que, aliás, já havia sido afirmado pelo próprio KELSEN em caráter mais específico no estudo «A Idéia do

¹¹⁴ H. KELSEN, 1933, pp. 39-60.

Direito Natural», de 1927-1928¹¹⁵. E esse é o problema: as resoluções jusnaturalistas não têm como serem sustentadas como critério para se estabelecer o direito positivo, porque elas se dissolvem por incoerência caso sejam submetidas ao «tribunal da ciência»¹¹⁶. Segundo KELSEN, os argumentos jusnaturalistas sobre a justiça não passam de uma questão mal posta: as concepções individuais do agir «autônomo» não podem ser cuidadas como se formassem o fundamento do caráter heterônomo do direito, isto é, nos termos absolutos de convicções pessoais impositivas a todos. Ou por outras palavras: «Direito e justiça são problemas que incidem em âmbitos diferentes, enquanto um é um problema de técnica social, o outro é um problema de moral individual»¹¹⁷. É nesse sentido que KELSEN afirma que a «justiça é, antes de tudo, uma característica possível, porém não necessária, de uma ordem social»¹¹⁸. Porque a justiça e o justo encontram sua medida numa confrontação: «um homem é justo quando seu comportamento corresponde a uma ordem dada como justa»¹¹⁹. E uma ordem jurídica é justa quando essa ordem regula «o comportamento dos homens de modo a contentar a todos...»¹²⁰. E esse é o aspecto de conflituosidade entre o *jus positivum* e o *jus naturale*: «A doutrina do direito natural...» – atesta KELSEN – «...tenta fornecer uma solução definitiva para o eterno problema da justiça, responder à questão quanto ao que é certo e errado nas relações mútuas dos homens»¹²¹. Daí que expressões do tipo *ΦΥΣΕΙ ΔΙΚΑΙΟΥ*, *lex naturalis*, *l'ordre naturel*, *Naturrecht*, exprimem uma e só coisa: o que em definitivo se entende como «justo»¹²². Mas essa solução definitiva não existe. Isso porque, e em primeiro lugar, se essa ordem natural se opõe ao que é «artificial», uma vontade humana criadora, ela deve ser por si evidente devendo-se manifestar independentemente da ação intersubjetiva do homem, e, ainda assim, ser acessível a todos os que, sob seu comando «natural», encontram-se submetidos. Deve-se a um Deus que se manifesta ou a

¹¹⁵ H. KELSEN, 1927/28, pp. 129-30.

¹¹⁶ H. KELSEN, 1957d, pp. 137-40.

¹¹⁷ A. CARRINO, 1984, p. 213.

¹¹⁸ H. KELSEN, 1957d, p. 2.

¹¹⁹ H. KELSEN, 1957d, p. 2.

¹²⁰ H. KELSEN, 1957d, p. 2.

¹²¹ H. KELSEN, 1957c, p. 137.

¹²² H. KELSEN, 1927/28, p. 120.

uma natureza que se comunica o que não se pode acreditar seriamente¹²³. Em segundo lugar, para KELSEN a justiça é um ideal irracional, cada indivíduo possui sua concepção de justiça como possui sua concepção de verdade. Em terceiro lugar, pensando-se dessa maneira, deixa-se de estabelecer a diferença fundamental entre a lei da natureza (causal) e a norma social, (estabelecida pelos homens) o que, por conseguinte, obnubila a separação entre natureza e sociedade¹²⁴. E, em quarto lugar, considerando-se a perfeição da natureza, a onisciência de Deus e todas as afirmações que atestam o caráter absoluto das idéias jusnaturalistas, numa séria consideração sobre a diferença cultural e temporal das organizações humanas, pode-se perceber que essas projeções acabam sendo alteradas no espaço e no tempo, o que vale também para os argumentos de que o direito natural é histórico. Ora, nisso o postulado da imutabilidade – que é uma decorrência do caráter absoluto do direito natural – marca o direito natural como francamente incoerente, o que evidencia sua fragilidade como regra social de controle¹²⁵. Somando-se a isso o fato da natureza humana ser beligerante, dificilmente o valor de «um» encontraria ressonância no «outro» ou ao menos se houver muitos «outros». E quando essa situação se configura, deve-se saber que valores devem prevalecer na solução dos conflitos, ou, se assim se quiser pôr, deve-se saber objetivamente que comportamentos devem ser exigidos como modelo para cumprimento obrigatório com vistas a se proteger toda a coletividade, o que igualmente inviabiliza a leitura pessoal e voluntária de cumprimento das leis naturais. Voltando-se a atenção para os anarquistas-teóricos, nada disso se põe pela razão de que se todos pensam «no outro» e não há conflitos – suponhamos tal situação-hipotética – não há necessidade de justiça porque a ordem existente já será «justa por si mesma». Esse ponto, de uma «justiça por si mesma», também é trabalhado argumentativamente por KELSEN no caso de se admitir comportamentos não conformes ao estado de natureza de um homem dissidente. Seu centro de raciocínio pode ser reduzido a indagação sobre a desnecessidade de um órgão aplicador especializado para o direito¹²⁶. Isso porque, se a ordem natural for objetiva para todos

¹²³ H. KELSEN, 1927/28, pp. 120-1.

¹²⁴ H. KELSEN, 1927/28, p. 127.

¹²⁵ H. KELSEN, 1927/28, p. 130.

¹²⁶ H. KELSEN, 1927/28, pp. 133-7.

o direito é aplicado sem ninguém interferir, sem a interferência de um órgão que funcione segundo a o «princípio da divisão de trabalho». E se se baseia tal construção nessa evidência «por si mesma», o caráter da «necessidade» deve ser atribuído ao direito natural ou às normas naturais, como ocorre nas leis físicas. Uma determinada situação deve, nesse sentido, implicar na consequência, como se a natureza forçasse o agente do ato dissonante ao cumprimento da lei da natureza. Mas, noutro sentido, se se admite que há agentes que determinam qual é o direito a se aplicar, o direito natural passaria a ser direito posto pelo órgão aplicador – e isso é o que se deve admitir – a menos que se tenha a crença de que alguém tenha o dom da contínua revelação ou leitura racional da «vontade da natureza» na determinação do que é justo e, portanto, o aplicável¹²⁷. Contudo, como não é essa a situação prefigurada por KELSEN, a justiça será sempre um problema de valores em conflito de um homem invertido num «em-si» e «para-si». É por isso que se deve considerar os «juízos de realidade» e os «juízos de valor». Os «juízos de realidade» podem ser resolvidos com uma constatação experimental válida que forneça resposta para todas as situações símiles, mas os «juízos de valor» não encontram igual resolução com respeito a pessoas diferentes¹²⁸ diante de um mesmo problema: a resposta nem sempre será a mesma. Nesse sentido, a pretensão de KELSEN é pensar a ordem jurídica como um comando-obediência que atenda a um critério mínimo de objetividade quando se estabelecem os comportamentos exigidos e sancionados, porque os juízos de valor individuais são relativos, em que pese o fato de em virtude do contexto familiar, profissional, religioso, etc., alguns encontrarem convergência, pois «diversidade valorativa» não é a mesma coisa que «criação arbitrária dos valores». Daí que, na sua abordagem teórico-jurídico-científico-explicativa de qual deve ser o critério para se estabelecer o comportamento social adequado, KELSEN não pode deixar de convergir para o fato de que, considerando os termos do trinômio «ordem social-racionalidade-justiça», o pressuposto ou a premissa para se estabelecer o que é e o que não é direito não pode ser, por conseguinte, a justiça, ou um critério com base na idéia de justiça, pois para a idéia de justiça apenas é possível formular respostas subjetivas, válidas para quem

¹²⁷ H. KELSEN, 1927/28, pp. 137-8.

¹²⁸ H. KELSEN, 1957c, pp. 5-6.

as formula, não sendo um conceito trans-individual, de possível invocação para uma coletividade inteira. Ou seja: «O problema dos valores é, antes de tudo, o problema dos conflitos de valores. E esse problema não poderá ser solucionado com os meios do conhecimento racional»¹²⁹. Mas curiosamente o homem busca respostas definitivas para a questão dos valores e as transpõe para o plano dos comportamentos. De uma verdade absoluta fornece um comportamento absoluto a ser atendido.

A necessidade de justificação absoluta, contudo, parece ser mais forte que qualquer reflexão racional. Por isso, o homem busca na religião ou na metafísica essa justificação, isto é, a justiça absoluta. Isso significa, todavia, que a justiça desse mundo é deslocada para um outro mundo, transcendente. Ela se torna sua qualidade essencial, e sua concretização se torna a função essencial de uma autoridade sobre-humana, uma divindade, cujas características e funções são, por sua natureza, inacessíveis à cognição humana. O homem deve acreditar na existência de Deus, na existência de uma justiça absoluta, mas é incapaz de compreendê-la, quer dizer, de defini-la abstratamente. Aqueles que não conseguem aceitar uma tal solução para o problema da justiça, porém, sustentam a idéia de valores absolutos, na esperança de poder determiná-los de modo racional-científico, iludindo-se com quimera de ser possível encontrar na razão humana princípios básicos que constituam aqueles valores absolutos – os quais são na realidade constituídos por elementos emocionais. A determinação de valores absolutos em geral e a definição de justiça em particular, alcançados dessa maneira, revelam-se fórmulas totalmente vazias, através das quais toda e qualquer ordem social pode ser legitimada (H. KELSEN, 1957d, p. 11).

Com isso, o caráter do direito natural – invocação de justificativa para o comportamento humano que determina o que é justo e o que não é – é desprestigiado por KELSEN, dentre outras razões, pelo fato de que os teóricos do direito natural afirmam que existe uma regulação absolutamente justa para as relações humanas, seja mediante o uso de uma pretensa natureza, seja encontrando referencial de eleição a própria natureza do homem como ser dotado de razão. Observando esses critérios de determinação do justo, ou se supõe haver um Deus ou deuses por

¹²⁹ H. KELSEN, 1957d, p. 4.

detrás dessa natureza sendo o direito natural expressão de Sua vontade ou vontades, ou ainda se considera que a natureza em si possui uma vontade e inteligência finalista que o homem consegue, com o uso de sua razão, alcançar¹³⁰. A natureza – nos sentidos aqui contemplados – resultaria, portanto, numa espécie de autoridade suprema à qual o homem deve obediência, um ser sobre-humano conformador dos seus atos e ciente de suas necessidades existenciais. Mas essas fundamentações, contudo, encerram um sofisma: como essas regras constituem atos de vontade, e se deve ter acesso a essa vontade, chega-se à conclusão de que alguém precisa ser porta voz dessa vontade. Daí que o método religioso-metafísico não entra em cogitação, afirma KELSEN, e o pseudométodo racionalista é insustentável¹³¹. Não se pode deixar de afirmar que, como visto, numa etapa inicial da civilização humana, KELSEN observou que essa manifestação se expressou com o animismo, isto é, que animais, plantas e demais elementos são animados por espíritos ou almas interferentes no comportamento do grupo social. Mas não apenas isso: há um problema de consistência lógica. Como afirma KELSEN, essas postulações obliteram a diferença essencial existente entre as leis científicas da natureza porque as doutrinas do direito natural pregam a interferência do «mundo do ser» no «mundo do dever ser», questão que de fato esconde uma pressuposição valorativa, porque, do mundo do «ser», não se retira um «dever-ser» sem a interferência da própria vontade humana.

Mas, em que pese essas considerações de KELSEN, há um segundo plano de argumentos que objetivam delinear uma resposta para a pergunta como se dá a determinação do que é certo ou errado nas relações sociais mútuas dos homens. Ora, se o critério da justiça apenas pode ser relativo, deve-se encontrar a forma política que se identifique com a relatividade valorativa dos indivíduos ao se determinar às restrições para o uso da liberdade. Nesse ponto, KELSEN coloca os princípios da «tolerância» e da «igualdade» como a base para essa forma política¹³². Isso porque a «tolerância» resulta no respeito ao dissenso, na aceitação de valores diferentes que são apregoados. No que diz respeito à «igualdade», esta resulta do próprio fato de haver opiniões diferentes. Se

¹³⁰ H. KELSEN, 1957c, p. 137.

¹³¹ H. KELSEN, 1957d, pp. 21-2.

¹³² H. KELSEN, 1957d, pp. 24-5.

se encontra margem a opiniões diferente é porque não há nenhuma que seja imposta como a verdadeira, a que deve prevalecer sobre todas as demais opiniões. Assim sendo, defende a «democracia» como modelo adequado para se trabalhar as subjetividades quando se está a preceituar alguma regra de convivência para a coletividade, situação esta que faz KELSEN apontar reminiscências do direito natural e do seu absolutismo de verdade como crítica aos outros modos de se organizar politicamente o Estado. Para isso, num ensaio de 1948, «Absolutismo e Relativismo na Filosofia e na Política», estabelece considerações sobre a interferência da metafísica na política.

4. Liberdade pela ciência

Conforme pontua expressiva literatura¹³³, como projeto teórico essa constatação de KELSEN implica na busca, não apenas do superamento de elaborações substantivadas na dicotomia bem-mal de um dualismo que pretende constituir o «verdadeiro-ser» da organização de todo o «complexo físico» e «psicológico-físico» das relações humanas, mas na própria procura de uma forma de se pensar a liberdade que seja a expressão racional de dimensioná-la, uma, por assim dizer, «liberdade pela ciência». É neste sentido que KELSEN ataca todo espaço da ideologia e do imaginário ideológico-metafísico da organização comunitária; fato este que o leva, neste verdadeiro *jeu de massacre*, segundo alguns, a estabelecer uma «ideologia da antiideologia»¹³⁴. De qualquer modo, esses pontos se tornam perceptíveis em suas assunções teóricas de confrontação entre o absolutismo e o relativismo na filosofia e na política e ao levar às conseqüências finais os argumentos jusnaturalistas sobre a justiça como uma questão certamente mal posta.

Com respeito ao que estava a se pontuar, o caráter-limite do absolutismo filosófico – entende KELSEN – é a existência de uma realidade absoluta, uma realidade existencial que é inacessível e independe do conhecimento humano, pois sua natureza é metafísica; por outro lado, para o relativismo filosófico a realidade apenas existe enquanto objeto do conhecimento humano, com o que a realidade é relativa¹³⁵.

¹³³ A. CARRINO, 1984, p. 211.

¹³⁴ A. CARRINO, 1984, p. 210.

¹³⁵ H. KELSEN, 1933, p. 348.

Conseqüência disso é que, enquanto para a primeira concepção se supõe haver uma existência absoluta, que implica numa verdade absoluta, para a segunda apenas há valores relativos que resultam de uma verdade também relativa¹³⁶. Prossequindo com suas considerações, KELSEN extrai do caráter metafísico do absolutismo filosófico uma tendência para o monoteísmo religioso e para a idéia de perfeição; já para o relativismo filosófico, por ser antimetafísico, o circunscreve no âmbito do ceticismo¹³⁷. E se o absolutismo filosófico interpreta o mundo em termos solidificados, o resultado obtido apenas pode ser uma desigualdade fundamental dos sujeitos em relação ao absoluto ou supremo; ao passo que, dado o fato do relativismo filosófico refutar verdades absolutas, sua postura estabelece a igualdade entre os sujeitos cognocentes porque todos são postos no mesmo patamar «de iguais», enquanto sujeitos capazes de conhecer.

Com isso, do absolutismo e do relativismo na política e na filosofia, KELSEN anuncia a aproximação: «Na política...» – escreve – «...o termo 'absolutismo' designa uma forma de governo em que o poder do Estado concentra-se nas mãos de um único indivíduo, ou seja, o governante cuja vontade é lei»¹³⁸. Aqui, o poder é ilimitado sendo sinônimo de «despotismo», «ditadura» e «autocracia». Seu oposto – que se identifica com o relativismo filosófico – «é a democracia fundamentada nos princípios de liberdade e de igualdade»¹³⁹. Em síntese: «...assim como a autocracia é o absolutismo político, e o absolutismo político tem seu paralelo no absolutismo filosófico, a democracia é o relativismo político, assemelhando-se ao relativismo filosófico»¹⁴⁰. Assim sendo, pode-se dizer que, ao menos no plano nuclear argumentativo, para KELSEN, o absolutismo filosófico se assemelha a «concepção do absolutismo político» como também ao «pensamento primitivo», pois todos remontam a uma base metafísica de se conceber as coisas não sendo dotados de cientificidade. Mas há distanciamentos, por certo, entre eles, ainda que recorram ao transcendente: no pensamento primitivo, não há diferença entre

¹³⁶ H. KELSEN, 1933, p. 338.

¹³⁷ H. KELSEN, 1933, p. 338.

¹³⁸ H. KELSEN, 1933, p. 350.

¹³⁹ H. KELSEN, p. 350.

¹⁴⁰ H. KELSEN, p. 350.

o aqui e o além, pois ambos constituem uma mesma realidade¹⁴¹. Quanto à autocracia, há um aqui diferente de um além. Um «além» que dista do «aqui» em virtude da posição assumida pelo soberano diante das vontades e pensamentos subordinados. De tudo, perceber que, promovendo esta comparação, encontra-se no pensamento de KELSEN uma certa «teologia política» – assunto que alçou notoriedade nos escritos de Carl SCHMITT, principalmente sob a temática da soberania¹⁴².

No antagonismo dessas duas teorias do Estado fica claro o contraste das concepções do mundo na qual têm suas últimas raízes o conflito de opiniões políticas. E tal contraste deriva da posição que se assume nos confrontos do absoluto. O problema decisivo encontra-se nesta alternativa: erigir como valor absoluto, e, pois, uma verdade e realidade absoluta ou assumir que o conhecimento humano pode atingir apenas valores relativos, e, portanto, uma verdade e uma realidade relativas. A fé no absoluto, que encontra raízes profundas no sentimento, constitui o pressuposto de uma concepção de mundo metafísica. A negação, sob o plano intelectualivo deste pressuposto, a opinião que existe somente valores relativos e, pois, somente verdades relativas e que, portanto, cada valor e cada verdade $\frac{3}{4}$ a par do indivíduo que os procura $\frac{3}{4}$ devem estar sempre preparados para deixar o campo e a deixar substituir. Assim, conduzem a concepção própria do criticismo, do positivismo e do empiricismo, vale dizer, àquela orientação da filosofia e da ciência que faz jus à experiência positiva, isto é, a uma dada experiência, compreensível sob o plano dos sentidos e do intelecto, mutável e sempre em mutação, respondendo assim a idéia do absoluto que transcende a da experiência. Este contraste de concepções de mundo corresponde ao contraste de comportamento político fundamental. Ou seja: a concepção metafísico-absolutista se associa ao comportamento autocrático; e a concepção crítico-relativista, que é científica, se alia ao comportamento democrático [H. KELSEN, 1933, p. 56].

E eis o que é essencial: a concepção relativista mantém correlações importantíssimas com o global da teoria do direito de KELSEN e com o seu discurso legitimador normativista. Assim é que a idéia da relatividade

¹⁴¹ H. KELSEN, pp. 226-7.

¹⁴² C. SCHMITT, 1988.

política está em tudo conforme com a relatividade dos valores e com o caráter essencialmente ideológico que atribui a política legislativa, pois como expressão desses valores em disputa, as normas produzidas podem se tornar antagônicas no tempo histórico, o que está a depender apenas das forças em disputa por seu conteúdo. Ademais, contrariamente ao professado pela fé absolutista, essa relativização, e não a absolutização de valores, enseja um campo de discussão que, fazendo parte da própria ordem normativamente estabelecida, conduz KELSEN a defender a democracia e a tolerância como caminhos racionais de convívio, porque a base do procedimento democrático não é a eleição de um valor absoluto, mas possibilitar a existência de muitos valores em disputa com vistas a sua pontuação. Ou seja: as normas não resultam de nenhuma vontade subjetiva sobre-humana, elas resultam das vontades subjetivas humanas, o que corresponde ao rechaço veemente de KELSEN quando ao direito natural como fundamento possível para o direito, ponto este que lhe exigirá esforços teóricos no sentido de fundamentar o direito «terrenamente». Além disso, outro dado, próximo ao relativismo na política, deve ser neste momento reforçado: a organização social, a ordem jurídica, para KELSEN, não pode ser estabelecida com base no critério subjetivo de justiça, pois as concepções do justo são múltiplas. Daí que embora os valores sejam muitos e diversificados, apenas as normas postas pelos homens podem servir de parâmetro para o convívio. Nesse sentido, ao fundamentar o direito igualmente precisa estabelecer um critério de interpretação objetiva das condutas e da produção normativa, afastando o referencial do justo, firmando um plano formal de produção: a justiça de KELSEN tornar-se-á equiparável ao critério de juridicidade, ao critério de reconhecimento de uma norma como norma jurídica, ou o que assim as predicar.

Do núcleo argumentativo de KELSEN, chega-se a compreensão de seu sentido, eis que ataca toda forma de alienação, relativizando os valores absolutos. A partir de uma visão do instinto natural do homem (agressivo, egoísta e centrado em si), contesta a racionalidade do medo atávico que leva aos homens a serem comandados por suas projeções psíquicas (que nada mais são que uma visão mágica da vida); desacredita a existência de um Deus da justiça ou de espíritos conformadores (todos interferentes na sociedade humana); e desmente a solução da hipóstase de um homem que se quer fazer Deus fazendo-se a si mesmo possuidor da verdade

absoluta como um ditador. Ordem, norma, Estado, autoridade: tudo remete a um ponto em comum. Quer dizer: da descrição da superação da luta metafísica entre o bem e o mal, KELSEN, com essa análise, afirma não apenas a autodeterminação do homem com respeito ao futuro, mas afirma a sua responsabilidade histórica. E nessa responsabilidade histórica a teoria do conhecimento de KELSEN e sua apreciação relativista dos valores com desprendimento de divinizações resultará na opção a favor do compromisso político com o regime democrático, única forma de se lidar com as diferenças sem absolutizações de valores em situação marcadamente de laicização das mentalidades e do Estado. Mais: sob o ponto de vista epistemológico, KELSEN buscará erigir um modelo teórico isento de resquícios metafísicos, com o que as teorias tradicionais do Estado com seus «dualismos teóricos» serão consideradas como herdeiras dos defeitos metodológicos e das contradições de inteligências não libertas pela ciência, e, portanto, ainda perturbadas pelo «obscurantismo primitivo».

5. Conclusões

a) Para KELSEN, a natureza humana é belicosa, pois o homem, em sua camada psicológica mais profunda, é irracional e agressivo. Por essa razão entende que a presença do Estado é fundamental para promover a organização social. No período em que o Estado inexistia como força constritiva, as projeções decorrentes do imaginário auxiliaram na ordenação do grupo. Essa ordenação vinculava os membros do grupo a normas invocativas do passado e não raro a explicações fantasiosas que são as respostas do homem com parca noção de si diante do mundo que o cerca;

b) As doutrinas jusnaturalistas nada mais são que projeções remanescentes do pensamento primitivo, e, por conseguinte, devem ser eliminadas do pensamento jurídico. Desse modo, devem ser substituídas por um conhecimento seguro e objetivo. É a presença desse pensamento primitivo, seja numa manifestação religiosa, seja numa manifestação de transferência psicológica, que faz com que o Estado seja concebido de maneira dual ou com elementos diversos em sua composição pelos teóricos do Estado;

c) A gradual formulação de explicações para o mundo físico-natural, que seguiu como conseqüência de uma paulatina capacitação humana para explicar o mundo é tributária do desenvolvimento teórico-científico e foi o passo fundamental para o homem se desvencilhar das mistificações;

d) A transferência das projeções do homem, de seus medos, das suas inseguranças, para a política, provoca a incompreensão do processo dos valores no grupo, absolutizando-os. Os valores são relativos e apenas um método que assim os considere pode resolver o problema do dimensionamento da liberdade diante da constrição necessária para que a ordem social seja mantida. Nesse sentido, deve-se afastar toda fundamentação com base na metafísica, substituindo-a pelas explicações científicas. Isso porque a absolutização dos valores resulta em governo concentracionário e, portanto, na forte presença ideológica de um soberano que se quer fazer Deus como um grande Pai a determinar a vida de seus filhos, os súditos;

e) A partir do momento em que a razão humana teve condições de entender a natureza e desvendá-la, a autodeterminação humana, com respeito ao seu futuro, passou a ser possível, bem como a sua condição humana de compreender a liberdade e a responsabilidade histórica que envolve. Com isso, a resposta do homem para o problema da liberdade, que nada mais é que o problema do como viver com o outro, apenas pode ser obtida satisfatoriamente através de um método que atenda as exigências da ciência.

Referências bibliográficas

- BACON, F. *Novum Organum*, Editora Cultural. Trad.: J.^a Reis de Andrade, São Paulo, 1999.
- BRAVO, G.M. 1983 *Anarchismo*. Em: N. Bobbio/N. Matteucci/G. Pasquino, *Dizionario di Politica*, UTET, Milano.
- CARRINO, A. *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1992.
- CASSIRER, E. 1907 *Das Erkenntnisproblem in der philosophie und Wissenschaft der neueren Zeit*, II, Bruno Cassirer Verlag, Berlin. Trad.: W. Roces, *El problema del conocimiento*, II, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.
- FREUD, S. 1914 *Zur Gerschte der psychoanalytischen Bewegung*. Trad.: C.L. Musatti, *Per la storia del movimento psicoanalitico*. Em: *Toten e tabú e altri scritti (1912-1914)*, Bolatti Boringhieri, Torino, 1989.
- ID. 1913 *Totem und tabu*. Trad.: C.L. Musatti, *Totem e tabú*. Em: *Toten e tabú e altri scritti (1912-1914)*, Bolatti Boringhieri, Torino, 1989.

- HADOT, P. 1995 *Qu'est que la philosophie antique?*, Gallimard, Paris.
- HEISENBERG, W. 1958 *Physics and philosophy: the revolution in modern science*. Trad.: J.C. Ferreira, *Física e filosofia*, Humanidades, Brasília, 1999.
- HOBBS, Tho. *Leviatã*, Imprensa Nacional Casa da Moeda, Trad.: J.P. Monteiro/M.B. Nizza da Silva, s/d.
- ID., *Philosophical rudiments concerning government and society*. Trad.: R. Janine Ribeiro, *Do Cidadão*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- HUXLEY, A. *Brave New World*, Trad.: V. Oliveira/L. Vallandro, *Admirável mundo novo* Globo, São Paulo, 1999.
- JACOB, F. 1973 *La logique du vivant. Une histoire de l'hérédité*, Gallimard, Paris.
- KELSEN, H. 1919 *Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingerr's Philosophie des Als-Ob*, «Annalen der Philosophie», Bd. 1. Trad.: A. Carrino, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*. Em: *Dio e Stato (La giurisprudenza come scienza dello spirito)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.
- ID., 1920 *Von Wesen und Wert der Demokratie*, Arkiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd 47. Trad.: A. Carrino, *Essenza e valore della democrazia*. Em: *Dottrina dello Stato*, Edizioni Schientifiche Italiane, Torino, 1994.
- ID., 1922 *Der Begriff des Staates und die Sozialpsychologie. Mit besonderer Berücksichtigung von Freuds, Imago*. Trad.: V. Barkon, *O conceito de Estado e a psicologia social, com especial referênciã à teoria de grupo de Freud*. Em: *A Democracia*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- ID., 1922/1923 *Gott und Staat*, «Logos. Internationale Zeitschrift für Philosophie der Kultur», Bd. 11. Trad.: A. Carrino, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*. Em: *Dio e Stato (La giurisprudenza come scienza dello spirito)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.
- ID., 1923 *Sozialismus und Staat*, Hüirschfeld, Leipzig. Trad.: R. Behrman, *Socialismo y Estado (Una investigación sobre la teoría política del marxismo)*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1985.
- ID., 1927 *Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse*, «Almanach für das Jahr», Internationaler Psychoanalytischer Verlag, Wien. Trad.: A. Carrino, *Sulla teoria delle finzioni giuridiche*. Em: *Dio e Stato (La giurisprudenza come scienza dello spirito)*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1988.

- ID., 1928 *Die Idee des Naturrechts*, Zeitschrift für öffentliches Recht, Bd. 7. Trad.: A. Carrino, *Essenza e valore della democrazia*. Em: *Dottrina dello Stato*, Edizioni Schientifiche Italiane, Torino, 1994.
- ID., 1933 *Staatsform und Weltanschauung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Trad.: C. Geraci, *Forme di governo e concezioni del mondo*. Em: *Il primato del parlamento*, Giuffrè, Milano, 1982.
- ID., 1936 *Seele und die Recht*, Luchterhand Verlag, Frankfurt. Trad.: A. Carrino, *L'anima e il Diritto (Figure arcaiche della giutizia e concezioni scientifiche del mondo)*, Lavoro, 1989.
- ID., 1943 *Society and Nature*, University Chicago Press, Chicago. Trad.: J. Perriaux, *Sociedad y Naturaleza (Una investigación sociológica)*, Depalma, Buenos Aires, 1945.
- ID., 1945 *General Theory od Law and State*, Hans Kelsen Institute, Viena. Trad.: L. Carlos Borges, *Teoria Geral do Direito e do Estado*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- ID., 1948 *Absolutism and Relativism in Philosophy and Politics*. Trad.: J.L. Camargo/M.B. Cipolla, *Absolutismo e relativismo na filosofia e na política*. Em: *A Democracia*, Martins Fontes, São Paulo, 2000.
- ID., 1957a *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles. Trad.: E. Brandão/M. Stahel, *O direito como técnica social específica*. Em: *O que é a justiça?*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- ID. 1957b *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles. Trad.: E. Brandão/M. Stahel, *A doutrina do direito natural perante o tribunal da ciência*. Em: *O que é a justiça?*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- ID., 1957c *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles. Trad.: E. Brandão/M. Stahel, *Causalidade e retribuição*. Em: *O que é a justiça?*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- ID., 1957d *What is Justice?*, University of California Press, Berkeley/Los Angeles. Trad.: E. Brandão/M. Stahel, *O que é a justiça?*. Em: *O que é a justiça?*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.
- ID., 1960 *Reine Rechtslehre*, Verlag Franz Deutiche, Viena. Trad.: J. Baptista Machado, *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 1998.

- KIRK, G.S./RAVEN, E./SCHOFIELD 1983, M. *The presocratic philosophers (A critical history with a selection of texts)*, Cambridge Press, Trad.: C.A. Loro Fonseca, *Os filósofos pré-socráticos (história crítica com seleção de textos)*, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1994.
- KOYRÉ, A. 1973 *Études d'histoire de la pensée scientifique*, Hallimard, Paris. Trad.: M. Ramalho, *Estudos de história do pensamento científico*, Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1991.
- LE BON, G. 1905 *Psychologie des foules*, PUF, Paris, 1991.
- MATTEUCCI, N. 1983 *Contrattualismo*. Em: *Dizionario di Politica*, UTET, Milano.
- ORWELL, G. *Nineteen Eighty-Four*, Trad.: W. Velloso, 1984, Editora Nacional, São Paulo, 1998.
- POPPER, K. 1973 *Objective Knowledge (An evolutionary approach)*. Trad.: M. Amado, *Conhecimento objetivo*, Itatiaia, Belo Horizonte, 1999.
- PRIGOGINE, I./STENGERS, I. 1984 *La nouvelle alliance (Métamorphose de la science)*. Trad.: M. Faria/M.J.M. Trincheira, *A nova aliança (metamorfose da ciência)*, Unb, Brasília, 1991.
- RITVO, L.B. 1990 *Darwin's Influence on Freud: a tale of two sciences*. Trad.: J.C.C. Guimarães, *A influência de Darwin sobre Freud: um conto de duas ciências*, Imago, Rio de Janeiro, 1992.
- SCHMITT, C. 1922 *Politische Theologie vier Kapitel zur lehre von der Souveränität*, Duker und Humblot, Berlin. Trad.: J.-L. Schlegel, *Théologie politique*, Gallimard, Paris, 1984.
- VERNENGO, R.J. 1972 *Curso de teoría general del derecho*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

Critérios para a Reparação do Dano Moral

Carlos Nelson Konder*

“Caminante, no hay camino, se hace camino al andar. Al andar se hace camino y al volver la vista atrás se ve la senda que nunca se ha de volver a pisar”

Antonio Machado, *Proverbios y Cantares*

1. Introdução: a dificuldade do tema; - 2. Justificativa da reparação; - 3. Limites ao *quantum* da reparação; - 4. Bases legais fixadoras de critérios; - 5. Critérios de quantificação. 6. Conclusão; - 7. Bibliografia.

1. Introdução: a dificuldade do tema

Diante da copiosa jurisprudência sobre a reparação do dano moral, mais do que heterogênea, a doutrina é impelida hoje a buscar critérios capazes de uniformizar as decisões no sentido de garantir ao ordenamento a justiça e segurança necessárias ao direito. Tãmanha é a divergência nas decisões judiciais que o debate sobre o tema já deixou de estar restrito ao meio jurídico e ganhou a mídia. Dando centralidade ao caso da perda de ente querido, debate-se a supressão da lacuna legal pela analogia com leis esparsas e compara-se nosso sistema com o direito norte-americano¹.

A dificuldade em se buscar critérios capazes de orientar a atividade do juiz na fixação da reparação do dano moral reside em seu fundamento,

* Bolsista do Programa Especial de Treinamento em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PET-Jur/PUC-Rio).

¹ Cf. Revista Veja, “Quanto vale a vida?”, ano 33, n. 46, 15 de novembro de 2000; pp. 61-62.

a própria reparação dano moral. A matéria até 1988 era intensamente debatida, tendo sido pacificada somente através da norma constitucional positivada nos incisos V e X do artigo 5º². De fato, a Constituição de 1988 funciona também aqui como um marco divisor de águas³.

Entretanto, esta recente mudança principiológica trazida pela constituição ainda não foi assimilada pela maior parte da doutrina na totalidade de seus efeitos. Muitos ainda não percebem que este novo preceito constitucional impõe nova leitura de todas as disposições ordinárias sobre o tema; é critério inafastável para a interpretação e aplicação do disposto no código civil sobre reparação do dano⁴.

Desse modo, se após treze anos a maioria dos autores já revisou sua concepção do dano, incluindo a modalidade não-patrimonial, no tocante ao *quantum* de sua reparação a mudança de paradigma ainda não foi realizada na intensidade necessária. Assim, percebemos neste debate aflorar por diversas vezes argumentos que, se perquiridos sobre a sua origem, demonstrarão provir da latente resistência à reparabilidade do dano moral.

Assim, faz-se necessária a um trabalho sobre os critérios de reparação do dano moral uma breve análise sobre a justificativa da reparação. Somente tendo claramente em vista a *ratio legis* deste instituto, poderemos perquirir sobre o cálculo de sua quantificação desembaraçados de preconceitos.

2. Justificativa da reparação

A doutrina da reparação do dano moral foi sendo construída sob forte resistência. Como visto, salvo algumas almas iluminadas que já a

² Art. 5º (...)

V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

(...)

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

³ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro Filho, *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000; p. 76.

⁴ Na impossibilidade de desenvolver aqui o extenso tema da constitucionalização do direito civil, indica-se Maria Celina Bodin de Moraes, “A caminho de um direito civil constitucional”. *In Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. n.º 1, julho/dezembro de 1991, 2ª ed.; e *Idem*, “Constituição e direito civil: tendências”. *In Direito, Estado e Sociedade* – Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio. n.º 15, agosto/dezembro de 1999; assim como Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

preconizavam a partir da enunciação genérica de dano do artigo 159 do Código Civil de 1916⁵ – dentre as quais podemos destacar Orozimbo Nonato e Pedro Lessa –, somente a Constituição de 1988 veio a garantir a reparação do dano moral em nosso ordenamento.

Entre os argumentos de resistência, podemos destacar: a fugacidade do dano, a dificuldade em descobrir sua existência, a incerteza da violação do direito, a indeterminação do número de lesados, a dificuldade na avaliação do *quantum*, o arbítrio excessivo concedido ao juiz e, essencialmente, a imoralidade de se compensar a dor com dinheiro⁶.

Entretanto, prevaleceu, com base no princípio de *neminem laedere*, a reparação do dano moral, consignando que o causador do “efeito moral da lesão a interesse juridicamente protegido”⁷ deve repará-lo, na inexistência de outra possibilidade, através de pecúnia. Desse modo, a natureza jurídica da indenização é de reparação⁸, trazendo em si a combinação de um aspecto compensatório (uma satisfação que atenua o sofrimento) e outro punitivo (desestímulo a práticas danosas).

Há de se ressaltar que esta compensação funciona aqui de maneira indireta¹⁰. Não se paga a dor. O que se busca é, na impossibilidade de eliminá-la, oferecer à vítima um sucedâneo¹¹, um lenitivo capaz de

⁵ “Ora: se a nossa lei civil (art. 159 do Código) dispõe que todo aquele que, ‘por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’ (...), que se concluir de tudo? Apenas que, sem se referir, de modo expresso, ao dano moral, o nosso legislador fez consagrar, no nosso Cód. Civil, o princípio de sua reparação.” Cf. Wilson Melo da Silva, *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro, Forense, 1999; pp. 488-489.

⁶ Cf., entre todos, Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 337 e José de Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 737.

⁷ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 40; Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por dano moral*, 3ª ed., São Paulo, RT, 1998, p. 35; José de Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 729; e Maria Helena Diniz, *Curso de direito civil brasileiro*, v. 7, 7ª ed., São Paulo, Saraiva, 1993, p. 67. Em outro sentido, caracterizam o dano moral como a lesão a direito personalíssimo Orlando Gomes, *Obrigações*, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 271; e Sergio Cavalieri Filho, *Programa de responsabilidade civil*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 75-76. São criticados pelos primeiros, que defendem que também podem ensejar dano moral a lesão a direito patrimonial, uma vez que o que caracteriza esta espécie de dano é o seu efeito.

⁸ Diferentemente do dano material, onde se busca a *restitutio in integro*.

⁹ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 111-114; Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 55; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 74; entre diversos outros.

¹⁰ Cf. Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 364.

¹¹ Augusto Zenun se insurge contra os termos “sucédâneo” e “compensação” (utilizados pela doutrina majoritária) por significarem uma substituição por equivalente igual, o que não ocorre na reparação do dano moral, defendendo a utilização de “derivativo” e “reparação”. Cf. *Dano moral e sua reparação*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1994, pp. 84 e 106.

aplicá-la. O dinheiro vem aqui não como um fim de mercantilização do sofrimento, mas exatamente como meio de permitir à vítima a aquisição daquilo que ela considere capaz de lhe propiciar prazer¹². Não é a reparação perfeita, mas é a possível¹³.

Quanto ao caráter punitivo, há conflitos na doutrina¹⁴. Alguns defendem que se referem apenas ao desestímulo de atos ilícitos, de uma maneira pedagógica, rejeitando o aspecto de pena privada¹⁵. Entretanto, em diferentes intensidades, diversos autores dão maior ênfase ao aspecto penal¹⁶, alguns chegando a elevá-lo como prioritário no instituto.

É nesse setor que se encontram os maiores defensores da importação do instituto americano dos *punitive damages*¹⁷. Este instituto consiste em impor cifras vultuosas como indenização no sentido de punir o infrator, evitando assim sua reincidência¹⁸. Chega-se até a cogitar das demais funções da pena, como a devolução do mal e correção do delinqüente¹⁹. Tais doutrinadores defendem ainda que tal corrente vem ganhando força na, ainda por vezes vacilante, jurisprudência nacional²⁰.

¹² A aquisição de bens ou programa de lazer, exemplifica Clayton Reis, *Dano moral*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pp. 88-89.

¹³ "Se não se ressuscita o parente morto, se não mais se recupera a donzela desonrada sua perda virgindade, nem por isso se pode recusar à família do defunto ou à infelicitada moça o conforto de alguma coisa, seja da que natureza for, que tenha o dom de aplacar ou diminuir a dor sentida". *In idem*, p. 369. No mesmo sentido, Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 60; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 75; Sergio Cavaliere Filho, *op. cit.*, p. 75; e Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, v. 4, 13^a ed. São Paulo, Saraiva, 1993, p. 204.

¹⁴ Cf. Clayton Reis, *Avaliação do dano moral*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p.84.

¹⁵ Cf. José de Aguiar Dias, *op. cit.*, p. 736, e Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 152.

¹⁶ Cf. Clayton Reis, *Dano Moral*, *op. cit.*, p. 90, e, especialmente, Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p.212.

¹⁷ O principal defensor dos *punitive damages* no Brasil, é, entre os doutrinadores pesquisados, certamente Carlos Alberto Bittar, *op. cit.* p. 114.

¹⁸ "Ora, num momento em que crises de valores e de perspectivas assolam a humanidade, fazendo recrudescer as diferentes formas de violência, esse posicionamento [a favor dos *punitive damages*] constitui sólida barreira jurídica a atitudes ou a condutas incondizentes com os padrões éticos médios da sociedade". *Idem*, p. 233.

¹⁹ *Idem*, p. 119.

²⁰ *Idem*, p. 280. Permita-se exemplificar a discordância jurisprudencial no STJ: no julgamento do RESP 243.093-RJ o Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, relator, caracterizou a punição como critério acessório ("Ademais, deve procurar desestimular o ofensor a repetir o ato". STJ, RESP 243.093-RJ, 4^a T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 14.03.2000, DJ 18.09.2000), enquanto no julgamento do RESP 265.133-RJ, o mesmo ministro, também relator, em virtude de ser a ré uma grande empresa, o toma como prioritário ("... e, principalmente, a natureza punitiva e inibidora que a indenização, na espécie, deve ter". STJ, RESP 265.133, 4^a T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.09.2000, DJ 23.10.2000).

O aspecto punitivo da indenização vai, então, fazer com que a fixação de seu quantum dependa da situação econômica do ofensor²¹, no sentido de que, no caso de, *v. g.*, uma grande empresa, para atingir sua finalidade desestimulante a indenização deverá ser de maior monta do que no caso de se tratar de pessoa natural de menores posses.

3. Limites ao *quantum* da reparação

Para garantir maior segurança à atividade jurisprudencial de fixação do *quantum debeat*, foi defendida a limitação por tarifamento ou tabelamento dos danos, predefinindo assim as indenizações²². Diante da injustiça gerada por este tipo de petrificação da atuação do juiz, tal modelo foi flexibilizado através da fixação de apenas mínimos e máximos.

Neste sentido, boa parte da jurisprudência se manteve presa aos limites consagrados pelo revogado Código Brasileiro de Telecomunicações (cinco a cem salários mínimos)²³, analogicamente aplicados a diferentes situações. Contudo, já se encontra superada esta timidez inicial na fixação do *quantum* indenizatório.

Todavia, o tabelamento flexível dos valores, em nome de maior segurança jurídica, ainda possui defensores²⁴. Neste sentido, vale exemplificar com o modelo defendido contemporaneamente por Clayton Reis²⁵:

1- Dano moral decorrente de ação física	2-Dano moral decorrente de atos/fatos
1.1 – Lesão física transitória/leve (ferimentos): 10 a 100 SM	2.1 – Lesão psíquica leve: 5 a 50 SM
1.2 – Lesão física permanente/ grave (aleijão): 100 a 300 SM	2.2 - Lesão psíquica grave: 50 a 500 SM
1.3 – Lesão física gravíssima (morte): 300 a 10800 SM	2.3 – Lesão psíquica gravíssima: 500 a 3600 SM

²¹ Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 153.

²² Por exemplo, o des. Sady Gusmão, *apud* Clayton Reis, *Dano Moral*, *op. cit.*, p. 93.

²³ Vide item 4, *infra*.

²⁴ "A adoção de critérios matemáticos, mediante a utilização de tabelas, afigura-se como forma adequada e equitativa, que propiciará situações de igualdade na aferição do *quantum indenizatório*." Cf. Clayton Reis, *Avaliação do dano moral*, *op. cit.*, pp. 94-95.

²⁵ Cf. Clayton Reis, *Avaliação do dano moral*, *op. cit.*, pp. 104-105.

Ou ainda²⁶:

3- Equação para cálculo do dano moral

$$3.1 \quad \frac{VI = SE(v) + (MD)2 - QE(r)}{SE(r)}$$

3.2 – Elementos da equação:

VI = Valor da indenização

SE(v) = Situação econômica da vítima

SE(r) = Situação econômica do réu

MD = Magnitude do dano

QE = Quociente de entendimento

4- Tabela de valores

4.1 – Situação econômica do réu

4.1.1 – Péssima = 90-100

4.1.2 – Ruim = 70-80

4.1.3 – Razoável = 50-60

4.1.4 – Boa = 30-40

4.1.5 – Excelente = 1-20

4.2 – Magnitude do dano

4.2.1 – Levíssimo = 0-25

4.2.2 – Leve = 26-50

4.2.3 – Grave = 51-75

4.2.4 – Gravíssimo = 76-100

4.3 – Situação econômica da vítima

4.3.1 – Péssima = 800-1000

4.3.2 – Ruim = 1001-1200

4.3.3 – Razoável = 1201-1400

4.3.4 – Ótima = 1401-1600

4.3.5 – Excelente = 1601-1800

4.4 – Quociente de entendimento do lesionado

4.4.1 – Inferior = 700-1000

4.4.2 – Médio = 500-700

4.4.3 – Elevado = 300-100

4.4.4 – Superior = 100-0

Apesar de sua complexidade, a esmagadora maioria da doutrina é contra este tipo de reducionismo matemático e limitador do arbitramento judicial²⁷. Entende-se que é da essência do dano moral o sopesamento das diversas circunstâncias peculiares a cada caso, da complexa série de fatores anímicos que variam de cada caso²⁸. Optam igualmente pelo

²⁶ *Idem*, pp. 113-114.

²⁷ O próprio autor, em outro livro, relativiza a força do tabelamento, observando que “é necessário, entretanto, que, desde logo, fique claro que, salvo naquelas hipóteses onde a lei expressamente fixe determinados valores ou pontos de referência, sempre prevalecerá a liberdade do magistrado para aferir o dano e indicar a correspondente indenização, isto porque, será muito difícil encontrarem-se vítimas iguais e danos exatamente equivalentes, em circunstâncias idênticas”. Cf. Clayton Reis, *Dano moral*, *op. cit.*, p. 96.

²⁸ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 146, e Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, pp. 669-670.

sistema aberto (livre de limites), em nome da satisfação cabal do interesse lesado, incompatível com índices e valores tarifados²⁹. Resta assim consagrado que na fixação do *quantum* prevalece a flexibilidade do livre e prudente arbítrio do magistrado³⁰.

4. Bases legais fixadoras de critérios

É exatamente a prudência dos magistrados – ou talvez o conservadorismo ideológico – que os conduz a, no sentido de evitar o arbítrio irrestrito e sem fundamentação³¹, buscar algum tipo de parâmetro para se basear na quantificação do dano moral.

Essa busca recaiu inicialmente sobre as escassas leis que enunciam critérios de fixação. Ainda que estas tenham aplicação restrita a determinados setores de aplicação, através do procedimento analógico pretenderam os juizes generalizar a utilização de tais critérios³².

Neste sentido, a primeira lei brasileira a fixar tais critérios foi o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n.º 4.117/62). Embora expressamente revogado pelo Decreto-lei n.º 236/67, diversos magistrados utilizaram-se dos parâmetros expressos em seu artigo 84, quais sejam: “a posição social ou política do ofendido, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa”³³.

Contudo, o “prudente arbítrio do juiz” não percebeu o absurdo de aplicar conjuntamente nesta analogia o limite máximo de cem salários mínimos, disposto no parágrafo primeiro do citado artigo. Assim, por longo tempo permaneceu a jurisprudência impondo este arcaico limite (igualmente revogado e, desde 1988, inconstitucional³⁴) à reparação de lesões da maior gravidade, como a morte³⁵.

²⁹ Cf. Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p. 281.

³⁰ Cf. Augusto Zenun, *op. cit.*, p. 124; Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, p. 60; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 73; Sergio Cavaliere Filho, *op. cit.*, pp. 80, 81 e 83; Silvio Rodrigues, *op. cit.*, p. 211; e Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 630.

³¹ Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 634.

³² Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 138.

³³ Através do disposto no art. 243 § 2º da Lei n.º 4.737/65 (alterado pela Lei n.º 4.691/66), tais critérios passaram a vigor também relativamente a danos morais produzidos por ocasião de eleição política.

³⁴ Atualmente, já se pronunciou o STJ quanto à inconstitucionalidade deste limite: “a responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa, assim como o prazo decadencial nela previsto, não foram recepcionados pela Constituição de 1988”. STJ, RESP 243.093-RJ, 4ª T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 14/03/2000, DJ 18/09/2000.

³⁵ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 139, e Sérgio Cavaliere Filho, *op. cit.*, pp. 80-81.

Posteriormente, a Lei de Imprensa (Lei n.º 5.250/67) também fixou, mais detalhadamente, critérios para a quantificação da reparação em seu artigo 53, quais sejam: "I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; II - A intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido".

Além de dispositivos de leis extravagantes, alguns magistrados utilizaram a analogia com dispositivos do direito penal, mais especificamente o artigo 49 do Código Penal, que dispõe sobre os dias-multa³⁶. O grande mérito desta analogia foi liberar os juízes do mítico limite de cem salários mínimos, que sobrevivia a despeito da revogação da Lei de Imprensa.

Contudo, há de se ter em conta, além das diversas diferenças entre o direito civil e o penal que problematizam esta analogia, certamente, a ponderação de bens efetivada pelo Código Penal a partir da cominação de penas não é um primor de constitucionalidade, tendo em vista que crimes contra o patrimônio podem ser punidos com mais rigidez que aqueles contra a honra, integridade física e mesmo a vida.

5. Critérios de quantificação

Um dos poucos pontos em que a doutrina e jurisprudência são unânimes é que na fixação do *quantum* deve-se agir com moderação e razoabilidade, de modo a que a quantia seja suficiente para reparar o dano, sem contudo causar o enriquecimento indevido da vítima³⁷. Mas este lugar-comum pode ser utilizado para justificar qualquer modelo de quantificação. Deve-se buscar critérios mais objetivos³⁸.

³⁶ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 139.

³⁷ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *op. cit.*, pp. 60 e 317; e Sergio Cavalieri Filho, *op. cit.*, p. 81. Assim também dispõe o novo Código Civil, art. 942: "No caso de dano moral, haja ou não haja prejuízo material, o juiz arbitrar moderadamente a indenização, invocando inclusive a equidade."

³⁸ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 145.

Ainda faltando sistematização jurídica, cabe sintetizar e organizar os critérios utilizados, resultantes da doutrina³⁹ e da analogia, como já visto, e aplicados na jurisprudência. Poderíamos listar:

I - A situação econômica do ofensor;

II - O grau de culpa ou intensidade do dolo do ofensor (ânimo de ofender)⁴⁰;

III - A gravidade, natureza e repercussão da ofensa (magnitude do dano);

IV - As condições do ofendido: posição social, política e econômica, assim como a intensidade de seu sofrimento (repercussão na esfera do lesado).

Neste sentido podemos mencionar fragmentos relevantes de acórdãos do STJ. Sobre um policial que, inocente, foi incluído de maneira inconseqüente em uma lista publicada em jornal de policiais corruptos, concedeu-se reparação por dano moral no valor de duzentos salários mínimos "devendo o arbitramento operar com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes"⁴¹.

³⁹ Cf. Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, pp. 221, 279 e 284; Maria Helena Diniz, *op. cit.*, p. 73; e Clayton Reis, *Dano Moral, op. cit.*, p. 92; entre outros.

⁴⁰ O doutrinador mais clássico no tema já apontava este critério, Wilson Melo da Silva, *op. cit.*, p. 667.

⁴¹ A ementa é de seguinte teor: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. LEI DE IMPRENSA. NOTÍCIA JORNALÍSTICA. ABUSO DO DIREITO DE NARRAR. RESPONSABILIDADE TARIFADA E PRAZO DECADENCIAL. INAPLICABILIDADE. NÃO-RECEPÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. DANO MORAL. PEDIDO CERTO, MESMO SE NÃO QUANTIFICADO O VALOR INDENIZATÓRIO. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICCIONAL. INOCOR-RÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. CONTROLE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VALOR EXCESSIVO. CASO CONCRETO. PRECEDENTES. DOUTRINA. RECURSO PROVIDO APENAS PARA REDUZIR O VALOR INDENIZATÓRIO.

I - Na linha de entendimento da Turma, é desnecessária, na ação de indenização por dano moral, a formulação, na exordial, de pedido certo relativamente ao montante da indenização postulada pelo autor.

II - A responsabilidade tarifada da Lei de Imprensa, assim como o prazo decadencial nela previsto, não foram recepcionados pela Constituição de 1988.

III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

IV - Na espécie dos autos, o valor fixado a título de danos morais não se mostrou razoável, notadamente em razão dos precedentes da Turma em casos mais graves.

V - Não há negativa de prestação jurisdiccional quando examinados todos os pontos controvertidos dos autos. Ademais, os embargos de declaração não são a via apropriada para que a parte interessada demonstre seu inconformismo com as razões de decidir. STJ, RESP 243.093-RJ, 4ª T., Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 14.03.2000, DJ 18.09.2000.

Do mesmo modo, sobre uma cliente que foi retida em cárcere privado em uma sala de inquérito de uma grande loja de departamentos sob suspeita de documentos falsos, concedeu-se reparação por dano moral no valor de trezentos salários mínimos, levando em consideração o "porte econômico da ré; abalo físico, psíquico e social sofrido pela autora; o grau das agressões"⁴².

Vale ainda ressaltar que a doutrina não é pacífica sobre tais critérios e respectivos conteúdos. Neste aspecto, dois pontos devem ser salientados.

No tocante às condições do ofendido, boa parte da doutrina exclui a sua situação econômica⁴³. Defende que tal critério não deve interferir no valor da reparação, uma vez que, em nome do princípio da igualdade, o sofrimento de pobres e ricos será o mesmo.

⁴² A ementa é de seguinte teor: "CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. DANO MORAL. LOJAS DE DEPARTAMENTOS. CONTRANGIMENTO ILEGAL E CÁRCERE PRIVADO. INDENIZAÇÃO. QUANTUM. RAZOABILIDADE. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. AUSÊNCIA. INTERESSE RECURSAL ALTERAÇÃO DO PEDIDO. INOCORRÊNCIA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Inconcebível que empresas comerciais, na proteção aos seus interesses comerciais, violentem a ordem jurídica, inclusive encarcerando pessoas em suas dependências sob a suspeita de furto de suas mercadorias.

II - Diante dos fatos assentados pelas instâncias ordinárias, razoável a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem, levando-se em consideração não só a desproporcionalidade das agressões pelos seguranças como também a circunstância relevante de que as lojas de departamentos são locais freqüentados diariamente por milhares de pessoas e famílias.

III - A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica.

IV - Em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle.

V - Não carece de interesse recursal a parte que, em ação de indenização por danos morais, deixa a fixação do quantum ao prudente arbítrio do juiz, e posteriormente apresenta apelação discordando do valor arbitrado. Nem há alteração do pedido quando a parte, apenas em sede de apelação, apresenta valor que, a seu ver, se mostra mais justo.

VI - Inocorre negativa de prestação jurisdicional quando os temas colocados pela parte são suficientemente analisados pela instância de origem. "STJ, RESP 265.133, 4 T, Rel. Min. Sávio de Figueiredo Teixeira, j. em 19.09.2000, DJ 23.10.2000.

⁴³ Cf. Carlos Edison do Rego Monteiro, *op. cit.*, p. 150.

Em segundo lugar, alguns doutrinadores enunciam como um quinto critério o sancionamento do ofensor⁴⁴. Como já visto, o caráter punitivo da reparação do dano moral é polêmico no referente à sua quantificação⁴⁵. Ainda assim, a maioria da doutrina entende que o desestímulo a novas práticas ilícitas interferirá no valor da reparação através do primeiro critério, o potencial econômico do ofensor.

6. Conclusão

Como visto, a quantificação da reparação do dano moral é problema de difícil solução, pois pressupõe fundamentos – não apenas jurídicos, mas muitas vezes éticos – que ainda não se encontram pacificamente assentados. Entretanto, não é dispendiosa a busca de critérios mais objetivamente capazes de oferecer parâmetros-guia para a fixação do *quantum debeatur*.

O assentamento de tais critérios se faz necessário para sustentar o frágil equilíbrio necessário ao complexo processo de se compensar a lesão de efeito extrapatrimonial. O equilíbrio se deve dar em dois aspectos e em ambos observamos a infeliz tendência a, após a superação de um extremo, a condução equivocada rumo ao outro.

Primeiro, deve-se evitar tanto de um lado o tarifamento da reparação, que reduz a multiplicidade e diversidade das circunstâncias de cada caso a parâmetros prefixados; como, de outro lado, não se deve ceder à tendência de em nome de garantir a liberdade do poder jurisdicional, deixar o magistrado sem qualquer parâmetro, o que conduz à absurda discrepância jurisprudencial verificada atualmente.

Segundo, e talvez mais fundamental, encontra-se certamente superado, ou ao menos sufocado, o ponto de vista da não reparação do dano moral. Contudo, pendemos para o extremo oposto, a proliferação da indústria do dano moral⁴⁶. A banalização da reparação – talvez sob a quase sempre destrutiva influência do modelo americano – conduz inevitavelmente à mercantilização dos bens de ordem moral.

Neste ponto se torna fundamental a fixação dos critérios para a reparação do dano moral: para garantir a proteção dos direitos da personalidade contra a lesão específica daquele que age ilícitamente e contra a lesão social que conduz à sua venda em espécie.

⁴⁴ Carlos Alberto Bittar, *op. cit.*, p. 279.

⁴⁵ Vide item 2, *supra*.

⁴⁶ Cf. Sérgio Bermudes, *Tá danado*, na internet, em 20/11/2000, <http://www.no.com.br>.

7. Bibliografia

- BERMUDES, Sergio. "Tá danado". Na internet, em 20/11/2000, <http://www.no.com.br>.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Reparação civil por dano moral*. 3ª ed. São Paulo, RT, 1998.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo, Malheiros, 1999.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. v. 7. São Paulo, Saraiva, 1993.
- GOMES, Orlando. *Obrigações*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- MONTEIRO FILHO, Carlos Edison do Rego. *Elementos de responsabilidade civil por dano moral*. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade Civil*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- REIS, Clayton. *Dano moral*. Rio de Janeiro, Forense, 1998.
- Revista Veja, "Quanto vale a vida?", ano 33, n. 46, 15 de novembro de 2000, pp. 61-62.
- RODRIGUES, Silvio. "Direito Civil". v. 4. São Paulo, Saraiva, 1993.
- SANTINI, José Rafaelli. "A reparação autônoma do dano moral". In RT ano 86 v. 739, maio de 1997, pp. 156-167.
- SILVA, Antônio Cassemiro. "A fixação do quantum indenizatório nas ações por danos morais". Na internet, em 06/12/2000, <http://www.jus.com.br/doutrina/quantum2.html>.
- SILVA, Wilson Melo da. *O dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- ZENUN, Augusto. *Dano moral e sua reparação*. Rio de Janeiro, Forense, 1994.

Eles, os Recursos, Vistos por um Advogado (Reflexões em Matéria de Recursos Cíveis) ¹

Carlos Roberto Barbosa Moreira ²

Não resisto à tentação de iniciar esta palestra citando Machado de Assis. No segundo capítulo de *A Mão e a Luva*, afirma o maior escritor brasileiro que "cada homem vê as coisas com os olhos da sua idade". A experiência certamente confirma a exatidão da sentença, ilustrada, no livro, pela observação de que "para os varões maduros, nunca a mocidade folga como no tempo deles". Lembrei-me da reflexão de Machado – ou, mais precisamente, de outra a que cheguei a partir dela – quando recebi do eminente Desembargador Jorge de Miranda Magalhães o honroso convite para abordar o tema que ele próprio tomou a iniciativa de sugerir-me. Explico-lhes: se é correto aquele pensamento machadiano, não menos certo me parece que *cada homem vê as coisas com os olhos de seu ofício*: um mesmo fenômeno poderá, então, ser objeto de contrastantes valorações, dependendo do mister do observador. Ocorreram-me tais idéias porque, logo em seguida ao convite, o Desembargador Jorge de Miranda Magalhães deixou escapar um lamento, que cito de memória: "Há recursos demais!". Ouvi a frase e a interpretei como o desabafo – espontâneo e compreensível – do magistrado zeloso, preocupado em examinar, com a necessária atenção e nos limites temporais implacavelmente ditados na lei ou no regimento interno, as pilhas de

¹ Palestra proferida em 22.5.2001, na 16ª Reunião do Fórum Permanente dos Juízos Cíveis do Rio de Janeiro. Acrescentaram-se as notas.

² Advogado. Professor de Direito Civil da PUC-Rio.

processos que lhe são periodicamente distribuídos. O comentário partia, assim, de quem talvez não estivesse aludindo à multiplicidade de recursos abstratamente previstos nas leis de processo, mas à miríade de recursos concretamente usados pelas partes e encaminhados aos tribunais do país, e, neles, repartidos entre seus respectivos integrantes.

Relutei, porém, em ver naquela queixa uma condenação ao número de recursos em tese cabíveis no processo civil brasileiro. À imagem de um sistema recursal menos generoso que o vigente contrapôs-se, de maneira inevitável, minha condição de advogado militante, a qual muitas vezes me levou (e, no futuro, ainda por certo me levará) a lastimar a ausência de tantos outros recursos quantos necessários ao reconhecimento do direito do cliente em cuja causa se depositavam grandes esperanças de êxito, afinal frustradas. Ao advogado e a seu constituinte jamais parecerá suficiente o número de recursos, se o julgamento derradeiro lhes for desfavorável. O profissional – ou, pelo menos, aquele cuja visão não estiver exclusivamente concentrada no próprio umbigo – ainda poderá encontrar algum conforto na idéia, que lhe foi incutida nos bancos universitários, segundo a qual, fossem ilimitadas as possibilidades de impugnação a decisões judiciais, os processos jamais se encerrariam e os conflitos sociais nunca seriam pacificados. Ao cliente, mesmo ao mais altruísta, semelhante constatação dificilmente servirá de consolo.

Já por aí se nota quão díspares podem ser – em matéria de recursos, em particular, e de processo, em geral – as reações humanas ao exame de uma determinada realidade do foro, como também às propostas para sua transformação, umas e outras a receber inevitável influência do papel desempenhado por cada observador: juiz, advogado, parte. A nova regulamentação do agravo, por exemplo, parece haver despertado a simpatia de muitos advogados e a desconfiança de muitos Desembargadores. Consciente dessa diversidade de pontos de vista, ocorreu-me dar à palestra o título com que foi anunciada³: julguei que o termo “reflexões” seria suficiente, em primeiro lugar, para evitar a errônea suposição de que o palestrante pretendesse discorrer, em tom

³ Para a publicação do texto, incluí o novo título, inspirado naquele que, no Brasil, se deu ao famoso *Elogio* de CALAMANDREI (*Eles, os Juizes, Vistos por um Advogado*, trad. de Eduardo Brandão, Martins Fontes, 1ª ed., 1995). O título original da palestra passou a figurar como sub-título.

professoral, sobre as inovações legislativas no sistema dos recursos civis; em segundo, para afastar da potencial assistência quem somente pudesse interessar-se por semelhante tipo de abordagem; e, por fim, para dar ao público uma idéia tão aproximada quanto possível do que poderia esperar desta exposição. Aqui vão, pois, algumas reflexões – e (apresso-me a enfatizar) reflexões *de advogado*, e não de especialista.

Volto, então, ao comentário do Desembargador: “*Há recursos demais!*”. Se a frase expressava, tal como pretendi interpretá-la, um protesto contra o número de recursos endereçados aos tribunais do país – e, em particular, ao Tribunal de Justiça deste Estado –, não se pode negar boa dose de razão a quem a proferiu. Alguns dados estatísticos, colhidos durante a preparação deste trabalho, descortinam uma realidade assustadora.

O exame da situação do Supremo Tribunal Federal é paradigmático. Nos dois quadros que imediatamente se seguem, encontram-se informações acerca da distribuição e julgamento, durante os anos de 1998 a 2000, dos recursos extraordinários e dos agravos de instrumento encaminhados à Corte⁴:

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

1998	1999	2000
20.595 dist.	22.280 dist.	29.196 dist.
18.205 julg.	19.730 julg.	28.812 julg.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

1998	1999	2000
26.168 dist.	29.667 dist.	59.236 dist.
28.983 julg.	32.358 julg.	53.401 julg.

Em três anos, pois, o número de recursos extraordinários *distribuídos* cresceu 41,76%, ao passo que o de *julgados*, 58,26%; no mesmo período,

⁴ Todas as informações acerca de processos da competência do Supremo Tribunal Federal foram colhidas no Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário, disponíveis no *site* www.stf.gov.br.

o número de agravos de instrumento *distribuídos* aumentou 126,37%, e o de *julgados*, 84,25%. Acrescenta-se que, no ano em curso (até o dia 13 de maio), haviam sido *distribuídos* 13.208 recursos extraordinários e 30.452 agravos, e *julgados*, respectivamente, 13.900 e 27.534.

Portanto, entre 1998 e 2000, o número de agravos distribuídos e julgados invariavelmente suplantou, em ambas as classes, o de recursos extraordinários – e há forte probabilidade de que o fenômeno se repita em 2001. E mais: o crescimento *percentual* (na classe dos feitos *distribuídos*) foi muito mais acentuado nos agravos (126,37%) do que nos recursos extraordinários (41,76%).

O ano de 2000, em particular, registrou um significativo acréscimo, em relação ao de 1999, de 31,04% dos recursos extraordinários *distribuídos* e de 46,03% daqueles *julgados*; no caso dos agravos, entre 1999 e 2000, o crescimento foi de 99,67% para os *distribuídos* e de 65,03% para os *julgados*. Se confrontados esses percentuais com os que se apuram entre os anos de 1998 e 1999, teríamos o seguinte quadro:

ANO	RE dist.	RE julg.	Aumento percentual*	AI dist.	AI julg.	Aumento percentual*
1998	20.595	18.205	**	26.168	28.983	**
1999	22.280	19.730	8,18% (d) 8,38% (j)	29.667	32.358	13,37%(d) 11,64% (j)
2000	29.196	28.812	31,04% (d) 46,03% (j)	59.236	53.401	99,67% (d) 65,03% (j)

(d) distribuídos (j) julgados

* Em relação ao ano imediatamente anterior.

** Não calculado.

Esses dados se revelam ainda mais interessantes quando se analisam outros, referentes ao número de agravos e de recursos extraordinários cotejados com o número *total* de feitos (de qualquer natureza) distribuídos ao Supremo Tribunal Federal, ano a ano. Ali será possível detectar uma curiosa inversão de papéis desempenhados por essas duas espécies recursais no movimento da Corte, ao longo dos anos 90.

Desde 1991, e em cada ano desde então, a soma dos números de recursos extraordinários e de agravos de instrumento *distribuídos* alcança

percentual superior a 90% de todos os novos processos da Corte; em 1999, esta soma chegou a 95,4%; em 2000, a 97,4%; no ano em curso, os dados até aqui disponíveis indicam ser de mais de 98% esse percentual. Ocorre que, no início dos 90, o percentual de recursos extraordinários, em relação ao total de feitos distribuídos, era *maior* que o de agravos, como de vê na seguinte tabela:

ANO	Nº total de processos distribuídos	Recursos Extraordinários	Agravos de Instrumento
1990	16.226	10.780 (66,4%)	2.465 (15,2%)
1991	17.567	10.518 (59,9%)	5.380 (30,6%)
1992	26.325	16.874 (64,1%)	7.838 (29,8%)

Já no final da década, os percentuais nitidamente se inverteram, passando o número percentual de agravos a ser *maior* que o de recursos extraordinários:

ANO	Nº total de processos distribuídos	Recursos Extraordinários	Agravos de Instrumento
1999	54.437	22.280 (40,9%)	29.677 (54,5%)
2000	90.839	29.196 (32,1%)	59.236 (65,2%)

Embora o número de recursos extraordinários *distribuídos* ao Supremo se tenha quase *triplicado* nos últimos dez anos (em 1991, 10.518; em 2000, 29.196), houve um sensível decréscimo *percentual* em confronto com o universo de todos os processos, medido anualmente (em 1991, 59,9%; em 2000, 32,1%); enquanto isso, o número de agravos de instrumento não apenas foi *decuplicado* (em 1991, 5.380; em 2000, 59.236), como sua participação *percentual* cresceu além do *dobro* (em 1991, 30,6%; em 2000, 65,2%). Não bastasse isso, e como antes ressaltado, o crescimento do número de agravos *distribuídos*, entre 1998 e 2000, foi percentualmente *superior* (126,37%) ao da quantidade de agravos *julgados* no mesmo triênio (84,25%). Se, pois, há um “vilão” na atual crise do Supremo, parece ser ele o agravo de instrumento.

Algumas conjecturas me ocorrem.

Em primeiro lugar, é possível que a multiplicação dos Juizados Especiais, criados pela Lei nº 9.099/95, tenha contribuído para o

vertiginoso aumento, nos últimos anos, do número de recursos extraordinários e, sobretudo, de agravos. A difusão, nos Estados, de órgãos judiciais dessa natureza certamente viabiliza pretensões que, de outro modo, nem sequer chegariam a ser deduzidas, diante de fatores como os custos e a duração do processo tradicional. A expectativa de um processo menos oneroso e mais célere obviamente funciona como poderoso fator de estímulo ao potencial litigante e, em conseqüência, de aumento do número de ações propostas. Ora, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, como se sabe, consolidou-se favoravelmente ao cabimento do recurso extraordinário contra as decisões proferidas das turmas recursais que, nos Juizados, funcionam como órgãos de segunda instância (art. 41, § 1º, da citada lei)⁵; ao mesmo tempo, o Superior Tribunal de Justiça tem repetidamente negado o cabimento do recurso *especial* naqueles casos⁶. Cabível, em tese, o extraordinário, mas não o especial, é possível que as partes derrotadas (*rectius*, seus advogados) tenham passado a fazer indiscriminado uso do primeiro, interpondo-o mesmo em hipóteses nas quais não esteja em debate qualquer tema *constitucional* – aliás, a competência dos Juizados não sugere mesmo que ali sejam freqüentes as discussões dessa natureza. É verdade que o profissional minimamente caledado sempre poderá fundar o recurso do cliente na alegação de ofensa a algum princípio *processual* constitucional, como o da ampla defesa e do contraditório, ou o do devido processo legal. Ocorre-me, a propósito, a irônica observação que ouvi do Ministro Moreira Alves, em conferência proferida há alguns anos, segundo a qual, para assegurar o caminho ao Supremo, bastaria ao advogado requerer a juntada aos autos de um ... *catálogo telefônico*: o inevitável indeferimento do pleito, nas instâncias ordinárias, certamente abriria margem a um recurso extraordinário, por violação ao art. 5º, LV, da Constituição. O certo é que, defeituosamente formulados ou simplesmente procrastinatórios, os recursos extraor-

⁵ Por isso, o Supremo tem acolhido *reclamações* dirigidas contra atos de Presidentes dos Colegiados Recursais que negam o processamento de agravos oriundos dos recursos extraordinários ali interpostos (v.g., Reclamações nºs 1.051-ES, RTJ 169/449, e 1.116-ES, RTJ 171/85).

⁶ “Não cabe recurso especial contra decisão proferida, nos limites de sua competência, por órgão de segundo grau dos Juizados Especiais” (Súmula nº 203). Para a indicação dos precedentes que conduziram à edição desse verbete, veja-se RSTJ 108/79 ou RT 750/211.

dinários manifestados contra os acórdãos das turmas recursais acabam sendo barrados na origem, com a conseqüente interposição de agravos, muitos dos quais sem nenhuma chance de êxito, mas que, mesmo assim, vão inchar as estatísticas da mais alta Corte do país. Embora a fonte consultada na pesquisa não contenha dados estatísticos acerca da *proveniência* dos agravos dirigidos ao Supremo, nos últimos anos, a prudência recomenda que se faça um estudo detalhado sobre o percentual dos que se originam dos Juizados Especiais – antes que se criem, pelo menos, órgãos assemelhados também no âmbito da Justiça Federal, como vem sendo noticiado .

Esse estudo, cuja realização é aqui sugerida, poderia revelar, ainda, os percentuais de êxito e de insucesso dos recursos extraordinários oriundos desses Juizados Especiais hoje existentes: se elevado o de *rejeição*, talvez seja o caso de se pensar numa reforma do texto do art. 102, nº III, da Constituição, de modo a limitar a interposição do extraordinário aos casos decididos, em única ou última instância, *por tribunais*, consoante a fórmula empregada na definição das hipóteses de cabimento do recurso especial (art. 105, nº III). Com efeito, seria contraproducente manter inalterado o texto do art. 102 da Constituição apenas para dar acesso a inexpressivo número de recursos realmente fundados, com a penosa contrapartida de muitos outros inadmissíveis.

É possível cogitar de outras causas para esse expressivo aumento (em números absolutos e percentuais) de agravos dirigidos à Suprema Corte, entre 1991 e 2000. Há dez anos, a proporção era de dois recursos extraordinários para cada agravo; em 2000, essa proporção se inverteu. Isso poderia explicar-se por um enrijecimento dos critérios usados, pelos presidentes dos tribunais inferiores, no exame da admissibilidade dos extraordinários: menor o número de decisões de *admissão*, maior o de *agravos*. Observe-se, aliás, que tais critérios costumam seguir aqueles traçados pelo próprio Supremo; e é notório que a jurisprudência da Corte há muito vem adotando postura extremamente rígida quanto ao juízo de admissibilidade dos extraordinários, conforme testemunham, por exemplo, as inúmeras decisões (ainda predominantes) acerca da necessidade de preques-

⁷ Após a apresentação original do texto desta palestra, entrou em vigor a Lei nº 10.259, de 12.7.2001, que “dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal”.

tionamento *explícito*⁸, ou aquelas que exigem uma violação *direta* à Constituição⁹.

Essa inversão de percentuais também pode ter como causa (ou concausa) um maior inconformismo das partes com as decisões que, nos tribunais locais, barram o acesso ao Supremo. Se a parte agrava, é porque não se conforma com a decisão que lhe tranca o extraordinário; e a interposição deste, a seu turno, revela irresignação com o julgado da instância inferior. Um fator importante poderia, em tese, desestimular essa sucessão de recursos: a adequada *motivação* das decisões. Tanto maior será a inclinação do potencial recorrente em não recorrer quanto mais sólidas forem as razões acolhidas pelo Judiciário para atribuir a vitória à parte contrária. O Ministro Marco Aurélio chegou a dizer, em certo julgamento do Supremo, que a jurisdição há de ser prestada *“de forma clara e precisa, a ponto até mesmo de convencer o sucumbente sobre o acerto da decisão”*¹⁰. A fundamentação didática, convincente, exaustiva inibe o

⁸ Cf. RTJ 170/627, 170/640 e 173/242, entre muitos outros.

⁹ Cf. RTJ 171/275, 171/367, 172/681 e 173/613, entre muitos outros. Vejam-se, no entanto, os seguintes acórdãos unânimes da 2ª Turma, todos relatados pelo Ministro Marco Aurélio, nos quais se adotou tese bem mais flexível: RE nº 158.215-RS (RTJ 164/757, j. em 30.4.96); RE nº 154.159-PR (RTJ 164/749, j. em 10.6.96); RE nº 179.276-PR (RTJ 173/251, j. em 11.12.98); RE nº 223.230 (RTJ 172/639, j. em 1º.6.99). Como bem enfatizou, num desses julgados (RTJ 173/251), o Ministro Marco Aurélio: *“Tenho sustentado que a aferição do magistrato ao devido processo legal, considerado o disposto no inciso XXXV do rol das garantias constitucionais, deve ser feita caso a caso, afastando-se o dogma consoante o qual não impulsiona o extraordinário a violência a texto constitucional intermediada pelo desrespeito à legislação ordinária. É que, assim não se concluir, jamais se terá apreciação de recurso extraordinário versando sobre o referido princípio. As normas que o revelam estão contidas não na Carta, mas, quase sempre, no Código de Processo Civil”. Interessante observar que, no acórdão da RTJ 164/757 (salvo engano, o mais antigo dentre os que acolheram essa orientação menos restritiva), o que se discutia era a validade da exclusão de membros de certa cooperativa, promovida por sua assembléia geral em desacordo com normas estatutárias. Concluiu o Tribunal que, deixando de observar as regras de seus próprios estatutos sociais, a entidade violara a garantia constitucional da ampla defesa, insuscetível de ser postergada mesmo diante do comportamento adotado pelos excluídos, que haviam lançado publicamente à cooperativa o desafio de que fossem julgados pelo órgão deliberativo. Mais recentemente, porém, a mesma 2ª Turma parece ter retomado a orientação restritiva, conforme se extrai do acórdão unânime (de 21.11.2000) no agravo regimental no AI nº 273.107-RJ (DJU de 23.3.2001, p. 88), em cuja ementa se afirma que *“em causas de natureza trabalhista, (...) as alegações de ofensa aos postulados da legalidade, do devido processo legal, da motivação dos atos decisórios, do contraditório, dos limites da coisa julgada e da prestação jurisdicional podem configurar, quando muito, situações de ofensa meramente reflexa ao texto da Constituição, circunstância essa que impede a utilização do apelo extremo”*.*

¹⁰ Acórdão no agravo regimental no AI nº 136.378-9, publicado na RF 321/147.

ânimo de recorrer, porque atenua a derrota: a parte e o advogado saem da disputa com a sensação de que o insucesso era, afinal, inevitável, e que, por isso, não vale a pena ir adiante. Uma avalanche, sempre crescente, de novos recursos dirigidos ao Supremo (e também ao Superior) pode significar, em tal contexto, uma queda na *qualidade* das decisões das instâncias inferiores, que se têm mostrado incapazes – para repetir a fórmula do Ministro Marco Aurélio – de *convencer o vencido de que a razão está com o adversário*.

A exigência da motivação suscitou, aliás, interessante jurisprudência dos tribunais superiores, na qual se há de enxergar reação – até certo ponto saudável – ao desapareço que não poucos magistrados dedicam a recurso de inegável utilidade: os embargos de declaração. Não gozam os embargos da simpatia de muitos juízes: se me permitem novamente citar o Ministro Marco Aurélio, percebe-se, no cotidiano forense, certo *“vezo distorcido de tomar-se tal recurso como crítica a ofício judicante”*. É possível até que haja bons motivos para o preconceito: o eminente Desembargador Caetano José da Fonseca Costa – advogado, durante muitos anos, e hoje magistrado, com a dupla experiência, portanto, de quem antes *interpunha* e agora *julga* o recurso – revelou-me, em conversa informal, que se tornou freqüente a utilização de embargos para os mais variados fins, até mesmo para ofender grosseiramente o prolator da decisão embargada. Façamos, porém, abstração dos motivos: o fato é que essa mal dissimulada aversão costumava levar (e ainda hoje leva) certos magistrados a rejeitar embargos de declaração, mediante decisões padronizadas e de fundamentação manca: não raramente, o juiz ou o tribunal se limitava (ou se limita) a desprover os embargos *“porque inexistente qualquer omissão, contradição ou obscuridade”*. O emprego dessa fórmula, ou de outras equivalentes, submetia partes e advogados a uma situação verdadeiramente kafkiana, quando os embargos atacavam decisão ainda passível de impugnação por recurso extraordinário ou especial: omissos o acórdão, o potencial recorrente buscava, por meio dos embargos, o prequestionamento de determinado tema, para cumprir a inflexível exigência dos tribunais superiores e, com isso, viabilizar o futuro recurso; o tribunal local, muito comodamente, refutava os embargos com um daqueles acórdãos vazios; e assim, pois, sobrevivia a omissão, que o Supremo e o Superior interpretavam, depois, como ausência de prequestionamento, dela fatalmente extraindo a

inadmissibilidade do recurso extraordinário ou especial. Ou seja: o tribunal local se omitia, e quem pagava a conta era a parte, que, muito atenta e prudentemente, oferecera seus embargos, na justa expectativa de ver suprida uma omissão que não havia sido sua. A partir de certo momento, ambos os tribunais superiores começaram a censurar aquela prática, muito difundida nas instâncias locais, passando a sustentar que, persistindo a omissão mesmo após o oferecimento dos embargos declaratórios, a parte poderia pleitear a anulação do acórdão *dos embargos*, com o conseqüente regresso do feito à corte de origem, para que novo julgamento (*dos embargos*) viesse a ser proferido¹¹. O recorrente continuava impedido, assim, de discutir, desde logo, a questão que suscitara nos embargos, mas sobre a qual não houvera pronunciamento; os tribunais superiores, porém, reconheciam-lhe a possibilidade de impugnar o julgamento subsequente, *dos próprios embargos*, desde que o recorrente fundasse o especial ou o extraordinário em violação, no primeiro caso, ao art. 535 do Código de Processo Civil, e, no segundo, ao art. 5º, LV, da Constituição Federal. Era – permitam-me a imagem – um “prêmio de consolação” outorgado à parte: inviável o debate sobre a questão de fundo, tinha ela, ao menos, a chance de nova disputa no tribunal de origem, ainda que circunscrita ao rejuízo de seus embargos.

Essa maneira de julgar – que dava preferência à anulação de um julgado, com isso contribuindo para a demora no desfecho do processo – fez jurisprudência, a ponto de o Superior Tribunal de Justiça haver incluído na *Súmula*, em data não muito distante, o enunciado nº 211, que consagra aquele entendimento (“*Se não examinada matéria que o deveria ter sido, a despeito de apresentados embargos declaratórios, poderá ter ocorrido contrariedade da lei processual (CPC, art. 535), mas será inadmissível o recurso especial quanto à questão não versada pelo tribunal a quo*”). Não se animou a seguir-lhe o exemplo, até aqui, o Supremo Tribunal Federal, cuja *Súmula* não abriga a tese, e em cujos precedentes se encontra, no mínimo, uma decisão unânime da 1ª Turma em sentido contrário¹². Este

¹¹ Cf. RTJ 164/749. A tese também se encontra didaticamente exposta no acórdão indicado na nota precedente, conquanto ali não aplicada, porque o recorrente deixara de fundar o extraordinário na alegação de ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição.

¹² RE nº 210.638-1, publicado na RF 347/273. Revendo este texto (em novembro de 2001) com o objetivo de publicá-lo, descobri outro precedente no mesmo sentido, igualmente relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence: RE nº 176.626-SP, RTJ 168/305.

acórdão divergente me parece expressivo, por mais de um motivo: em primeiro lugar, por ser o pioneiro (salvo engano) em refutar a idéia de que a recusa do tribunal inferior em enfrentar a questão suscitada nos embargos deva necessariamente conduzir à anulação do acórdão que os rejeitou (no caso concreto, o recurso extraordinário postulava, em preliminar, essa anulação, que o Supremo rejeitou, ao argumento de que daí não resultaria prejuízo ao recorrente); em segundo lugar, por ter dado destaque, em sua motivação, às idéias de instrumentalidade, economia e efetividade do processo, ali invocadas para justificar, nas circunstâncias, o imediato julgamento do *mérito da causa*, não obstante o persistente silêncio do tribunal de origem sobre a questão de fundo abordada no recurso.

Quero explorar, por fim, uma segunda possível interpretação da frase que ouvi do Desembargador Jorge de Miranda Magalhães (“*Há recursos demais!*”). Teria o Código de Processo Civil previsto excessivo número de espécies recursais? Seria razoável identificar na supressão de alguns deles a solução (ou, ao menos, uma das soluções) para o crônico problema da lentidão do processo judicial? Em caso de resposta afirmativa, qual (ou quais) dentre eles mereceria(m) desaparecer?

Deixando de lado aqueles recursos previstos em sede constitucional e os que constituem, em essência, mero desdobramento deles (os embargos de divergência no Supremo e no Superior, ou os agravos do art. 544 do Código de Processo Civil), é possível afirmar que o Código de 1973 estabeleceu um sistema de recursos bastante racional, de modo a ensejar: (a) a revisão, imediata ou diferida, das decisões interlocutórias, impugnáveis por agravo; (b) o amplo reexame, por meio da apelação, das questões, de fato e de direito, abordadas na sentença ou relevantes ao julgamento da causa; (c) a complementação ou o esclarecimento de qualquer decisão, de juiz singular ou de tribunal, mediante embargos de declaração; e (d) por fim, novo exame, em embargos infringentes, da questão (ou das questões) objeto de divergência, nos julgamentos (de apelações e ações rescisórias) tomados por maioria de votos. Parece-me até intuitivo que, a se admitir a exclusão (ou limitação) de algum recurso, este seria o de embargos infringentes, cuja manutenção se justificaria, porém, se expressivos dados estatísticos revelassem um grande número de decisões *embargáveis* e, além disso, um elevado percentual de reforma (ou anulação) das decisões concretamente *embargadas*.

Não disponho de dados concretos sobre o *juízo* de embargos infringentes, que pudessem dar alguma indicação sobre o percentual de êxito alcançado por quem os interpôs. Obtive, porém, em três importantes Tribunais de Justiça, algumas informações acerca do número de embargos efetivamente *interpostos*, nos anos de 1999 e 2000, em confronto com aquele que representaria, em tese, o universo de processos dos quais se poderiam originar decisões embargáveis (apelações e ações rescisórias). Nos quadros abaixo, vêem-se os resultados colhidos:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO*

	1999	2000
Apelações cíveis	21.280	20.770
Ações rescisórias	282	348
Apelações + rescisórias	21.562	21.118
Embargos infringentes	678	704
Percentual de embargos	3,14%	3,33%

* Os dados referem-se a processos distribuídos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL*

	1999	2000
Apelações cíveis	44.812	56.345
Ações rescisórias	316	457
Apelações + rescisórias	45.128	56.802
Embargos infringentes	1.108	1.655
Percentual de embargos	2,45%	2,91%

* Números fornecidos pelo eminente Desembargador José Carlos Teixeira Giorgis, a pedido do autor, que manifesta publicamente sua gratidão.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO*

	1999	2000
Apelações cíveis	38.776	39.277
Ações rescisórias	421	332
Apelações + rescisórias	39.197	39.609
Embargos infringentes	1.475	902
Percentual de embargos	3,76%	2,27%

* Números gentilmente fornecidos pela Presidência do Tribunal, em atendimento à solicitação do autor. Os dados referem-se a processos distribuídos.

Alguém talvez objete que a comparação, que acima se quis expor, entre o número de embargos efetivamente *interpostos* em determinado ano e o de apelações e ações rescisórias *distribuídas* no mesmo ano deixou de levar em conta a possibilidade de que apelações e ações rescisórias, distribuídas em 1999, somente tenham sido *juizadas* (ou que os respectivos acórdãos apenas tenham sido *publicados*) em 2000, ou mesmo depois. Em tal caso, a concreta possibilidade de interpor embargos somente se teria configurado em algum ano *seguinte* ao da distribuição das correspondentes apelações ou rescisórias; e o percentual dos embargos, em relação ao total de feitos *embargáveis*, poderia não traduzir, com precisão, o de *possíveis iniciativas (de embargar) num determinado ano*. A rigor, para que a pesquisa ficasse imune a críticas, seria necessário identificar, por exemplo, a quantidade de acórdãos em apelações e ações rescisórias *publicados* em 1999 e a de embargos infringentes interpostos no mesmo ano. Mesmo, pois, a se admitir que algumas decisões do ano de 1999, tomadas no julgamento de apelações e ações rescisórias, apenas hajam sido embargadas mais tarde (em virtude, por exemplo, da data de sua publicação), os dados colhidos parecem suficientemente expressivos para autorizar a seguinte conclusão: os acórdãos não unânimes, em apelações e rescisórias, tornaram-se raros na prática judiciária.

Talvez se possa acrescentar – com base no que tenho observado, nos últimos tempos, em muitas sessões de julgamento a que compareci, no Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro – que, com certa frequência, os próprios componentes dos órgãos fracionários procuram visivelmente atenuar suas divergências, de modo a evitar a prolação de acórdãos não unânimes, sobretudo quando o dissenso abrange capítulos secundários do litígio. O advogado – da parte *vencida*, evidentemente – ainda encontrará motivos para censurar a atitude do magistrado que, no julgamento de apelação ou de rescisória, se verga ao entendimento majoritário, com isso frustrando a perspectiva de novo recurso e a possibilidade da reversão (ainda que parcial) do resultado desfavorável. Menos inclinado à crítica se mostrará, a esta altura, quem houver acompanhado, com espírito isento, a exposição dos dados estatísticos aqui recolhidos.

Modernidade e Democracia Participativa em Habermas e Hannah Arendt

Denise Vitale Ramos Mendes *

1. Introdução

O objetivo deste ensaio é discutir alguns aspectos essenciais que a questão da democracia apresenta nas sociedades contemporâneas, a fim de tentar compreender seu papel e as possibilidades de sua contribuição ao projeto inacabado da modernidade.

Parte-se, assim, da análise realizada por Habermas, que percebe a modernidade como um processo ainda em construção. Contrário à tese de que a modernidade seria uma etapa já esgotada – e então substituída pela chamada pós-modernidade –, Habermas identifica sérios limites na idéia de razão adotada ao longo dos últimos cinco séculos, que teriam impedido a realização do projeto emancipatório anunciado pelo Iluminismo.

A crise da razão estaria, desse modo, em uma recorrência estreita e em uma utilização equivocada do próprio conceito de razão. A modernidade, ao romper com a unidade ética, promoveu a fragmentação das diversas esferas da vida que passaram a se diferenciar a partir de racionalidades específicas. Mas o desequilíbrio entre as esferas e a predominância indevida de um único tipo de racionalidade limitaram a emancipação da razão e puseram em dúvida a possibilidade da própria realização da modernidade.

Esse problema, porém, está associado a um segundo dilema, ou seja, a não superação da filosofia do sujeito. Tanto Habermas como Hannah

* Professora da Universidade de São Paulo - USP.

Arendt identificam a necessidade de se superar, na modernidade, o paradigma da subjetividade pela realização da intersubjetividade. Com efeito, a filosofia do sujeito e o conceito de subjetividade introduzidos no limiar da era moderna revolucionaram o pensamento ocidental e lançaram as bases que até hoje continuam estruturando as idéias e o modo de vida no ocidente. Descartes, Kant, Hegel e Marx foram autores centrais na construção desse paradigma. Mas apesar de sua inquestionável importância, não apresentaram alternativas capazes de superar a referência da subjetividade.

Por outro lado, a solução da intersubjetividade, apontada e desenvolvida por autores como Hannah Arendt e Habermas, apresenta um novo paradigma que poderia completar a emancipação do projeto racional moderno. Dentro dessa perspectiva, a realidade das sociedades contemporâneas precisa ser compreendida e construída não mais a partir do indivíduo como referência central, mas sobretudo do espaço comum existente entre os homens, ou seja, em sua intersubjetividade. A ação e a comunicação assumem, assim, posições centrais que exigem, na esfera política, regimes cada vez mais democráticos.

A análise do papel que a democracia desempenha ou deve desempenhar hoje torna-se, nesse quadro, essencial. Se o projeto da modernidade precisa alterar seu paradigma, valorizando o espaço de uma ação comunicativa e de outra concepção de razão, que espécie de democracia deve ser construída? Quais os limites e as possibilidades da democracia direta e da democracia representativa? A chamada democracia participativa aponta para uma alternativa efetiva? Essas são algumas questões que esse ensaio tenta esclarecer.

2. A ruptura moderna: a fragmentação do mundo ético e a filosofia do sujeito.

A análise da modernidade abrange um período bastante extenso da história. Seus primórdios remetem ao fim da era medieval, com as profundas transformações introduzidas pelo Renascimento, pelas Grandes Navegações e pela Reforma. O movimento do Iluminismo, no século XVIII, consolida as novas idéias, encontrando na razão a chave para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos.¹ Contudo, é

¹ Bobbio, Norberto, Matteuci, Nicola e Gianfranco Pasquino, *Verbete Iluminismo*, in *Dicionário de Política*, 7ª ed., UNEB, Brasília, 1995, p. 605.

somente com Hegel que se toma, pela primeira vez, consciência da modernidade. A percepção retrospectiva da existência de uma nova era, profundamente distinta das eras antiga e medieval, introduz o problema da necessidade de sua autocertificação, que deve ser feita a partir de padrões e critérios próprios. O ineditismo dessa percepção foi tão importante que Hegel entendeu o problema como a principal questão da filosofia.² Partindo da análise de Kant, que já anunciara algumas das cisões da modernidade em suas três críticas, Hegel identifica a fragmentação da unidade ética e enfatiza sua diferenciação institucional, indicando a separação entre moralidade e legalidade, política e economia, indivíduo e comunidade.³

Max Weber, mais tarde, compreende o movimento de fragmentação ética a partir da diferenciação das esferas culturais de valor. Ao identificar o processo de *desencantamento do mundo*, percebe que a indiferenciação das esferas sociais, típica das sociedades tradicionais, é substituída por um cenário onde a separação e autonomia dessas esferas são cada vez mais acentuadas. Ética, religião, direito, economia, política, cultura, arte, ciência diferenciam-se umas das outras e cada um desses campos passa a ser regido por lógicas e critérios próprios.

Habermas sistematiza as análises de Hegel e Weber identificando três grandes grupos de racionalização: a sociedade, a cultura e a personalidade. No plano social, a racionalização ocorre com o surgimento de subsistemas de ação racional com vista a fins⁴: de um lado, a emergência da empresa capitalista, núcleo organizativo do sistema capitalista e, de outro, o Estado moderno, formado por um aparato burocrático. No plano da cultura, o processo de racionalização atinge os componentes cognitivos (técnica e ciência), regidos pelo critério da verdade, os estético-expressivos (arte), guiados pelo critério da autenticidade expressiva,

² Habermas, Jürgen, *O Discurso Filosófico da Modernidade*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, pp. 24-25.

³ d'Entrèves, Maurizio Passerin, *The Political Philosophy of Hannah Arendt*, Routledge, London, 1994, p. 22.

⁴ Weber distingue a ação social em quatro espécies, dentre as quais encontra-se a ação racional com vista a fins. Trata-se de uma ação voltada para a realização de determinados fins, racionalmente pensados e perseguidos a partir de expectativas no comportamento tanto de objetos do mundo exterior como de outros homens. *Economia y Sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996, p. 20.

e os prático-morais (direito e moral), regidos pelo grau de retidão normativa. Por fim, no campo da personalidade, a racionalização alcança a subjetividade com a introdução de um modo metódico-racional de vida, que deve seguir certos princípios, além de autocontrolado e centrado no indivíduo.⁵

Habermas e Hannah Arendt concordam com esse diagnóstico da modernidade. Todavia, diferem em relação aos efeitos provocados por suas várias cisões. A grande consequência apontada por Weber foi a perda de sentido e de liberdade causada pelo desencantamento do mundo e a emancipação das esferas da vida. O processo de diferenciação das esferas pela adoção de critérios próprios rompeu com a unidade das imagens metafísico-religiosas do mundo e com sua capacidade de dar sentido.⁶ De fato, nas sociedades tradicionais, os vários campos da vida convergiam, no limite, a um ente superior divino ou a uma ordem cósmica do mundo, encontrando sentido e união nesse ponto em comum. Por outro lado, com a fragmentação da idéia de razão⁷, os sistemas de ação racional com vista a fins, emancipados, passaram a predominar perante as demais racionalidades e a se impor de tal forma que acabaram impedindo ou ao menos limitando o desenvolvimento das demais formas de ação racional. Nesse contexto, a possibilidade de ação torna-se refém dos critérios próprios da ação instrumental, apresentando um quadro claro de perda de liberdade.

O pensamento de Hannah Arendt ratifica os efeitos apontados por Weber. Ao identificar o fenômeno da promoção do social, isto é, da ascensão da economia de mercado como preocupação central da vida política nas sociedades modernas, H. Arendt visualiza a perda de liberdade dos cidadãos, que já não se encontram mais numa arena política livre, mas num espaço comum condicionado por questões econômicas. Para ela, a promoção do social na era moderna substituiu a possibilidade de ação espontânea pelo comportamento programado, e o governo pessoal pela burocracia.⁸

⁵ Habermas, Jürgen, *Teoria de la Acción Comunicativa*, Taurus, Madrid, 1988, pp. 214-224.

⁶ Idem, p. 318.

⁷ Segundo Habermas: "A razão se dissocia em uma pluralidade de esferas de valor destruindo sua própria universalidade", op. cit., p. 321.

⁸ Arendt, Hannah, *A Condição Humana*, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1995, p. 50.

Por outro lado, a tese weberiana da perda de sentido expressa-se no pensamento de Hannah Arendt com o conceito de alienação do mundo. Em seus primórdios, o desenvolvimento do sistema capitalista provocou a expropriação de um enorme número de pessoas de suas propriedades, que deixaram, assim, de possuir um lugar próprio no mundo. Ao mesmo tempo, a ascensão do social ocupou o espaço de proteção antes garantido pela família, de modo que a inclusão no mundo passou a ser definida pela participação, não mais numa dada família, mas numa determinada classe social. Ora, sem a garantia de um lugar para todos os homens e sem o amparo da solidariedade familiar estrutura-se uma nova situação de desenraizamento e incerteza.⁹ Além disso, o advento da dúvida cartesiana inaugura a filosofia moderna centrada no sujeito, eliminado-se o mundo da ação construído intersubjetivamente por meio do qual nós estabelecemos nossa própria identidade e um sentido para a realidade.¹⁰

As perdas de liberdade e de sentido também são confirmadas em Hannah Arendt, quando ela constata a vitória do *animal laborans* sobre o *homo faber* e o *zoon politikon*. Se o início da era moderna substituiu a ação pela fabricação, declarando a inutilidade da ação e do discurso e valorizando a produtividade, a conseqüente perda da crença na imortalidade elevou a vida e o próprio processo vital a um bem supremo, tornando a reprodução da espécie o único caminho para o resgate da imortalidade.¹¹ A percepção de que a vida transforma-se em um mero funcionamento automático que coloca o homem numa posição de total passividade¹² revela uma crítica profunda e leva a autora a um certo ceticismo.

Para Habermas, porém, o diagnóstico weberiano não leva necessariamente a essa dupla perda de sentido e de liberdade, de modo que ele assume uma atitude mais otimista em relação ao projeto moderno. Ao

⁹ Idem, pp. 267-268.

¹⁰ d'Entrèves, Maurizio, op. cit., p. 25.

¹¹ Arendt, Hannah, op. cit., pp. 333-334.

¹² Nas palavras da autora: "O último estágio de uma sociedade de operários é uma sociedade de empregos, requer de seus membros um funcionamento puramente automático, como se a vida individual realmente tivesse sido afogada no processo vital da espécie, e a única decisão ativa exigida do indivíduo fosse deixar-se levar, abandonar a sua individualidade, e aquiescer num tipo funcional de conduta entorpecida e tranquilizada". Diante desse quadro, conclui: "É perfeitamente concebível que a era moderna – que teve início com um surto tão promissor e tão sem precedentes de atividade humana – venha a terminar na passividade mais mortal e estéril que a história jamais conheceu". Op. cit., pp. 335-336.

identificar a existência de um *mundo da vida*, espécie de pano de fundo comum às experiências e ações de cada sociedade, Habermas constata que já há um conteúdo mínimo de sentido, compartilhado por todos nesse universo em comum, mesmo diante da imensa complexidade e fragmentação vivida na modernidade.

Já a tese da perda de liberdade é reconhecida por Habermas como a percepção de que o processo de emancipação e diferenciação das esferas da vida não se deu de forma homogênea e equilibrada, apesar de cada uma das esferas ter adquirido uma *racionalidade própria*. Diante do espaço vazio aberto pela fragmentação da unidade ética, travou-se a luta pelo estabelecimento de novos critérios unificadores. O grande problema, porém, foi a impossibilidade de realização harmônica das diversas racionalidades, já que a ação racional com vista a fins, típica do universo sistêmico (Estado e economia) prevaleceu sobre as diversas racionalidades do mundo da vida, colonizando-o e deturpando seu desenvolvimento.¹³ Contudo, embora Habermas reconheça, desse modo, a perda da liberdade por um processo de racionalização parcial, visualiza um fértil caminho para a superação desse quadro a partir do latente potencial da razão comunicativa. Essa solução também é apontada por Hannah Arendt., Mas, ao contrário de Habermas, que enfatiza a função crítica de uma análise do presente orientada para o futuro, a partir de uma visão mais otimista do projeto moderno, ela busca no passado – especialmente no modelo da *pólis* grega – a perspectiva de iluminar e redimir o presente.¹⁴

Percebe-se, assim, que ambos os autores partem dos mesmos problemas e constróem uma crítica semelhante ao projeto moderno, o qual ainda estaria excessivamente centrado no sujeito para a compreensão e intervenção no mundo. Além disso, compartilham do mesmo desejo de intersubjetividade, do discurso e do diálogo como componentes essenciais da ação. No entanto, assumem posturas diferentes em relação ao contexto moderno, vislumbrando a solução comunicativa por caminhos distintos.

¹³ Habermas, Teoria de la Acción Comunicativa, op. cit., p. 247.

¹⁴ d'Entrèves, Maurizio, op. cit., p. 28.

3. A solução comunicativa e a intersubjetividade em Habermas e Hannah Arendt

Vimos que a plena realização do projeto moderno pode ser alcançada com a superação da filosofia do sujeito pelo paradigma da intersubjetividade a partir de uma razão comunicativa. Desse modo, na teoria social de Habermas, esta razão se apresenta como a referência comum a todas as esferas que compõem o mundo da vida, capaz de estabelecer critérios de relação entre elas, possibilitando sua maior interação. A razão comunicativa não aparece, assim, como mais uma razão concorrente com as demais razões que regem as esferas do mundo da vida, como a razão ética ou a razão estética. Ela surge como a razão típica de todo o mundo da vida, concorrendo, apenas, com a razão instrumental com vista a fins, que caracteriza o universo sistêmico. Enquanto razão comum às demais racionalidades imersas no mundo da vida, a razão comunicativa pode, assim, concentrar um enorme potencial de ação, fundamental para se contrapor e tentar deter a colonização da racionalidade instrumental típica dos sistemas.

Na análise de Hannah Arendt, a alternativa da comunicação surge a partir de outra construção. Partindo do pensamento grego e da íntima relação existente entre liberdade e política, para Hannah Arendt a política surge exatamente na relação entre-os-homens, isto é, em sua intersubjetividade e no espaço por eles compartilhado.¹⁵ Assim, a necessidade de interação e comunicação entre os homens torna-se condição da política, e da própria liberdade. A relação entre liberdade e política torna-se ainda mais forte quando ela exclui da caracterização do elemento político a ação instrumental, uma ação condicionada e presa à estrita causalidade estabelecida entre meios e fins. A ação típica da convivência e definidora da política torna-se, assim, exclusivamente a ação espontânea, imprevisível, capaz de revelar a identidade do agente, inserindo-o no mundo e na vida em sociedade.¹⁶ Ao excluir a ação instrumental do universo político, Hannah Arendt também desconsidera o elemento sistêmico, que, em Habermas, aparece de forma paralela ao *mundo da vida*.

¹⁵ Arendt, Hannah, *O que é política?*, 2ª edição, org. Ursula Ludz, Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 1999, pp. 21-24.

¹⁶ Arendt, Hannah, *A Condição Humana*, op. cit., pp. 188-205.

Esta é, aliás, uma das principais críticas que Habermas faz à concepção política de Hannah Arendt, já que, para ele, o poder político nas sociedades modernas não pode ser isolado dos elementos estratégicos, inerentes à competição pelo poder, dos contextos econômicos e sociais e das manifestações da violência estrutural, presentes nas ideologias.¹⁷ Uma segunda diferença entre as concepções comunicativas de ambos está na posição ocupada pelo consenso. Enquanto para Habermas o consenso universal é entendido como resultado de um processo que requer instituições livres de coação, em Hannah Arendt o consenso é o ponto de partida sobre o qual se constroem as instituições, que só permanecem legítimas enquanto amparadas por esse consenso.¹⁸

Maurizio d'Entrèves aponta uma terceira importante diferença entre as duas construções para solucionar a questão do pluralismo de valores. Segundo ele, a alternativa apresentada por Hannah Arendt é bem mais próxima da concepção weberiana de uma ética da responsabilidade, enquanto Habermas sinaliza para um discurso procedural na resolução consensual dos interesses conflitivos.¹⁹

O próprio Habermas indica o início dessa diferença ao incluir Hannah Arendt como representante de uma visão republicana de democracia, oposta a uma visão liberal e distinta da via procedimental aberta pela teoria do discurso.²⁰ A visão republicana, ao compreender a sociedade como um todo estruturado politicamente, no qual a formação democrática da vontade realiza-se na forma de um auto-entendimento ético-político,²¹ estabelece as bases para a ética da responsabilidade, que imputa ao agente as consequências de seus atos. Por outro lado, a alternativa da teoria do discurso, representada por Habermas, não percebe a sociedade e a cidadania como um sujeito político coletivo, que se contrapõe ao aparelho do Estado, mas como um espaço descentrado, composto tanto pela formação da opinião e da vontade – elemento chave da visão republicana – quanto

¹⁷ Habermas, Jürgen, *O Conceito de Poder em Hannah Arendt*, in Habermas, *Coleção Grandes Cientistas Sociais*, org. Bárbara Freitag e Sergio Paulo Rouanet, vol. 15, Ática, São Paulo, 1980, p. 111.

¹⁸ Idem, pp.24-25.

¹⁹ d'Entrèves, Maurizio, op. cit., p. 28.

²⁰ Habermas, Jürgen, *Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade*, vol. II, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997, pp. 19-20.

²¹ Idem.

pela constituição do Estado de Direito – ponto central do pensamento liberal. Ao adotar como eixo os processos e pressupostos comunicacionais da política deliberativa, conta com a intersubjetividade de processos de entendimento e a efetiva superação da filosofia do sujeito.²² Por fim, no lugar de uma ética da responsabilidade, Habermas reconhece não só o papel essencial da comunicação, mas também a importância do direito e da perspectiva normativa na promoção da solidariedade social e da resolução da pluralidade das esferas de valor.²³

No entanto, apesar das diferenças fundamentais entre as duas visões, o fato é que apontam para um caminho comum na tentativa de superação da filosofia do sujeito e de completar o projeto iluminista de emancipação da razão. Estabelecidas as linhas gerais desse caminho comum, pautado pela ação comunicativa e pela intersubjetividade, trataremos agora de alguns aspectos essenciais do conceito de democracia participativa para, a seguir, discutir até que ponto ela constitui uma alternativa política na consolidação do projeto moderno.

4. Conceito de democracia participativa

A idéia de democracia participativa é uma idéia contemporânea. Surge a partir da verificação de sérias insuficiências no modelo da democracia representativa introduzido na modernidade. Seu elemento central é a possibilidade de participação plena dos cidadãos na vida política, de modo que sua capacidade de interferência se estenda para além do mero direito ao voto. Trata-se, assim, de uma proposta conciliadora dos dois principais modelos de democracia conhecidos – o direto, exercido na *pólis* grega e o representativo, implementado após o Iluminismo – sintetizando-os em um sistema de democracia integral.

4.1. A *pólis* e a democracia direta

Com efeito, a preocupação com a melhor forma de governo era uma questão premente no mundo grego. Se a finalidade do Estado era a

²² Idem, p. 21.

²³ Diz Habermas: “A força social e integradora da solidariedade, que não pode ser extraída apenas de fontes do agir comunicativo, deve desenvolver-se através de um amplo leque de esferas públicas autônomas e de processos de formação democrática da opinião e da vontade, institucionalizados através de uma constituição, e atingir os outros mecanismos da integração social – o dinheiro e o poder administrativo – através do medium direito. Idem, p. 22.

promoção da felicidade humana, convergindo assim com a finalidade da ética, era essencial refletir a respeito da melhor maneira da *pólis* ser governada. Embora Platão e Aristóteles mostrem-se bastante desiludidos com o regime democrático,²⁴ introduzem alguns princípios que até hoje suscitam discussões sobre os fundamentos da democracia. Talvez o mais importante seja a relação entre liberdade e igualdade. A cidade democrática grega não se definia pela igualdade, mas pela condição de homens livres comum a todos os cidadãos. Todos tinham igualdade na participação do poder político porque eram livres, e não o contrário.²⁵ É, preciso, porém, lembrar que a liberdade era uma condição alcançada apenas por poucos homens, o que excluía grande parte da população (mulheres, escravos, estrangeiros) da vida pública e do direito à cidadania.

Por outro lado, a participação política grega se realizava exclusivamente pela forma direta, sem a intermediação de qualquer representante. A idéia de representação política era, aliás, estranha ao pensamento grego. O sentido de liberdade como participação ativa na vida pública da *pólis* era entendido de forma integral, isto é, apenas a participação plena dos cidadãos nas discussões e deliberações dos assuntos de interesse geral os tornava realmente cidadãos. Se essa participação não fosse exercida diretamente pelos próprios indivíduos já não seria mais plena e a liberdade não poderia ser alcançada. O importante não era apenas a deliberação direta, mas o processo de discussão que levava à tomada de decisões. O discurso, a

²⁴ Para, Platão, a democracia, formada pelo turbilhão da multiplicidade, estaria muito sujeita à instabilidade e não poderia promover a desejada harmonia da cidade. Na concepção platônica há uma grande desconfiança na capacidade do indivíduo em gerir a coisa pública. Somente aqueles que conheçam realmente a virtude podem conhecer a noção de bem e dirigir a cidade. Daí a vinculação dos filósofos ao governo e a capacitação política de uma minoria. Ver, nesse sentido, Goyard-Fabre, Simone, Qu’ est-ce que la démocratie? Armand Coulin, Paris, 1998, p. 26 e Coll, Ferran Requejo, Las Democracias: Democracia Antigua, Democracia Liberal y Estado de Bienestar, p. 66. Para Aristóteles, a democracia seria um desvio da república e poderia ocorrer em quatro espécies distintas, conforme a participação de todas as classes ou de apenas algumas no governo. A quarta espécie exibe a igualdade absoluta com o nivelamento legal entre pobres e ricos e admite a participação de todos nos cargos públicos. Mas seria, porém, a mais perigosa, pois o Estado poderia cair no domínio da multidão indigente, abrindo espaço para a substituição das leis por decretos e para a ascensão tirana dos demagogos. A Política, 2ª edição, Martins Fontes, São Paulo, 1998, p. 106.

²⁵ Esta dualidade entre liberdade e igualdade será retomada vigorosamente no pensamento político contemporâneo, sobretudo na dicotomia entre o sistema capitalista e o sistema socialista. Chauí, Marilena, Cultura e Democracia, 7ª ed. Cortez, São Paulo, 1997, p. 152.

argumentação, o debate e o convencimento assumem um papel central na vida pública, pois era por meio das discussões que os cidadãos obtinham parte importante do reconhecimento público.

A democracia grega, exercida entre os governos de Clístenes e Péricles (510-492 AC) baseava-se em três princípios e direitos fundamentais: a igualdade perante a lei (*isonomia*), o direito à palavra (*isegoria*) e o direito à participação política, (*isocracia*).²⁶ A combinação desses três princípios possibilitava o pleno exercício da liberdade do homem grego, que só era possível na vida pública da *pólis*. A igualdade perante a lei, a igualdade na possibilidade de expressão e a participação igual no poder decorriam, sem dúvida, de uma prévia condição de liberdade usufruída pelos cidadãos. E a democracia estendia ao máximo o exercício dessa liberdade ao exigir que todos os cidadãos debatessem e deliberassem diretamente a respeito dos assuntos de interesse da cidade. A participação política, na democracia, não era apenas um direito, mas também um dever.

O caráter positivo da discussão e deliberação em conjunto foi também assinalado por Aristóteles que, embora crítico em relação ao regime democrático, já apontava para a importância da diversidade combinada. Ao se perguntar sobre quem poderia deliberar melhor, se um único homem excelente ou uma multidão não excelente, Aristóteles acata a segunda opção, pois a combinação de muitas experiências diferenciadas pode ser bem mais útil para a regência da convivência humana do que a excelência de um só.²⁷

Por outro lado, a força da democracia grega não residia apenas na participação, de forma direta, de todos os cidadãos nas decisões dos rumos da cidade. Apoiava-se também no respeito absoluto às leis, gerais e impessoais, e na consciência de uma administração despersonalizada.²⁸

²⁶ A idéia de igualdade nas democracias pode ser também percebida na relação entre a localização da cidade e as formas de governo, estabelecida por Aristóteles, para quem "as democracias amam os terrenos nivelados". A Política, op. cit., p. 91.

²⁷ Aristóteles, A Política, op. cit., p. 156. Diz ele: "Entre nós, é o povo que toma conhecimento dos negócios, até mesmo os dos particulares, delibera sobre eles e os julga. Um homem, qualquer que seja ele, comparado à multidão, deve provavelmente valer menos. Ora, o Estado é formado pela multidão. Suas Assembléias se parecem com aqueles banquetes a que vários trazem suas contribuições, e sempre superam qualquer mesa particular. Da mesma forma, em muitas coisas, a multidão julga melhor do que um particular, qualquer que seja ele. Além disso, ela é menos fácil de se corromper, sendo semelhante à água, que quanto mais é abundante menos está sujeita à corrupção".

²⁸ Thémis, Neyde, Público e Privado na Grécia do VIII ao IV séc. A C: o Modelo Ateniense, Sette Letras, Rio de Janeiro, 1998, p. 51.

Com efeito, a idéia de que o poder não pertencia àquele que o estivesse exercendo, mas a todos os cidadãos, e de que deveria ser exercido segundo o estabelecido nas leis, e não conforme os interesses particulares do governante, era uma noção fundamental, que já anunciava, muitos séculos atrás, o moderno conceito de Estado de Direito. Esta distinção entre interesses particulares e interesse geral era tão forte que após o exercício de um cargo público por qualquer cidadão verificava-se, através de um processo, se o mesmo não havia enriquecido durante o período em que se ocupou dos negócios públicos. Ocorrendo qualquer irregularidade poderia ser sancionado com a perda de seus direitos cívicos (*atimía*).²⁹

4.2. A democracia representativa moderna

Após as grandes revoluções do século XVIII e com os ideais iluministas, a democracia volta a pautar o modo da condução da coisa pública no ocidente. A ascensão burguesa, impulsionada pelas forças das duas revoluções – o liberalismo econômico da primeira e o liberalismo político da segunda – era incompatível com os regimes absolutistas vigentes e ao mesmo tempo pressupunha alguma margem de liberdade e mobilidade no exercício do poder. Sob o lema "liberdade, igualdade, fraternidade", resgata-se o ideal democrático que se estrutura em conjunto com o princípio do Estado de Direito.³⁰

A proposta do resgate democrático integrava, assim, um projeto mais amplo da modernidade. Vimos que o processo de racionalização vivido no ocidente a partir do fim da idade média significou não só a opção

²⁹ Idem, p. 49.

³⁰ É bem verdade que esse resgate democrático teve seu início há mais de um século nas recém-fundadas colônias norte-americanas. Embora ainda submetidas à metrópole inglesa, as cidades da Nova Inglaterra já encontravam-se, desde 1650, completamente constituídas, regidas por uma vida política real, ativa, democrática e republicana. Tocqueville enfatiza o contraste com a sociedade européia contemporânea, ainda imersa no regime absolutista. E este contraste torna-se ainda maior quando ele afirma que sequer a representação era admitida, sendo os assuntos de interesse geral decididos em praça pública, como ocorria em Atenas. Diz o autor: "La commune nomme ses magistrats de tout genre; elle se taxe; elle répartit et lève l'impôt sur elle-même. Dans la commune de la Nouvelle-Angleterre, la loi de la représentation n'est point comme à Athènes, les affaires qui touchent à l'intérêt de tous". Havia, assim, todo um espírito democrático e republicano ratificado pela prática política dessas colônias, apesar das limitações impostas pela metrópole. A independência obtida mais de um século depois, em 1776, não instituiu a democracia como uma grande novidade, mas apenas possibilitou sua expansão. Tocqueville, Alexis, De la Démocratie en Amérique, vol. I, chapitre II, Flammarion, Paris, 1981, p. 100.

pela razão como principal norte para as ações humanas, mas também a fragmentação do próprio conceito de razão. A diferenciação das esferas culturais de valor, no *mundo da vida*, e a identificação dos subsistemas Estado e economia, no universo sistêmico, exigiram uma inédita pluralidade de racionalidades que, no mundo já desencantado, precisaram se relacionar por meio de um novo denominador comum. Paralelamente a esta consciência da condição moderna, o iluminismo anuncia sua pretensão emancipatória da razão e apresenta, como alternativa política, a democracia reinventada sob a forma representativa.

No entanto, a ilusão do projeto iluminista, verificada na promessa não cumprida de emancipação da razão, que permaneceu presa à racionalidade instrumental sistêmica, leva a questionar em que medida a proposta democrática moderna, calcada no mecanismo da representação, realmente significou, no campo político, a efetivação dos ideais do iluminismo ou apenas confirmou uma segunda ilusão.

Pode-se argumentar que a idéia de um resgate da vida democrática mostra que não há propriamente uma oposição entre a democracia dos antigos e a democracia dos modernos, como muitas vezes se diz, mas uma relação de aperfeiçoamento e adaptação da primeira à realidade encontrada em fins do século XVIII. De fato, a noção moderna de democracia não recusa os parâmetros colocados pela democracia antiga no campo institucional, mas antes os ajusta conceitual e pragmaticamente ao contexto político-jurídico. Se o resgate democrático iniciado há mais de dois séculos ganha cada vez mais importância, integrando de forma crescente a consciência ética da humanidade, é porque foi preciso um lento processo de maturação das mentalidades a ponto de se afirmar com força e em quase todo o mundo os desejos de liberdade e igualdade.³¹

Contudo, embora a democracia moderna retome os pilares lançados pela democracia grega, afirmando a liberdade, a igualdade e a participação no poder, diferencia-se sob dois aspectos fundamentais: a extensão da cidadania e a forma de exercício do poder. Com relação ao primeiro,

³¹ Goyard-Fabre, Simone, op. cit., pp. 10-11. Nas palavras da autora: "*Il n'y a pas de point de rupture entre le modèle démocratique des Anciens et l'idée démocratique des Modernes: ces sont plus ou moins nets, plus ou moins impérieux, les mêmes paramètres institutionnels, ces sont les mêmes exigences existentielles que sont à l'œuvre ici et là. (...) Leurs différences sont affaire d'intensité ou de mise en perspective; mais on retrouve dans les démocraties de tous les âges les mêmes vertus et les mêmes vertiges*".

deve-se reconhecer que a modernidade avançou em seu desejo de emancipação da vida política, estendendo o direito de voto aos demais membros da sociedade, ainda que a universalidade do voto tenha sido alcançada integralmente apenas no século XX. Quanto ao segundo aspecto, porém, após mais de dois séculos de exercício, a fórmula da representação política, implementada isoladamente, mostrou-se insuficiente para fazer da democracia o fator de emancipação política da modernidade.

A vitória da democracia representativa sobre a democracia direta na renovação do quadro político pós-iluminismo pode ser sintetizada pelos argumentos vencedores de Montesquieu na polêmica com Rousseau. Montesquieu situa a democracia como uma das subespécies da república, cuja característica principal é a atribuição da soberania ao povo.³² Esta, porém, ao contrário da tese de Rousseau,³³ deve ser exercida por meio de representantes, uma vez que o povo não é capaz de conduzir diretamente os negócios públicos, nem de conhecer as leis e as oportunidades. Assim, a vantagem da representação seria justamente o exercício da gestão pública por homens capazes e preparados para tanto. A distância entre representantes e representados deveria ser mantida, pois se cada um desejasse assumir as funções dos representantes, seria instaurado o caos e a democracia seria corrompida.³⁴ Montesquieu acrescenta, ainda, a impossibilidade de a democracia direta ser implementada nos Estados grandes, além de ter inúmeras inconveniências nos pequenos.³⁵

³² Montesquieu, *De L'Esprit de Lois*, vol. I, Flammarion, Paris, 1979, II/II, p. 131.

³³ Em Rousseau a defesa da democracia direta é incontestável. Na construção do pacto social, a alienação total das liberdades individuais de cada associado a toda a comunidade neutraliza o peso da força particular e permite a passagem da dependência pessoal para a dependência da lei. Por outro lado, como a elaboração das leis é feita pelos próprios indivíduos, esses tornam-se livres e independentes pois obedecem apenas a si mesmos. Rousseau, assim como os gregos, entende que a liberdade só é possível na vida pública, na condição de cidadania, com os indivíduos produzindo diretamente as próprias leis. O contrato social implica no reconhecimento de uma soberania individual, que afirma cada um como um legislador universal. Como a vontade geral, entendida como um consenso entre as vontades particulares na busca de um interesse comum – e não uma mera soma delas – expressa-se por meio de leis, não pode ser representada no campo legislativo. O ente soberano, formado pela assembléia popular, deve possibilitar que todos os indivíduos apresentem seus argumentos e pontos de vista, bem como discutam essas idéias, mas de modo que cada um se expresse enquanto indivíduo e não membro ou representante de determinada classe ou grupo particular. Rousseau, *Du Contrat Social*, I/VI, *Oeuvres Politiques*, Classiques Garnier, Bordas, Paris, 1989, p. 259.

³⁴ Montesquieu, op. cit., VIII/II, 243-244.

³⁵ Idem, II/II, pp. 132-133 e XI/VI, p. 297.

É preciso considerar, porém, que a idéia de representação em Montesquieu só funciona se for balizada por três elementos essenciais: a necessidade do povo conhecer os representantes, a relação de confiança que se estabelece entre ambos e a primazia do interesse coletivo.³⁶ O povo só pode eleger bem seus representantes se puder conhecer os candidatos, suas histórias, ações e posturas, de modo que apenas aqueles que demonstrarem competência e probidade serão eleitos. Por outro lado, há uma relação de confiança entre representados e representantes que não pode ser rompida, pois apenas parte da autoridade dos primeiros é confiada aos segundos. Os representados ainda detém, portanto, parte de sua autoridade pela qual podem exigir certas atitudes dos representantes. Além disso, Montesquieu identifica a democracia como o regime da igualdade, a qual só pode ser obtida pelo estabelecimento de leis e pela igual distribuição de riquezas. Preocupado com o desvio do interesse coletivo, defende a eliminação do luxo, pois a medida em que ele se estabelece, o espírito se volta para o interesse particular.³⁷

É evidente que as sociedades políticas formadas na modernidade já eram muito mais complexas do que as cidades-Estado gregas, exigindo instituições distintas e mais adequadas a essa nova realidade. Nesse contexto, o mecanismo da representação surge como a única possibilidade de se viabilizar a prática da democracia na modernidade. Contudo, apesar de sua importância, muitas vezes tem sido utilizado como forma de se retirar a soberania do povo, seu legítimo titular, esvaziando o próprio sentido democrático.

Historicamente, o discurso político capitalista tem defendido a democracia indireta – representativa – como um dos pontos centrais do sistema. Porém, adotam uma concepção extremamente formal e limitada. O maior problema reside justamente numa inversão ou distorção do conceito de soberania, que passa a ser atribuída à vontade dos governantes e não a dos governados. O principal argumento levantado por Montesquieu de que o povo não teria capacidade para conduzir o governo diretamente, reproduzido até hoje pelos defensores da democracia indireta (que, porém, não levam em conta as demais condições do sistema apresentado por esse autor), evidencia uma clara postura elitista de poder.

³⁶ Benevides, Maria Vitória de Mesquita, *A Cidadania Ativa*, Ática, São Paulo, 1991, pp. 50-51.

³⁷ Montesquieu, op. cit., V/II, p. 168 e VII/II, p. 227.

Ora, a premissa básica do regime democrático é justamente o fato de que o poder não pertence a quem o exerce, mas a toda a coletividade. Além disso, a idéia de que as diferenças são resolvidas pelo voto universal, estando este para além da moral e dos conteúdos, porque qualquer resultado (desde que dentro das formas da lei) deve ser respeitado, esvazia a democracia de um mínimo de conteúdo material que, referindo-se aos fins da sociedade, ou aos direitos da pessoa humana, dão legitimidade e sentido ao regime. Aliás, a concepção liberal, predominante desde o século XVIII, prevê um conteúdo mínimo de respeito a alguns direitos fundamentais, os chamados de primeira geração, especialmente os que garantem a forma da decisão a tomar pelo voto, como os de expressão, de associação, de reunião, de modo que as regras do jogo possam ser estabelecidas.³⁸ Mas sequer cogita a inclusão dos direitos econômicos e sociais, bem como os direitos da humanidade.

Com efeito, partindo do postulado de que a democracia é um sistema estritamente político, constituindo o regime da lei e da ordem para a garantia de liberdades individuais, a concepção liberal identifica liberdade e competição, seja a competição econômica da livre iniciativa, seja a competição política travada entre os vários partidos. A idéia de cidadania é restringida aos partidos políticos, dotados de técnica e competência, o que faz com que a democracia seja encarada sob a ótica exclusiva da eficácia, excluindo maiores espaços para a participação política. Além disso, a lei, em sua dimensão política é identificada com a potência judiciária para limitar o poder político e garantir os governos escolhidos pela vontade da maioria. Por fim, a idéia de ordem e estabilidade exige que os poderes públicos contenham a explosão dos conflitos sociais, que devem receber soluções técnicas e não políticas.³⁹

4.3. A democracia participativa contemporânea

Entendida em seu sentido mais profundo, a democracia deve abranger, do ponto de vista formal, tanto as instituições representativas como os mecanismos de participação direta (plebiscito, referendo, iniciativa popular de lei, orçamentos participativos), devendo também

³⁸ Ribeiro, Renato Janine, *O Retorno do Bom Governo*, in *Ética*, Companhia das Letras, São Paulo, 1992, p. 105.

³⁹ Chauí, Marilena, *Convite à Filosofia*, Ática, São Paulo, 1999, p. 430.

ser aplicada nos diversos espaços de organização social – escolas, empresas etc. Nesse sentido, Bobbio introduz a idéia de uma democracia horizontal, típica da sociedade contemporânea. Esgotada a possibilidade de ampliação do sufrágio, a expansão da democracia deve se dar nos diversos âmbitos sociais, de modo que o grau de desenvolvimento democrático de uma sociedade poderá ser medido não mais pelo número de pessoas habilitadas a votar, mas pelo número de instâncias (diversas da política) nas quais se exerce o direito de voto.⁴⁰ Exemplos desse alargamento horizontal da democracia são as experiências de orçamentos participativos realizados em diversos municípios brasileiros. A discussão e deliberação pública do orçamento constitui não somente uma nova forma de participação direta no poder, mas também a abertura de mais uma instância político-social onde essa participação possa ser exercida. O orçamento participativo, ao dar maior transparência e publicidade às contas públicas e ao promover o controle social do orçamento público, reduz, por exemplo, o espaço para o segredo e para a fraude, tantas vezes utilizados em nome de uma *Razão de Estado*, e nesse sentido concorre para a reaproximação entre ética e política.⁴¹

Sob o aspecto formal, aponta-se, assim, a democracia participativa como a necessária superação da democracia meramente representativa. A democracia participativa corresponde a um sistema integral de democracia, já que compatibiliza os mecanismos de representação com os institutos de participação direta. Trata-se, de certo modo, de uma síntese das duas formas, experimentadas isoladamente na Grécia antiga e na época moderna. Por meio desse sistema integral, que abre novos espaços para a participação, é possível iniciar o processo de democratização dos dois pilares centrais da sociedade moderna, a empresa capitalista e a máquina burocrática do Estado (identificados por Weber), até hoje intocados em suas estruturas de poder descendente e hierárquica.⁴²

⁴⁰ Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia*, 6ª edição, Paz e Terra, São Paulo, 1997, p. 56. Sobre esse ponto, afirma o autor: “Para dar um juízo sobre o estado de democratização num dado país o critério não deve ser mais o de “quem” vota, mas o do “onde” se vota”.

⁴¹ Sobre esse assunto, ver: Genro, Tarso e Souza, Ubiratan, *O Orçamento Participativo, A Experiência de Porto Alegre*, Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 1997 e Fedozzi, Luciano, *Orçamento Participativo, Reflexões sobre a Experiência de Porto Alegre*, Tomo Editorial, Porto Alegre, 1997.

⁴² Bobbio, Norberto, *O Futuro da Democracia*, op. cit., p. 57.

Novamente, a experiência do Orçamento Participativo, ao abrir as discussões e deliberações sobre o orçamento público para toda a comunidade, possibilita um início considerável de democratização do aparato burocrático do Estado. Nesse sentido, a idéia participativa supera a dicotomia entre Estado e sociedade civil, ou entre público e privado, aproximando a sociedade civil do Estado e o privado do público. Por outro lado, estabelece a distinção entre os interesses próprios e os interesses comuns.⁴³

Do ponto de vista material, o conteúdo democrático deve se preocupar, como questão crucial, com a promoção global dos direitos humanos – civis e políticos, sociais, difusos e coletivos. A íntima relação entre democracia e direitos humanos foi muito bem reconhecida e afirmada na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Em seus artigos XXI e XXIX, alínea 2, os princípios básicos da democracia são assegurados e o regime democrático já não constitui mais “*uma opção política entre muitas outras, mas a única solução legítima para a organização do Estado*”.⁴⁴ Com efeito, o bem maior tutelado pelo conjunto dos direitos humanos – a dignidade da pessoa humana – só pode ser assegurado em sua plenitude em regimes democráticos que observam os princípios da liberdade, da igualdade jurídica, política e social, da solidariedade e do respeito à diversidade étnica, religiosa, sexual e cultural.

Desse modo, o respeito aos direitos humanos deve ocorrer integralmente, considerando os princípios da unidade, indivisibilidade e complementariedade entre eles. A superação da concepção formalista de democracia, cujo conteúdo limita-se a assegurar os direitos da chamada primeira geração (direitos individuais civis e políticos), também passa pela inclusão dos direitos de segunda e terceira geração, que não se referem

⁴³ Comparato, Fábio Konder, *Para Viver a Democracia*, Brasiliense, São Paulo, 1989.

⁴⁴ Comparato, Fábio Konder, *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, Saraiva, São Paulo, 1999, p. 215. Os artigos mencionados expressam textualmente: “Art. XXI. 1. *Todo homem tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos.* 2. *Todo homem tem igual direito de acesso ao serviço público do seu país.* 3. *A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal, por voto secreto ou processo equivalente que assegure a liberdade do voto.* Art. XXIX. 2. *No exercício de seus direitos e liberdades, todo homem estará sujeito às limitações determinadas pela lei, exclusivamente com o fim de assegurar o devido reconhecimento e respeito dos direitos e liberdades de outrem e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar de uma sociedade democrática.*”

mais a indivíduos atomizados, mas a coletividades ou a toda humanidade. Direitos humanos e democracia indicam, assim, um fértil caminho para o estabelecimento de critérios no fragmentado universo ético da modernidade.

A perspectiva da participação contida na alternativa de aprofundamento democrático exige, por outro lado, urna relação de intersubjetividade e um contexto comunicativo que apontam justamente para a superação da filosofia do sujeito e a possibilidade de se completar o projeto da modernidade. É o que trataremos a seguir.

5. Democracia participativa no paradigma da ação comunicativa

A partir da análise feita, percebe-se que a democracia participativa contribui com um duplo acréscimo à perspectiva liberal. O primeiro consiste em um acréscimo quantitativo e refere-se à possibilidade de ampliação dos espaços de inserção e desenvolvimento do processo democrático, como aponta Bobbio em seu conceito de *democracia horizontal*. O segundo introduz urna ampliação qualitativa no processo de tomada de decisões, marcada pela possibilidade de maior participação direta dos cidadãos nas definições da coisa pública.

Habermas insere o processo da política deliberativa no centro da estrutura democrática.⁴⁵ Com efeito, o processo de tomada de decisões é o ponto chave da efetivação do processo democrático. A idéia de uma democracia participativa exige, assim, não o espaço meramente consultivo da "opinião de todos", mas fundamentalmente a existência de momentos de deliberação direta e o reconhecimento vinculante das decisões tomadas.

Desse modo, a dinâmica comunicacional e a intersubjetividade na esfera política garantem o debate entre as diferentes visões pessoais, mas só se completam com o processo de deliberação direta da coletividade participante. Assim, a qualidade participativa da democracia envolve sempre um caráter vinculante das decisões que uma vez tomadas exercem todo o poder.

Ao encontrar na ação e no mútuo entendimento a possibilidade de se estabelecer urna convivência humana calcada na igualdade e na solidariedade, Hannah Arendt vislumbra a democracia participativa como uma fértil saída para o exercício da política, já que contrasta

⁴⁵ Habermas, Jürgen, *Direito e Democracia, entre Facticidade e Validade*, op. cit., p. 18.

diretamente com as formas burocratizadas e elitistas da representação política.⁴⁶ O rompimento com essas formas se dá por duas vias principais: a participação direta dos cidadãos na vida política, criada pelos gregos e em poucos momentos resgatada pela história, e a abertura do espaço para a discussão pública, que permite o encontro entre as diferenças das opiniões e identidades de cada cidadão e a superação da extrema insuficiência do voto anônimo e individual, conduzido exclusivamente pelas convicções íntimas de cada um. A solução comum e as opiniões públicas só podem ser legitimamente construídas quando resultantes desse amplo processo.⁴⁷

Assim, Hannah Arendt posiciona-se totalmente contra a representação política e enfatiza a necessidade de se recuperar a democracia direta. Contudo, sua opção só pode ser entendida nesse contexto, que faz da deliberação direta um ponto fundamental, mas resultado do debate público. Sua crítica aos mecanismos de representação também é pautada por um segundo argumento. A representação, ao criar estruturas burocratizadas, consolida as formas de vida privatistas, que possibilitam a mobilização do apolítico e abrem caminho para as condições sócio-psicológicas da dominação totalitária.⁴⁸ Com efeito, após compreender tão lucidamente o drama dos movimentos totalitários do século XX, seu pensamento é marcado por uma grande tentativa de resgatar a vida ativa e a politização dos cidadãos, abafadas um dia pela vitória do *homo faber* e atualmente do *animal laborans*.

A tragédia do totalitarismo e a ruptura ainda mais profunda que provocou no mundo ético levaram à estreita associação entre democracia e direitos humanos, assentada em bases institucionais, como vimos acima. Segundo o pensamento de Hannah Arendt, a institucionalização dessa relação foi fruto de um consenso prévio, resultado do debate público. Nesse caso, é possível pensar que sua concepção democrática também aponte para a superação de um conteúdo formal mínimo⁴⁹ e passe a

⁴⁶ D'Entrèves, Maurizio, op. cit., p. 9.

⁴⁷ Idem, p. 17.

⁴⁸ Habermas, *O Conceito de Poder em Hannah Arendt*, op. cit., p. 106.

⁴⁹ Bobbio apresenta uma definição mínima de democracia a partir de suas regras formais. Trata-se de "um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas, em que está prevista e facilitada a participação mais ampla dos interessados". *O Futuro da Democracia*, op. cit., p. 12.

incluir também um conteúdo material elementar, composto pela integridade dos princípios dos direitos humanos. Já em Habermas, que entende o consenso não como um ponto de partida, mas como um momento final, e que adota uma concepção mais procedimental de democracia, não há maiores indícios para se pensar em termos de conteúdos democráticos mínimos.

Por fim, vale assinalar que a perspectiva aberta pela democracia participativa a partir de uma razão comunicativa aponta para um fértil caminho no cenário internacional. No contexto atual, marcado por uma realidade global, que relativiza a soberania dos Estados e aumenta as influências e interferências recíprocas entre eles, não é demais considerar a hipótese da construção de uma democracia universal, supranacional.

De fato, o cenário do direito internacional assume um papel essencialmente central em nossa época. A Declaração Universal de 1948 não apenas consolidou uma consciência ética em seus artigos, como também estimulou a formação de diversas organizações internacionais que buscam implementar medidas concretas para a efetivação dos direitos humanos no plano mundial. Por outro lado, a consolidação política, jurídica e econômica de blocos regionais – União Européia, Nafta, Mercosul – anunciam o surgimento de poderes supranacionais, que passam a assumir uma posição totalmente nova no equilíbrio das relações internacionais. Além disso, o consenso sobre os chamados direitos humanos de terceira geração – ao meio-ambiente sadio, ao desenvolvimento sustentável, à paz, à segurança, à proteção do patrimônio cultural e natural da humanidade – também apontam para uma interdependência entre os Estados, a partir do princípio de uma solidariedade internacional. Neste quadro, idéias até pouco tempo atrás consideradas utópicas e irrealizáveis, como “sociedade civil internacional” ou “democracia internacional” ganham, no mínimo, algum respeito no debate. Além de novos espaços para a prática democrática no cenário internacional, já realidade na esfera das organizações internacionais, alguns autores apontam, inclusive, a possibilidade e a necessidade de se criar formas de deliberação direta, não mais centradas apenas nos Estados, mas sobretudo nos indivíduos.⁵⁰

⁵⁰ A noção de “sociedade civil internacional” é apontada por Gelson Fonseca, em *A Legitimidade e Outras Questões Internacionais*, Paz e Terra, 1998. Já a idéia de “democracia internacional” é vislumbrada por Ignacio Ara Pinilla, até mesmo em sua dimensão direta. Diz

Assim, no mundo contemporâneo e no futuro próximo, a democracia participativa desempenha um importante papel tanto no âmbito interno dos Estados nacionais como no cenário internacional. Apresenta, portanto, uma ampla perspectiva de superar a filosofia da consciência, centrada no indivíduo, a partir de uma razão comunicativa aplicada na intersubjetividade. Abertas as possibilidades e anunciado o caminho, resta, sem dúvida, o enorme desafio de implementá-lo.

o autor: “Se tratarla así de sentar las bases para un difícil pero no imaginable proyecto de democracia en el plano internacional en el que ya no se pretendiera únicamente que los Estados actuaran en las relaciones internacionales guiados por un espíritu democrático, sino que todos los pobladores del universo confluyeran, liberados de los condicionamientos del hambre, la miseria, la desinformación, la opresión, la incultura, etc, a la formación de una decisión universal acerca de cuales són las exigencias que merecen ser ubicadas en el concepto genérico de los derechos humanos. (...) El hombre ya no vendría comprendido como un simple titular de derechos, sino como un partícipe directo en esta determinación”, *Las Transformaciones de los Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 162. Sérgio Paulo Rouanet também reforça a idéia de uma “democracia mundial, capaz de dar um novo conteúdo ao conceito de autonomia” além de supor “uma comunidade mundial composta por cidadãos livres e iguais, titulares dos mesmos direitos, independentemente de sua nacionalidade e de sua etnia”. Para este autor, a democracia mundial tem como foco não mais as culturas ou nações, mas os indivíduos, complementando as democracias nacionais na formulação e execução de políticas que exigem uma ação supranacional, *A Morte e o Renascimento das Utopias*, in *Caderno Mais!*, p. 17-18, Folha de São Paulo, de 25-06-2000.

Casamento: Habilitação e Celebração no Direito Internacional Privado Brasileiro *

Nadia de Araujo** e Daniela Trejos Vargas***

“Força é acentuar que o casamento é o ato jurídico que mais oferece campo às discussões em torno aos conflitos interestaduais que freqüentemente gera, dada a minuciosidade com é que regulado pelas leis internas e a maneira diversa pela qual as questões são encaradas e resolvidas.”

Miguel Maria de Serpa Lopes
Lei de Introdução ao Código Civil

Introdução; - 1. Casamento celebrado no Brasil; - 1.1 Capacidade para casar de indivíduo domiciliado no exterior; - 1.2. Habilitação de nubente divorciado no estrangeiro; - 2. Casamento consular celebrado no Brasil; - 2.1. Registro do casamento consular no Brasil; - 3. Casamentos celebrados no exterior; - 3.1 Antes da lei do divórcio; - 4. Casamento realizado no exterior perante a autoridade consular brasileira; Conclusões; Bibliografia Consultada

* Gostaríamos de agradecer aos que nos auxiliaram para a versão final deste trabalho: ao Prof. Lauro da Gama e Souza Jr., cuja presença e atuação completa a equipe de DIPr do Departamento de Direito da PUC-Rio, pelas suas sugestões, tanto de fundo como de forma, de extrema utilidade; à Professora de DIPr da UFRGS, Dra. Cláudia Lima Marques, também pelas suas pertinentes críticas e sugestões, cuja contribuição foram não só para melhorar este trabalho, como serviram para estreitar a cooperação acadêmica entre as equipes de pesquisa de nossas instituições; e, finalmente, ao advogado Ricardo Ramalho Almeida pela leitura cuidadosa, de grande auxílio na revisão final.

** Doutora em Direito Internacional pela Faculdade de Direito da USP, Professora de Direito Internacional Privado da PUC-Rio, e Procuradora de Justiça no Estado do Rio de Janeiro

*** Mestre em Direito pela PUC-Rio, Professora de Direito Internacional Privado e de Direito Civil da PUC-Rio, Doutoranda em Direito Civil pela Faculdade de Direito da UERJ

Introdução

Nos últimos anos, estamos vivendo uma série de modificações do antigo conceito de família, no sentido de ampliar sua noção. Esse processo, iniciado na jurisprudência e na legislação ordinária, foi afinal consagrado pela Constituição de 1988. Deslocou-se a tutela constitucional do casamento para as relações familiares dele decorrentes (mas não unicamente dele), transformando a proteção da família como instituição em uma tutela funcionalizada de acordo com a dignidade e seus membros, como bem acentua Gustavo Tepedino.¹ Como garantir essa proteção da família quando a mesma, ou parte dela, se desloca de um país para outro? Como garantir direitos tais como alimentos, e visitação dos pais, em casos de divórcios nos quais a separação também é geográfica e mais, internacional?

A importância das relações pessoais para o ordenamento jurídico interno é bastante conhecida. No entanto, a complexidade da família moderna enseja inúmeras repercussões de caráter internacional. Neste novo milênio, no qual a comunicação global é um dos traços característicos da sociedade, tende a aumentar a ocorrência de famílias transnacionais, e, por conseguinte as consequências desses fatos para o direito internacional privado. Só para citar alguns exemplos, há problemas de cunho internacional relacionados à validade do casamento, à repartição do patrimônio em caso de separação e divórcio, aos alimentos, aos filhos, e por fim à sucessão por morte ou por ausência.

Convivendo hoje em um mundo decididamente “globalizado” e que permite grande mobilidade aos indivíduos, vive-se de modo muito presente a dicotomia entre os direitos individuais e as necessidades do direito de família. Enquanto os primeiros têm por característica seu caráter universal, a família, ao contrário está muito vinculada à cultura, tradições e religião de cada sociedade.² E adicionando a estas características as do Direito Internacional Privado (DIPr), Erik Jayme afirma ser a principal marca da disciplina o conflito de culturas.³

¹ TEPEDINO, Gustavo, *A disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares*, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 349.

² ARNAUD, Jean-André, *O direito entre a modernidade e a globalização*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 90/91.

³ JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne*, Recueil de Cours, tomo 251, 1995, p. 35. Enfatiza ainda o autor não serem os problemas de família os únicos a trazerem à tona o choque de culturas, que pode ocorrer também em outras áreas.

Por seu turno, em todos os sistemas jurídicos há regras próprias criadas expressamente para determinadas categorias de situações conectadas a mais de um sistema jurídico. O objetivo do DIPr é promover e garantir a continuidade e a estabilidade das situações jurídicas multinacionais, através da igual valoração dos diversos sistemas inter-relacionados, escolhendo-se aplicar aquele que a norma indireta determina. Dessa forma, garante-se a segurança jurídica das relações privadas e evita-se a frustração das expectativas concebidas pelas partes e terceiros com base nessas regras.

Várias situações relativas ao casamento dizem respeito ao Direito Internacional Privado, pois a relação jurídica vai trazer à tona questões de aplicação da lei brasileira ou estrangeira, quando houver um sujeito da relação conectado a um outro país, ou quando os atos ou fatos ocorridos no exterior precisem produzir efeitos no território nacional.

O Brasil adota, desde 1942, com a edição da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC), o domicílio como elemento de conexão⁴ para reger as questões relativas à capacidade e ao direito de família. Desta forma, será regido pela lei brasileira o estrangeiro aqui domiciliado, sendo irrelevante para o DIPr brasileiro, em regra, a nacionalidade⁵ do indivíduo ou qualquer disposição proveniente de sua lei nacional. Da mesma forma, o brasileiro domiciliado no exterior não será regulado pela lei brasileira no tocante à sua capacidade e direitos de família, mas sim pela lei de seu domicílio. Esta regra, consubstanciada no artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, cuida da lei aplicável ao “*começo e fim da personalidade, o nome, a capacidade e os direitos de família*”.

O casamento é um ato complexo para o DIPr, pois vai exigir tanto a determinação da lei aplicável à capacidade das partes para praticar o ato como da lei aplicável à própria celebração do ato. Devido a esta

⁴ Elemento de conexão, regras de Conexão, ou regras de conflito, ou ainda regras conflituais, são regras indiretas, pois indicam qual a lei aplicável pelo método conflitual, seja esta a lei do foro ou uma lei estrangeira. Ao contrário, as regras substanciais, também conhecidas como Regras de DIPr Material, ou normas diretas, resolvem diretamente a questão, sem apontar a utilização de uma outra norma. E nos dizeres de João Grandino Rodas, “o elemento de conexão do direito brasileiro para a capacidade, tanto de fato como de direito, é a lei do domicílio, condicionada pela ordem pública brasileira.” RODAS, João Grandino, *Direito Internacional Privado Brasileiro*, São Paulo, Editora dos Tribunais, 1993, p.17.

⁵ Note-se que justamente nesse tema há resquícios da regra da nacionalidade, quando a lei brasileira impõe a obrigatoriedade aos brasileiros de registrar no país o casamento realizado no exterior.

complexidade, o caput do artigo 7º se mostra insuficiente para solucionar, pela simples aplicação da regra domiciliar, todos os problemas de conflitos de leis existentes em relação ao casamento. Os parágrafos 1º a 6º do referido artigo 7º vão regular questões pertinentes ao casamento, em alguns casos trazendo exceções ao critério domiciliar geral. Essas questões dizem respeito a: celebração; invalidade; regime de bens; e, efeitos do divórcio estrangeiro. No tocante à natureza das normas de DIPr que cuidam especificamente o casamento temos uma predominância de normas de caráter unilateral, pois somente os parágrafos 3 e 4 são bilaterais.⁶

Este artigo quer discutir as questões relativas ao casamento que contenham algum elemento internacional – especialmente com relação à sua celebração e eficácia –, e tentar apontar caminhos e soluções para os problemas surgidos com o aumento expressivo de casos a esse respeito no dia-a-dia dos brasileiros, e sua repercussão na jurisprudência dos nossos tribunais.

Dividimos o trabalho nas hipóteses abaixo, que serão em seguida tratadas individualmente:

(1) casamento celebrado no Brasil, em que um dos nubentes é domiciliado no exterior:

(1.1) problemas relativos à capacidade no momento da habilitação; e

(1.2) efeitos de ato realizado previamente no exterior, em caso do nubente anteriormente divorciado.

(2) casamento celebrado no Brasil, em que ambos os nubentes são de nacionalidade estrangeira e sua realização ocorre perante autoridade consular estrangeira.

(2.1) registro do casamento consular no Brasil

(3) casamento celebrado no exterior, em que um dos nubentes é brasileiro ou domiciliado no Brasil: sua eficácia e registro hoje

(3.1) antes da lei do divórcio

⁶ Unilateral é a norma de DIPr que indica a lei aplicável segundo a perspectiva do ordenamento do foro. Por exemplo, é unilateral a norma do art. 7º, § 1º, da LICC, que prevê a aplicação da lei brasileira para os casamentos aqui realizados, em relação aos impedimentos dirimentes e às formalidades da celebração. As normas de DIPr bilaterais são neutras, isto é, levam em conta o assunto jurídico em causa e, a partir do elemento de conexão, indicam a lei aplicável de qualquer ordenamento. Assim é o caso do art. 7º, §§ 3º e 4º, da LICC, que indicam como aplicável a lei do domicílio do casal (ou a do primeiro domicílio conjugal) para reger a invalidade do matrimônio e o regime de bens, sem referirem-se à aplicabilidade da lei brasileira.

(4) casamento celebrado no exterior, em que ambos os nubentes são brasileiros, perante a autoridade consular brasileira.

1. Casamento celebrado no Brasil

Este item do trabalho procura esclarecer dois pontos que consideramos importantes para entender os casamentos celebrados no Brasil, com repercussões no DIPr: (1) as questões relativas à capacidade dos nubentes; (2) a análise dos efeitos de uma decisão estrangeira, quando um dos nubentes está se habilitando no Brasil, mas seu divórcio deu-se no exterior.

1.1. Capacidade para casar de indivíduo domiciliado no exterior

O legislador introduziu uma regra específica para casamentos, no parágrafo primeiro do artigo 7º, determinando a aplicação da lei brasileira aos casamentos realizados no Brasil, não só quanto às formalidades da celebração como também em relação aos impedimentos dirimentes.⁷

Esta norma – pela qual as formalidades da celebração do casamento realizado no Brasil segue a lei brasileira –, não apresenta qualquer dificuldade, sendo na verdade uma aplicação da regra clássica *locus regit actum*, e que no tocante ao casamento é designada como a regra de conexão *lex loci celebrationis*.⁸ Jacob Dolinger, trazendo os ensinamentos de Dicey e Morris, nos mostra que a facultatividade da regra *locus* não se aplica em matéria de celebração de casamento, pois são normas de caráter imperativo as que determinam deva o casamento ser realizado em cumprimento das normas internas de celebração.⁹ A *lex loci celebrationis* é uma regra de DIPr que protege o *favor matrimonii*, e por sua universalidade foi alçada à condição de princípio da disciplina, tendo sido tema de uma das primeiras convenções da Haia, em 1902.¹⁰

Já a exigência de que sejam observados os impedimentos dirimentes da

⁷ Ficam excluídos os impedimentos impeditivos, que não precisam seguir a lei brasileira para aquele que é domiciliado no exterior, pois o indivíduo não é regido pela lei brasileira mas sim pela lei estrangeira do seu domicílio, conforme determina o caput do artigo 7º. Veja-se o artigo 183 do Código Civil.

⁸ Para maiores informações a respeito do direito comparado e convencional a respeito da norma *lex loci celebrationis*, ver DOLINGER, Jacob, *Direito Civil Internacional*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1997, p. 15 e seguintes.

⁹ *Ib. Id.*, p.15., e nota nº 25, p. 16.

¹⁰ Convenção para regular os conflitos de leis em matéria de casamento, Haia, 1902. Para texto, ver DOLINGER, Jacob e TIBÚRCIO, Carmen, *Vade-mécum de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994, p. 676.

lei brasileira traz à tona a discussão sobre a lei aplicável à capacidade para contrair matrimônio. Isso porque o art. 183 do Código Civil, que elenca os impedimentos dirimentes a que se refere o parágrafo primeiro do artigo 7º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao dizer claramente “*não podem casar...*” cuidando justamente da capacidade para contrair matrimônio.

A Introdução ao Código Civil, de 1917, definia a questão da capacidade e direitos de família no artigo 8º, que eram regidos pela lei da nacionalidade. Já os atos jurídicos sujeitavam-se à regra da *locus regit actum* quanto à sua forma extrínseca no artigo 11º, e quanto à sua substância e efeitos no artigo 13. Assim, no tocante ao casamento, distinguia-se a lei aplicável à forma do ato – sua celebração –, da lei aplicável ao fundo, ou seja, capacidade e direitos pessoais e patrimoniais decorrentes do casamento. Em 1942, a LICC não apenas modificou o sistema – do critério de nacionalidade para o critério domiciliar –, mas também distinguiu a capacidade para o casamento da regra geral sobre capacidade civil.

Amílcar de Castro esclareceu bem a questão, ao escrever que a capacidade de casar é um aspecto da capacidade para os atos da vida civil em geral, portanto não poderia ser estabelecida também para os demais atos da vida civil. O casamento, sendo uma instituição que interessa diretamente à ordem pública, não pode ser comparado aos contratos apreciados pelo direito das obrigações.¹¹ Por isso, no seu entender, o direito civil estabeleceu limites para a capacidade de casar diferentes da capacidade de contratar ou agir em geral, constituindo-a em uma capacidade específica. Assim, se o casamento ocorrer no Brasil, por ocasião da habilitação, o nubente, mesmo domiciliado no exterior, deverá atender aos requisitos de capacidade matrimonial da lei brasileira, mesmo que diversos ou inexistentes em sua lei domiciliar.

A norma do artigo 7º, §1º, da LICC possui caráter unilateral e imperativo, ou seja, em vez de chegar-se à lei estrangeira pela norma de conflito do *caput*, aplica-se a lei brasileira a ambos os nubentes, sejam eles domiciliados ou não no Brasil. Por meio desta regra evitam-se os problemas de qualificação advindos da confusão entre questões de forma e de fundo que permeiam a questão do casamento.

Sob o regime da Introdução ao Código Civil, de 1917 eram muito

¹¹ CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, 2º volume, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1956, p. 79.

conhecidos os inúmeros problemas relativos à qualificação das questões de forma e de fundo. No nosso sentir, a interpretação da LICC não pode indicar outro caminho senão o de que o parágrafo primeiro unificou forma e fundo sob a mesma lei, exigindo para os casamentos aqui realizados o cumprimento da lei brasileira não só com relação às questões da celebração como também com relação à capacidade dos nubentes, conforme inspiração americana.¹² Com isso simplifica-se o procedimento e evita-se que o celebrante tenha que perquirir as questões pertinentes à lei estrangeira que de outra forma seria aplicável, e que lhe são de todo desconhecidas. Instaura-se, com relação ao casamento um conceito de territorialidade, excepcional em relação ao método conflitual.¹³

Aliás, Oscar Tenório, ao comentar a LICC assim se posiciona:

“Afastando a lei domiciliar e dando preferência à lei da celebração para reger os impedimentos dirimentes, o direito brasileiro tem em vista evitar as dificuldades da questão em face da ordem pública.

Qualquer casamento a ser celebrado por autoridade brasileira, no Brasil, subordina-se ao que dispõe a lei brasileira sobre impedimentos dirimentes. Não se suscitam, pois, dúvidas relativas à ordem pública.

A autoridade celebrante examina apenas, neste particular, as disposições do direito positivo brasileiro, abstraindo as disposições contidas na lei domiciliar ou na lei nacional dos nubentes.

A regra do parágrafo 1º. do art. 7º é daquelas que se catalogam na denominação de unilaterais. O legislador estabeleceu um princípio de direito internacional privado sem considerar os critérios de leis estrangeiras. Não se preocupou, outrossim, com os impedimentos que pudessem ocorrer segundo a lei do domicílio e a lei da nacionalidade. Desprezou as conseqüências do ato no plano internacional.”¹⁴

¹² Valladão afirma ter dado grande ênfase à lei do lugar da celebração consagrando a tradição americana e a contínua prática brasileira, salientando, ainda, que a *lex loci celebrationis*, por ser comum a todos que participam no ato matrimonial, nubentes e autoridades, une, ademais, a forma ao fundo sob a mesma lei, evitando a dicotomia que a lei pessoal não teve poder para suprimir. Com isso, afirma, ainda, impedem-se graves questões de qualificação entre as duas categorias [forma e fundo] além dos delicados problemas de conflitos de leis pessoais dos nubentes. VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol. II, 2a. ed. rev. e atualizada, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1977, p. 58.

¹³ Nesse sentido, já apontaram Amílcar de Castro, op. cit., p. 84 e Haroldo Valladão, op. cit., p. 58 e seguintes.

¹⁴ TENÓRIO, Oscar, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2ª. Ed. aumentada, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1955, p. 280. Acrescenta ainda que essa unilateralidade cria dificuldades

Uma última questão diz respeito ao alcance do parágrafo primeiro do art. 7º, se a lei quis referir-se a todos os impedimentos dirimentes ou somente aos de caráter público. Pois estes últimos estariam ligados à ordem pública e por esta razão seriam sempre de observância obrigatória, enquanto os segundos, ligados à capacidade, reger-se-iam pela lei domiciliar, na forma do caput do artigo 7º, e que levaria à aplicação da lei domiciliar do nubente e não da lei brasileira.

A doutrina divide-se nesse ponto. Por um lado, Amílcar de Castro, Eduardo Espínola e Haroldo Valladão entendem ter promovido a LICC a unificação da questão de fundo e forma, enquanto Serpa Lopes e Dolinger acreditam ser necessário utilizar, além dos requisitos da lei brasileira, os da lei domiciliar do nubente. Oscar Tenório, apesar de admitir que a LICC unificou forma e fundo, critica a adoção da norma.

O tema é controverso, a começar pela terminologia empregada pelos autores, que se referem tanto a impedimentos absolutos e relativos, como a impedimentos públicos e privados, não havendo total correspondência desses conceitos com os de impedimentos dirimentes e impeditores. A importância deste ponto, porém, deve-se aos efeitos para a validade e eficácia do casamento dos impedimentos que geram a nulidade do mesmo, em face do interesse público – dirimentes absolutos. Já em relação aos demais, o interesse é particular da pessoa que pode invocar o vício em certo prazo decadencial, sendo o casamento apenas anulável. Por fim, temos ainda os impedimentos chamados proibitivos ou impeditores que não invalidam o casamento, mas tão somente impõe uma penalidade a quem os transgredir. Por isso, o descumprimento desses últimos não foi objeto de preocupação da LICC, tendo em vista que em nada afetam a ordem pública brasileira.¹⁵

Amílcar de Castro¹⁶ esclarece que a LICC ao restabelecer o sistema da *lex loci celebrationis* não faz distinção entre impedimentos dirimentes absolutos ou relativos. Desta forma, o parágrafo primeiro abrangia todos os impedimentos dirimentes. No mesmo sentido Espínola e

para a validade do casamento no exterior, pois se preocupa somente com o atendimento às regras brasileiras. Assim, aconselha aos nubentes, se houver interesse em que esse casamento tenha validade no exterior, o atendimento aos preceitos de ordem pública de sua lei domiciliar.

¹⁵ CASTRO, Amílcar, op. cit., p. 83.

¹⁶ CASTRO, Amílcar, op. cit., p. 81.

Espínola¹⁷. Valladolid,¹⁸ apesar de reconhecer o esforço de distinguir entre os impedimentos da lei brasileira que deveriam ser observados por serem de ordem pública, feito pela doutrina sob a égide da Introdução de 1917, mostra que os juízes de paz e do registro civil sempre exigiram a observância dos impedimentos da lei brasileira, isto é, os constantes do artigo 183 do Código Civil. A seu ver, a LICC teria acolhido essa prática e mandado aplicar somente a lei brasileira para o casamento realizado no Brasil, unificando, como vimos, forma e fundo, sob a *lex loci celebrationis*.

Serpa Lopes critica a posição de Espínola, ao dizer que este se apegara à latitude gramatical do texto da LICC, para defender a inclusão de toda espécie de impedimentos dirimentes, absolutos ou relativos. Conclui, afinal, que só os impedimentos revestidos do caráter de ordem pública devem ser seguidos, ou seja, aqueles previstos nos n.ºs. I a VIII do art. 183 do Código Civil, em harmonia com o disposto no artigo 38 do Código Bustamante.¹⁹ Oscar Tenório, em sua crítica, alerta que a LICC afastou-se das normas do Código Bustamante, o qual, em sua opinião, adota condições jurídicas que melhor resguardavam a validade do casamento no plano internacional, ao sujeitar também os nubentes à observância dos impedimentos de sua lei pessoal.²⁰

Dolinger²¹ entende que o legislador brasileiro, ao modificar o Direito Internacional Privado brasileiro com a edição da LICC, em 1942, seguiu a orientação consagrada na Convenção da Haia para regular os Conflitos de Lei em Matéria de Casamento, de 1902, e a do Código Bustamante, artigos 36 a 38. Desta forma, Dolinger sustenta uma aplicação cumulativa

¹⁷ ESPINOLA, Eduardo, e ESPINOLA FILHO, Eduardo, *A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. II, 2.ª Edição, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1995, p. 170. Após analisarem cada um dos impedimentos dirimentes, do I ao XII do art. 183 do Código Civil, concluem os autores, *verbis*: "a vigente lei de introdução, entretanto, com o preceito do parágrafo primeiro do seu art. 7.º, reclamando, quanto à casamentos no Brasil realizados, a observância da lei brasileira, no que tange aos impedimentos dirimentes, sejam embora privados..."

¹⁸ VALLADÃO, op.cit., p. 57.

¹⁹ SERPA LOPES, Miguel Maria, *Lei de Introdução ao Código Civil*, vol. II, 2.ª Ed. revista e aumentada, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1959, p. 92. Inspira-se o autor na exposição feita por Philadelpho de Azevedo, no sentido de que o dispositivo do parágrafo 1.º do artigo 7.º seria uma concretização do artigo 17 da Introdução ao Código Civil anterior à LICC [e que continua com a mesma numeração] de impedir a aplicação de lei estrangeira ofensiva à soberania nacional, à ordem pública e aos bons costumes. P. 89.

²⁰ Id., *ib.*, p. 253.

²¹ DOLINGER, *Direito Civil...*, p. 70 e seguintes.

da lei domiciliar do *caput* do art. 7.º e da lei brasileira. Portanto, nubentes domiciliados no exterior teriam que obedecer sua lei pessoal no tocante à capacidade para contrair matrimônio, inclusive os impedimentos ali estabelecidos, e também os primeiros oito impedimentos da lei brasileira, considerados impedimentos dirimentes absolutos ou públicos (estes compreendem quatro categorias jurídicas, a saber; incesto, adultério, bigamia e homicídio).

A nosso ver, o legislador, ao introduzir o parágrafo primeiro do artigo 7.º, e tendo em vista que a lei não deve conter palavras inúteis, claramente quis ir além da questão da ordem pública, pois esta já está contemplada no artigo 17 da LICC. Assim, quer nos parecer, que em linha com Amílcar de Castro e Haroldo Valladolid, a norma em questão visou simplificar a realização dos casamentos no Brasil, em que haja um nubente domiciliado no exterior. Eliminou, portanto, as considerações de qualificação de forma e fundo, exigindo-se, por ocasião da habilitação, tão somente, o cumprimento dos requisitos da lei brasileira, amplamente conhecidos dos oficiais de registro civil que a processam. Aliás, acreditamos que a ausência de jurisprudência²² exigindo o atendimento à impedimentos da lei domiciliar estrangeira, confirma esta linha de interpretação.

1.2. Habilitação de nubente divorciado no estrangeiro

A questão diz respeito ao processo de habilitação para o casamento a ser realizado no Brasil quando um dos nubentes for divorciado e este divórcio tiver sido realizado no exterior. Surge a dúvida acerca da necessidade de proceder-se ou não à homologação desta decisão como condição à concessão da habilitação. Considerando que a condição de divorciado diz respeito à uma questão de estado, e a teor do parágrafo único do art. 15 da LICC, não haveria necessidade de proceder-se à homologação, podendo este nubente habilitar-se apenas com o documento estrangeiro de comprovação do divórcio, registrado em Títulos e Documentos.

²² Não há que se confundir esta hipótese com casos como o RESP 34.093-RJ, tratado no item 3.3 deste trabalho. O voto do Ministro Costa Leal, apesar de aludir a existência de "ao tempo do casamento realizado no exterior havia impedimento dirimente absoluto, segundo a lei brasileira", tem como fundamento de seu voto, na verdade, a violação à ordem pública brasileira, pois se registrado no Brasil, o casamento realizado no exterior de desquitado — cujo vínculo do casamento anterior ainda existia perante o direito brasileiro —, estar-se-ia admitindo a simultaneidade dos casamentos.

O tema já foi objeto de polêmica entre os tratadistas do DIPr. Por um lado, Haroldo Valladão sempre defendeu a imprescindibilidade da homologação sem qualquer exceção. De outro, Eduardo Espínola, Serpa Lopes e Oscar Tenório posicionam-se pela desnecessidade para as questões de mero estado. Dolinger, alinhando-se a essa segunda posição, prega a desnecessidade da homologação nesses casos, por entender que deve ser feita a distinção entre a sentença que produzirá efeitos imediatos no Brasil, daquelas que são apresentadas como mera prova de determinada situação já consolidada.²³

Essa divergência dos juristas, sobre a qual a jurisprudência se manifestara nos dois sentidos²⁴, foi pacificada pelo recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, que considerou derogado tal dispositivo pelo artigo 483 do Código de Processo Civil.²⁵ Desta forma, passou a ser obrigatória a homologação de qualquer sentença estrangeira que venha a produzir efeitos no Brasil, independentemente de sua natureza. Veja-se a ementa da decisão do Min. Celso de Mello, à época Presidente do STF:

Sentença estrangeira de divórcio. Pedido de averbação desse ato sentencial dirigido a magistrado estadual. Alegada desnecessidade de prévia homologação, em face do art. 15, parágrafo único da LICC. Norma legal derogada pelo CPC (art. 483). Magistério da doutrina. Impossibilidade processual da instauração de delibação incidente. Ação de homologação de sentença estrangeira. Sistema de contenciosidade limitada. Evolução do instituto no direito brasileiro. Indispensabilidade da homologação prévia de qualquer sentença estrangeira, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada. Precedente do STF.²⁶

A hipótese ocorreu quando se postulou a averbação do divórcio proferido no exterior, no registro civil, em assento de casamento, de forma direta. Sustentou a postulante ser desnecessária a prévia homo-

²³ DOLINGER, Jacob, *Direito Civil...*p. 231.

²⁴ *Ib. id.*, p.231/233.

²⁵ Art. 483 – *A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal.*

Parágrafo único – A homologação obedecerá ao que dispuser o regimento interno do Supremo Tribunal Federal.

²⁶ Petição avulsa nº 11. Para o texto no íntegra, ver em www.stf.gov.br, na seção de pesquisa sobre decisões monocráticas.

logação porque se tratava de sentença meramente declaratória do estado da pessoa. Todavia, o magistrado declarou-se incompetente e encaminhou o feito ao STF. Concordeu com a decisão de primeiro grau o Presidente do STF, pois se impunha a homologação prévia.

Ao analisar o caso, esclarece o Min. Celso de Mello que o processo de homologação desempenha função essencial na outorga de eficácia a qualquer sentença estrangeira, possuindo caráter constitutivo. Por isso, não pode ser dispensado em nenhum caso. Ademais, com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973, posterior à Lei de Introdução, o sistema foi modificado e a exceção antes existente não foi mantida.

Diz o Ministro Celso de Mello, no corpo do acórdão:

“É certo que a Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro exclui, da necessidade de prévia homologação pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, ‘as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas’ (art. 15, parágrafo único).

Ocorre, no entanto, que essa norma legal, promulgada em 1942, veio a ser derogada pelo Código de Processo Civil, cujo art. 483, sem qualquer cláusula de exclusão - e referindo-se, genericamente, a todos os atos sentenciais emanados de autoridades estrangeiras - dispõe que ‘A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal’ (grifei).

Isso significa, portanto, considerado o sistema de direito positivo vigente no Brasil, que também as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas estão sujeitas ao juízo prévio de homologação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, para que possam dispor de eficácia jurídica em território brasileiro.

....

Desse modo, achando-se as sentenças estrangeiras de divórcio necessariamente sujeitas ao juízo de delibação do Presidente do Supremo Tribunal Federal, quaisquer que sejam os efeitos postulados pela parte interessada (RTJ 124/471), torna-se inviável admitir, em consequência, a instauração de delibação incidente perante magistrado local.”

E por essas razões devolveu o expediente ao juiz de primeiro grau para que a parte promovesse a homologação da sentença estrangeira em questão.

Não há que se confundir o caso acima com outro, também do STF, e anterior a este, no qual se permitiu o registro no Brasil de casamento

realizado no exterior, entre brasileira e estrangeiro, anteriormente divorciado, sem que se exigisse a homologação dessa sentença de divórcio. Neste caso, a prova da capacidade para casar foi feita segundo a *lex loci celebrationis*, e não caberia, no momento do registro, exigir novo requisito, por tratar-se de ato que deve ser respeitado no Brasil por ter seguido a lei local. Veja-se sua ementa:

*Casamento celebrado validamente no exterior entre estrangeiro, ali regularmente divorciado, e brasileira solteira. A transcrição desse matrimônio no registro civil brasileiro não depende de prévia homologação da sentença relativa ao divórcio do conjugue estrangeiro. Dissídio de jurisprudência não comprovado. Recurso Extraordinário não conhecido.*²⁷

2. Casamento consular celebrado no Brasil

No Brasil, a existência do casamento consular aqui celebrado é reconhecida desde os tempos do império, em havendo reciprocidade e limitado aos nacionais dos estados celebrantes.²⁸ A possibilidade de se realizar o casamento, segundo as leis do estado estrangeiro, remonta à ficção da extraterritorialidade das repartições diplomáticas, a partir da teoria concebida por Hugo Grotius²⁹ no século XVII. Esta teoria foi perdendo força e acabou por ser abandonada no século XIX. Vislumbamos, porém, resquícios desta ficção de extraterritorialidade no casamento consular, ao permitir-se, por exceção à norma geral da *lex loci celebrationis*, ser este realizado no país, segundo as leis de outro. Este hipótese de casamento é a única exceção à norma geral acima.

A Introdução ao Código Civil de 1917 não dispunha expressamente sobre o casamento consular, que, no entanto, era aceita pelo art. 204 do Código Civil.³⁰ Essa sempre foi a praxe diplomática, como bem se vê de dois pareceres de Clóvis Beviláqua, quando Consultor Jurídico do

²⁷ RE nº 87632/RJ. DJ de 19-09-80. EMENT. VOL.01184-01, p.322, RTJ, vol.99-01, p. 216. Ministro MOREIRA ALVES. Julgamento em 27/06/1980.

²⁸ VALLADÃO, op. Cit. vol. II p. 68

²⁹ MELLO, Celso D. de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*, vol. II, 10ª edição, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1994, p. 1103.

³⁰ Art. 204 – O casamento celebrado fora do Brasil prova-se de acordo com a lei do país onde se celebrou.

Parágrafo único: se porém se contraiu perante autoridade consular, provar-se-á por certidão do assento no registro do consulado.

Ministério das Relações Exteriores. No primeiro, garantia-se, já em 1908 ser o reconhecimento do casamento consular a verdadeira doutrina, em projeto de nota a respeito à Legação de Portugal, aqui sediada.³¹ No segundo, em 1924, ao examinar a validade no Brasil de casamento realizado em legações ou consulados, afirma que o direito brasileiro o admite “desde que se trate de estrangeiros da nacionalidade do representante diplomático ou consular, em cuja presença for celebrado o casamento.”³²

Quando da edição da LICC, modificou-se a prática anterior, ao admitir o casamento consular, em que bastava ser um dos nubentes, ainda que estrangeiro, domiciliado no país da autoridade consular. No entanto, viu-se que não era possível manter a unidade do princípio domiciliar com a nova regra, e, posteriormente, em 1957, a Lei nº 3.238 retoma o princípio anterior da nacionalidade, substituindo a redação de então pela atual, que exige serem *ambos* os nubentes da nacionalidade do país da autoridade celebrante.

Conclui-se que, no Brasil, o parágrafo segundo do artigo 7º³³ ao dispor sobre o casamento consular o fez em estreitos limites. Para tal, somente se ambos os nubentes forem estrangeiros e da mesma nacionalidade. Assim, se um dos nubentes, apesar de estrangeiro for de outra nacionalidade, o casamento no Brasil perante o consulado de país estrangeiro será considerado nulo, para fins de efeitos no Brasil.

Jacob Dolinger salienta que o casamento em violação a esse limite terá desrespeitado a soberania brasileira e, portanto, não terá validade. Não se trata simplesmente de casamento realizado por autoridade incompetente, cujo vício é sanável, depois do prazo decadencial, mas

³¹ *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. I, organização Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Brasília, Senado Federal, 2000, pp. 86/87

³² *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty*, vol. II, organização Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Brasília, Senado Federal, 2000, p. 288.

³³ Art. 7º, §. 2º: O casamento de estrangeiros poderá celebrar-se perante autoridades diplomáticas ou consulares do país de ambos os nubentes.

Veja-se, também, o artigo 5º, f, da Convenção de Viena sobre Relações Consulares, em vigor no Brasil pelo Decreto 61.078/67, que dispõe sobre as funções do Consul: “f) agir na qualidade de notário e oficial de registro civil, exercer funções similares, assim como outras de caráter administrativo, sempre que não contrariem as leis e regulamentos do estado receptor.” Desta forma, cabe ao Brasil determinar os limites de competência dos cônsules estrangeiros em território nacional.

sim de casamento nulo, cuja existência jamais será aceita. Dolinger cita, ainda, caso do Tribunal de Justiça do antigo Estado da Guanabara que decidiu questão sobre a hipótese, declarando inexistente casamento realizado no Brasil, perante autoridade consular estrangeira, em que um dos nubentes era de nacionalidade diversa da do celebrante.³⁴

2.1. Registro do casamento consular no Brasil

Resta apenas esclarecer como se procede à prova da realização desses atos. A Lei de Registros Públicos não disciplina o registro do casamento consular no Registro de Pessoas Naturais, pois o artigo 32 diz respeito, tão somente, à casamentos realizados em país estrangeiro, os quais serão considerados autênticos nos termos da lei do lugar em que forem feitos. Mas, o casamento consular, apesar de realizado no Brasil, por força da ficção de extraterritorialidade, seguiu a lei do país do consulado. Sendo tal casamento permitido somente a estrangeiros, dispensa-se o seu registro no Registro Civil de Pessoas Naturais. Porém, para ter efeitos no Brasil, por ser a certidão documento de autoridade estrangeira, sujeitar-se-á à regra para a validade dos documentos estrangeiros em geral, devendo-se registrá-la no Registro de Títulos e Documentos.³⁵

Uma última questão diz respeito à necessidade de registro deste casamento realizado em consulado estrangeiro, se um dos cônjuges, vier a se naturalizar brasileiro. Entendemos que em tal caso, passa a existir a obrigatoriedade inserta na Lei de Registros Públicos, devendo o ato ser transcrito no Registro de Pessoas Naturais, como, aliás, já decidiu a respeito o STF em caso de casamento realizado no exterior, em que um dos cônjuges, posteriormente, naturalizou-se brasileiro.³⁶

3. Casamentos celebrados no exterior

A regra *lex loci celebrationis* para regular as formalidades do casamento já era encontrada nos escritos dos estatutários, e perdura até os dias atuais,

³⁴ DOLINGER, Jacob, *Direito Civil...*, p. 32.

³⁵ Ver artigo 129, § 6º da Lei dos Registros Públicos.

³⁶ Veja-se RE nº 78.120/PE, 1974, e Apelação Cível nº 4.609, de 1988, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, ementário 11-98, nº 7. E também a interpretação do Tribunal de Justiça do Paraná.

constituindo, como já foi dito, um verdadeiro princípio do DIPr.³⁷ Assim, sempre será válido o casamento celebrado de acordo com a lei local.

Desta forma, no tocante ao casamento realizado no exterior, o ponto que suscita questionamentos diz respeito à produção dos efeitos desses atos no Brasil. A primeira questão versa sobre a necessidade ou não de se registrar esse casamento no Brasil. Essa situação se apresenta de forma distinta consoante a nacionalidade dos nubentes. Isto porque a lei brasileira determina a necessidade de registro no Brasil, dos assentos de casamentos de brasileiros realizados no exterior, no registro de pessoas naturais, na forma determinada pela Lei de Registro Público, ainda que estes não estejam aqui domiciliados, mas sempre que por alguma razão houver a necessidade de que produzam efeitos no país. (art. 32, § 1º da LRP).³⁸ Esta é uma hipótese na qual remanesce o critério da nacionalidade, como exceção ao princípio geral do domicílio do art. 70 da LICC.³⁹

Nesse sentido, Dolinger observa que o artigo 32 da LICC destina-se também aos assentos de nascimento e óbito, tendo por finalidade garantir publicidade ao ato jurídico realizado no exterior, para que o interessado possa utilizar o documento trasladado com efeito probatório. Desta forma, reconhecendo-se a validade do casamento celebrado no exterior pelo registro aqui realizado dá ao ato eficácia jurídica no Brasil.⁴⁰

³⁷ BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de Direito Internacional Privado*, vol. II, São Paulo, RT, 1977, p. 90. Cita o autor os ensinamentos dos estatutários italianos e de Hubert, da escola holandesa. Mais adiante, exemplifica com sua adoção, atualmente, por vários países, entre eles França, Alemanha e Estados Unidos, para citar apenas alguns (p. 102 e seguintes).

³⁸ RE nº 86.264/SP. Relator Ministro Décio Miranda. DJ de 02-04-82. P.2.885. EMENT. vol. 1.248-02, p.594, RTJ vol. 101-02, p. 654. Julgamento em 21/10/1981. Tribunal pleno. casamento. Casamento no exterior. Estrangeira e brasileiro naturalizado. Registro Civil (averbação). O Casamento celebrado no estrangeiro, perante autoridade e segundo a lei do lugar, em que somente um ou ambos os nubentes sejam de nacionalidade brasileira, pode ter a respectiva certidão trasladada no Cartório do Registro Civil nacional competente, quando tiver de produzir efeitos no país (Lei dos Registros Públicos, ART. 32 E parágrafo 1º). Recurso extraordinário conhecido e provido.

Este caso foi objeto de extenso comentário por Jacob Dolinger, op. cit., p. 54 e seguintes. O Ministro Décio Miranda terminou vencido, sendo prolator do acórdão o Ministro Rafael Mayer, que conclui: "Basta, no entanto, que um só dos cônjuges seja brasileiro, para que decorra o interesse de, por meio do registro nacional, ter prova adequada de acordo com as instituições brasileiras do estado de casado, pelos efeitos que daí possa advir no mundo de suas relações jurídicas em seu próprio país." Apud DOLINGER, p. 57.

³⁹ Conforme o caso acima citado, RE nº 86.264, 1981.

⁴⁰ DOLINGER, Jacob, *Direito Civil...* p. 57.

Outra opção facultada ao brasileiro que se casa no exterior, perante autoridade estrangeira, é levar este assento de casamento para registro no consulado brasileiro, pois os consulados funcionam como repartições notariais brasileiras com sede no exterior.⁴¹ O STF manifestou-se indiretamente sobre essa possibilidade, por ocasião da homologação de sentença israelense de divórcio, envolvendo mulher brasileira cujo casamento foi celebrado em Israel e inscrito em livro próprio do consulado brasileiro em Tel-Aviv.⁴²

Ainda sobre o tema, veja-se o interessante caso resolvido pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, de pedido de retificação de registro de casamento realizado no Japão e transcrito junto ao consulado brasileiro. Por ocasião da transcrição, foi solicitado acréscimo do nome do marido ao da mulher, esta brasileira, vedado pela lei nipônica, mas considerado direito individual, para preservar a unidade e integridade da família. Entendeu o tribunal que se seguindo a lei nipônica aplicável à espécie estar-se-ia contrariando a ordem pública brasileira.⁴³

No tocante aos estrangeiros, aqui domiciliados ou não, a lei não exige que o casamento seja registrado no Registro Civil de Pessoas Naturais. Há dúvida, inclusive, sobre a possibilidade de ser este registro efetuado, se requerido pelas partes, tendo em vista que a jurisprudência decidiu pela sua procedência em casos de naturalização superveniente de um ou ambos os cônjuges, conforme se vê abaixo:

⁴¹ Previsão do art. 18 da LICC, que dispõe:

"tratando-se de brasileiros, são competentes as autoridades consulares brasileiras para lhes celebrar o casamento e os mais atos de registro civil e de tabelionato, inclusive o registro de nascimento de nascimento e de óbito, dos filhos de brasileiro ou brasileira nascidos no país da sede do consulado."

⁴² SE n° 2.600, julgamento em 20.1.1981.

⁴³ Tribunal de Justiça de São Paulo. RETIFICAÇÃO DE REGISTRO - Casamento realizado no Japão - Possibilidade de acréscimo do nome do marido ao da esposa vedado no sistema nipônico - Pretensão formulada conforme lei nacional brasileira - Possibilidade - Conflito de normas no espaço e direito internacional privado - Exceção à regra *locus regit actum* em razão da cláusula geral de ordem pública - Direito ao nome regulado pela lei civil substantiva (artigo 204, parágrafo único e Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, artigo 7º) - Princípio da unidade e integridade da família preservados - Analogia ao direito ao direito do filho ao nome paterno - Uso e costume decorrente da *afectio* e identidade familiar - Averbção determinada junto à transcrição procedida junto ao Consulado Brasileiro - Pedido procedente - Recurso provido. (Apelação Cível n° 47.444-4 - Itapetininga - 6ª Câmara de Direito Privado - Relator: Munhoz Soares - 06.08.98 - V. U.)

*Casamento de estrangeiros no exterior. Posterior naturalização de ambos os cônjuges pela lei brasileira. Transcrição do registro de casamento no Brasil, inclusive para possibilitar averbação de sentença homologatória de separação consensual aqui ocorrida. Recurso extraordinário conhecido e provido para esse fim.*⁴⁴

Veja-se o esclarecimento prestado por acórdão da lavra do Tribunal de Justiça do Paraná, em pedido de averbação por estrangeiros, agora naturalizados. O juízo de primeira instância havia julgado improcedente o pedido de registro no Cartório de Registro Civil, acompanhando parecer do Promotor de Justiça que entendia bastar o registro no Cartório de Títulos e Documentos. Todavia, as partes apelaram, demonstrando a pertinência de seu pedido, pois haviam se naturalizado brasileiros, o que importava em obrigatoriedade do registro em sede própria. O Tribunal de Justiça proveu o pedido afirmando que nada impedia a transcrição na forma requerida, uma vez que havia ocorrido a naturalização dos requerentes. Só assim, permitir-se-ia a posterior averbação da sentença de divórcio que ambos almejavam.⁴⁵

Tratando-se de estrangeiros, será necessário proceder-se ao registro da certidão em Títulos e Documentos para que este tenha validade no Brasil. Isso porque se aplica, desta forma, a regra geral de validade que regula qualquer documento de procedência estrangeira para ser oponível a terceiros no território nacional.⁴⁶ Nesse sentido, a jurisprudência, inúmeras vezes já decidiu a matéria. Veja-se, a cristalina decisão abaixo, que bem ilustra a obrigatoriedade descrita:

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal. RECURSO EXTRAORDINÁRIO n° 94.035, 1984. RTJ, vol. 111-02, p. 665. RELATOR: SYDNEY SANCHES SESSÃO: 01 - PRIMEIRA TURMA. Para maiores comentários sobre o caso, ver DOLINGER, Jacob, *Direito Civil...* p. 62 e seguintes.

⁴⁵ *"Em face do disposto no art. 32, § 1.º, da Lei 6.015/73, nada impede a transcrição do registro de casamento de estrangeiros no Brasil, para possibilitar eventual averbação de sentença proferida em ação de divórcio consensual se ocorrer posterior naturalização de ambos os cônjuges pela lei brasileira."* Ap. n° 80.671-3, 6ª Câm., j. 22.12.1999, rel. Des. Accácio Cambi, RT 776/321

⁴⁶ Art. 129 p. 6º da LRP: *"estão sujeitos a registro, no registro de títulos e documentos, para surtir efeitos em relação à terceiros:*

(...)

6.º - todos os documentos de procedência estrangeira, acompanhados das respectivas traduções, para produzirem efeitos em repartições da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios ou em qualquer instância, juízo ou tribunal."

Acordam os desembargadores integrantes da primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso. Ementa: Apelação - Anulação de hipotecas outorgadas pelo marido sem autorização da mulher - Casamento celebrado no Exterior - Validade no país somente depois do registro no Cartório de Títulos e documentos - exigência não cumprida - improcedência - desprovimento. O casamento celebrado no exterior, somente produz efeitos no país, contra terceiros, depois de registrado no Cartório de Registro de Títulos e documentos (LRP, ART. 129, 6º).⁴⁷

Não obstante a obrigatoriedade de registrar o documento comprobatório do matrimônio, a inexistência do documento não invalida a sua ocorrência. Em alguns curiosos casos da época da guerra, quando se perderam documentos, inclusive essas certidões, promoveu-se a comprovação por outras formas admitidas em direito. Por exemplo, o TJSP decidiu pela existência de um casamento realizado somente no religioso, na Polônia, em 1937, cuja comprovação por documentos da Igreja se mostraram inviáveis em face de sua destruição durante a guerra. Entendeu o tribunal, na forma de sua ementa:

“Não se nega que a prova específica do casamento é a certidão. No entanto, celebrado o matrimônio no exterior e inexistindo documentação a respeito e desconhecidos os preceitos da lei estrangeira que regem a matéria, admite-se a comprovação do vínculo através de provas diretas ou presunção legal a fim de se reconhecer a obrigação do cônjuge varão de pagar alimentos à mulher.”⁴⁸

3.1 Antes da lei do divórcio

Resta ainda examinar os efeitos de alguns casamentos realizados no exterior antes da lei do divórcio no Brasil, envolvendo pessoas desquitadas, que requereram seu registro após a Constituição de 1988.

A questão foi levada ao Superior Tribunal de Justiça (RESP nº 34.093-RJ) em que a 5ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, havia decidido na forma abaixo:

⁴⁷ Tribunal de Justiça do Paraná, ACÓRDÃO: 17.231, RELATOR: DES. VIDAL COELHO. COMARCA: FOZ DO IGUAÇU - 4ª VARA CÍVEL, PUBLICAÇÃO: 22/11/1999.

⁴⁸ RT 622- AI nº 83.554-1 (segredo de Justiça). 5ª C. Cível. 9.4.87 Rel. Des. Márcio Bonilha.

“Registro civil. Casamento de brasileiros celebrado no exterior. Pedido de registro nos termos do art. 32 da LRP. Ato celebrado antes da introdução do divórcio no Brasil. Cônjuge na época impedido de contrair matrimônio pela lei brasileira, por ser desquitado. Legislação posterior reconhecendo o rompimento do vínculo e estabelecendo uma nova ordem social. O ato que era apenas válido, pois celebrado segundo as leis locais – ‘locus regit actum’ – ganhou condições de eficácia no Brasil e pode ser registrado uma vez superado o impedimento para o novo matrimônio. Inexistência de ofensa à ordem pública. União notória e incontestável de quase 30(trinta) anos entre o homem e a mulher. A proteção aos valores e prerrogativas da pessoa humana prevalece sobre o próprio Estado. Interpretação consentânea com a nova regra constitucional no sentido de facilitar a conversão da união estável em casamento. (art. 226 p. 3º da Constituição Federal). Recurso desprovido. Sentença autorizadora do registro mantida.”

A hipótese versa sobre brasileiro desquitado no Brasil, que contraiu novas núpcias no exterior e, depois do advento da lei do divórcio, pretendeu-se transcrever esse matrimônio no Registro Civil, sob alegação de que cessara o impedimento para aquele segundo casamento realizado em país estrangeiro. Note-se, entretanto, que este desquite não foi objeto da conversão em divórcio que a nova lei não só permitiu como facilitou, como se vê do relatório no RESP 34.093.⁴⁹

Na decisão recorrida, entendera o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ser justificável o registro requerido, na esteira das modificações promovidas pela Constituição de 1988, ao procurar proteger a família e facilitar a conversão das situações de fato em casamento. Por isso, deveria ter eficácia o casamento de brasileiro no exterior, anteriormente desquitado no Brasil. Afastou TJRJ a argumentação de que conceder o registro seria contra a nossa ordem pública.

No entanto, o STJ modificou a decisão do Rio de Janeiro por considerar que casamento em tais condições não poderia surtir efeitos no Brasil, conforme a ementa abaixo:

Civil. Direito de família. Casamento no exterior. Ato anterior a introdução do divórcio no Brasil. Se, ao tempo de casamento realizado no EXTERIOR,

⁴⁹ Para a íntegra, veja-se em www.stj.gov.br, transcrição do inteiro teor.

havia impedimento dirimente absoluto, segundo a lei brasileira, e por isso mesmo o ato não era apto a produzir efeitos no país, na conformidade do disposto no art. 17 da LICC, não de há de admitir, por razão de boa lógica jurídica, que, desaparecido o impedimento, em razão da superveniência da lei do divórcio, haja se tornado eficaz, pois tanto implicaria reconhecer possível a simultaneidade de casamentos, visto que, no divórcio, a sentenç só põe termo ao casamento e aos seus efeitos civis ex nunc. Recurso conhecidos e providos.

A leitura da ementa acima não esclarece bem os fundamentos do acórdão, como se vê da leitura da sua íntegra. Isso porque a referência a um impedimento dirimente da lei brasileira poderia levar à interpretação de que a capacidade para contrair matrimônio seria regida unicamente pela lei pessoal do nubente. Ocorre que, na espécie, o impedimento absoluto era de contrair matrimônio em qualquer regime jurídico que não aceite a poligamia, pois quem ainda é casado não pode contrair validamente outro matrimônio.

É preciso fazer a distinção entre desquite e divórcio. Enquanto o divórcio dissolve o vínculo matrimonial de forma definitiva, e põe termo ao casamento, o desquite, adotado pelo Código Civil de 1917, é oriundo do chamado divórcio *a thoro e mensa* do direito canônico, relaxando os liames do casamento, e dispensando os cônjuges dos deveres de coabitação e fidelidade, sem provocar o rompimento do vínculo conjugal. Segundo Yussef Cahali, difere assim do divórcio por não provocar o rompimento do vínculo conjugal, não lhes possibilitando um novo casamento.⁵⁰ O sistema brasileiro, mesmo com a lei do divórcio, conservou as duas modalidades de extinção da sociedade conjugal, transformando o desquite em separação judicial. Essa solução preservou as tradições morais e religiosas de muitos séculos, pois ainda há respeitável parcela da população a favor apenas da separação judicial, uma vez que enquanto o divórcio tem caráter definitivo e irreversível, o desquite – separação judicial – , teria caráter temporário, podendo os ex-cônjuges posteriormente reconciliarem-se ou converterem-no em divórcio.⁵¹

⁵⁰ CAHALI, Yussef Said, *Divórcio e separação*, 8ª. edição, revista e ampliada, tomo I, São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 55.

⁵¹ *Ib.id.*, p. 56. Alerta ainda o autor, que esse sistema dual é adotado em inúmeros outros países, como por exemplo, a Argentina, a Alemanha, a Bélgica, Itália e Portugal.

Dar a esse casamento o registro requerido pela parte interessada, significaria a existência de dois casamentos simultâneos, uma vez que a transcrição da certidão seria meramente declaratória, a partir da data do casamento, operando efeitos *ex tunc* no Brasil.⁵² Nesse sentido, bem ressaltou o parecer do Ministério Público Federal, que serviu de fundamentação ao acórdão: “*Considerando que o registro tem efeito retroativo, é inevitável admitir que, consagrado o modelo esdrúxulo referendado pela egrégia Corte a quo, ter-se-á a insustentável situação jurídica em que a recorrida figuraria concomitantemente em duas relações matrimoniais, o que jamais se admitiu.*”

A matéria parece, afinal, ter sido pacificada pelo STJ. Recentemente, o TJRJ voltou a se pronunciar em caso similar,⁵³ e, embora a ementa contenha os mesmos argumentos da anterior, que fora reformada pelo STJ, vemos, novamente, ao examinar o inteiro teor do acórdão, que sua conclusão foi diversa, como se vê do trecho abaixo:

“Dessa forma, embora entendendo que a tese jurídica, sustentada pela maioria, no julgamento da apelação, é mais consentânea com a realidade brasileira, vergamo-nos, até por ordem pragmática, à opinião dos Tribunais Superiores, e, conseqüentemente, damos provimento parcial ao recurso, para deferir-se o registro, com efeitos, tão somente, a partir da data em que a requerente obteve, no Brasil, a conversão da separação em divórcio, pois a partir daí, à todas as luzes, desapareceu o impedimento para a contratação de novas núpcias.”

⁵² De notar que esta hipótese diverge do RE 92.509, do STF, pois naquela hipótese o divórcio realizado no exterior havia validamente posto fim ao vínculo conjugal, permitindo um novo matrimônio.

⁵³ Ementa: *Registro civil. Casamento de brasileiros celebrado no exterior. Pedido de registro nos termos do art. 32 da Lei de Registros Públicos. Ato celebrado antes da introdução do divórcio no Brasil. Conjuge, na época, impedido de contrair matrimônio pela lei brasileira, por ser desquitado. Legislação posterior reconhecendo o rompimento do vínculo e estabelecendo uma nova ordem social. O ato que era apenas válido, pois celebrado segundo as leis locais - "locus regit actum" - ganhou condições de eficácia no Brasil. Possibilidade de ser o casamento registrado, uma vez superado pelo divórcio, o impedimento para um novo matrimônio. Inexistência de ofensa à ordem pública. União notória e incontestável de mais de 20 (vinte) anos entre homem e mulher. A proteção aos valores e prerrogativas da pessoa humana prevalece sobre o próprio Estado. Interpretação consentânea com a nova regra constitucional, no sentido de que se deve facilitar a conversão da união estável em casamento (art. 226 par. 3. da Constituição Federal). Recurso provido, em parte. Sentença autorizadora do registro mantida, com efeitos, no entanto, apenas, a partir da data do divórcio da requerente. (grifo nosso). Ap. Cível n. 7339/98.REV. DIREITO DO T.J.E.R.J., vol 40, pag 176.*

4. Casamento realizado no exterior perante a autoridade consular brasileira

A LICC prevê, em seu artigo 18, a contrapartida aos poderes conferidos aos cônsules estrangeiros para realizar casamentos em território brasileiro. Por isso, as autoridades consulares brasileiras também podem celebrar casamentos no exterior, desde que ambos os nubentes sejam brasileiros, e bem assim praticar todos os demais atos de registro civil e de tabelionato.⁵⁴

Os atos assim realizados independem de qualquer nova legalização para sua validade no Brasil, pois são atos nacionais. Corroborando esta noção, veja-se caso julgado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, em que se permitiu a retificação de assento de casamento realizado no Anexo da Embaixada do Brasil na África do Sul, onde se declarou que esse assento era ato notarial nacional, sendo, portanto, passível de modificações pelo Judiciário brasileiro.⁵⁵

Conclusões

Vimos que o casamento que contém um elemento de origem internacional, seja o local da celebração ou um dos sujeitos da relação jurídica, suscita inúmeros questionamentos acerca dos requisitos para sua válida celebração e produção de efeitos no país. Esses problemas serão resolvidos à luz das regras de DIPr brasileiro. Da análise até agora empreendida dos principais casos surgidos na prática diuturna, podemos, de forma sintética, concluir que:

- a) Se o casamento for realizado no Brasil, no momento da habilitação, serão seguidos somente os requisitos da lei brasileira, ainda que o domicílio de um dos nubentes seja no exterior, por força no disposto no artigo 7º p. 1º da LICC;

⁵⁴ Todavia, não se pode deixar de mencionar que houve um curto período em que a norma em questão, por força da adoção total do princípio domiciliar, também permitia que estrangeiros domiciliados no Brasil, se casassem perante a autoridade consular brasileira no exterior. Ao voltar a exigir a nacionalidade brasileira para esses casamentos, o legislador ressaltou, no artigo 19 da LICC, a validade de todos os atos notariais por cônsules brasileiros realizados entre 1942 e 1957, envolvendo estrangeiros domiciliados no Brasil, inclusive os casamentos.

⁵⁵ Tribunal de Justiça de São Paulo. REGISTRO CIVIL - Casamento - Retificação - Admissibilidade - Assento realizado em anexo de Embaixada Brasileira na África do Sul - Ato original pátrio - Sujeição às leis nacionais - Direito à correção de erros e omissões - Recurso provido para esse fim. (Relator: Benini Cabral - Apelação Cível nº 207.631-1 - São Paulo - 25.05.94).

b) É necessário homologar a sentença estrangeira de divórcio pro-ferida no exterior, quando um dos nubentes for divorciado e for contrair as segundas núpcias no Brasil, por força do entendimento do STF a respeito, que considerou derogado o parágrafo único do art. 15 da LICC, pelo art. 483 do CPC;

c) A única exceção à *lex loci celebrationis* é a permissão de realização de casamento consular perante autoridade estrangeira, segundo a lei daquele país, se ambos os nubentes forem nacionais do país celebrante;

d) O casamento realizado no Brasil em consulado estrangeiro, deve ser registrado perante o registro de títulos e documentos, se precisar produzir efeitos no país;

e) Para que os casamentos realizados no exterior tenham efeitos no Brasil há necessidade de seu registro: se um dos cônjuges é brasileiro, este será no registro civil de pessoas naturais, de acordo com o artigo 32 da LRP; se ambos forem estrangeiros, no registro de títulos e documentos, conforme art. 129 p. 6º da LRP;

f) Casamento realizado no exterior, em que um dos nubentes era apenas desquitado no Brasil, só passará a produzir efeitos no Brasil a partir da data da conversão do desquite em divórcio.

g) O assento de casamento de brasileiros, realizado no exterior perante a autoridade consular brasileira é documento nacional e sua validade não está condicionada a nenhum procedimento.

Bibliografia consultada

- BARROSO, Luís Roberto, *Interpretação e Aplicação da Constituição*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1996.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos, *Tratado de Direito Internacional Privado*, vol. II, São Paulo, RT, 1977.
- BEVILAQUA, Clóvis, *Princípios Elementares de Direito Internacional Privado*, 4a. Ed., Rio de Janeiro, Livraria Editora Freitas Bastos, 1944.
- BLASE, Antonietta di, e Andrea GIARDINA, *Diritto Internazionale Privato e Processuale – Materiali Didattici*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1994, e apêndice de 1995, com a lei n. 218/95.
- CAHALI, Yussef Said, *Divórcio e Separação*, 8ª. ed., tomo I, São Paulo, RT, 1995.
- CAMPANHOLE, *Constituições do Brasil*, 7a. Ed., São Paulo, Ed. Atlas, 1984.
- CASELLA, Paulo Borba e ARAUJO, Nadia, *Integração Jurídica Interamericana – as convenções interamericanas de Direito Internacional Privado e o direito brasileiro*, São Paulo, LTr, 1998.
- CASTRO, Amílcar, *Direito Internacional Privado*, vol. I e II, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1956.
- CORREIA, A. Ferrer, *Direito Internacional Privado, Alguns Problemas*, Coimbra, 1985
- DANTAS, San Tiago, *Direito de Família e das Sucessões*, rev. e atual. por José Gomes Bezerra Câmara e Jair Barros, 2ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Forense, 1991.
- DOLINGER e TIBÚRCIO, *Vade-mécum de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Renovar, 1994
- DOLINGER, Jacob, *A evolução da Ordem Pública no Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, tese para a cátedra da disciplina na UERJ, 1979.
- _____, *Direito Civil Internacional*, vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 1997.
- _____, *Direito Internacional Privado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1996.
- ESPINOLA, Eduardo e Espinola Filho, Eduardo, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, vol. II, 2a. ed., atualizada por Silva Pacheco, Rio de Janeiro, Renovar, 1995.

- _____, *A Família no Direito Civil Brasileiro*, Rio de Janeiro, Ed. Conquista, 1957.
- FACHIN, Luiz Edson. *Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- Glossaire de Droit International Privé*, Bruxelas, Bruylant, 1992
- JAYME, Erik, *Identité Culturelle et Intégration: Le droit international privé postmoderne*, Recueil de Cours, tomo 251, 1995.
- LOURSSOUARN, Yves, e Pierre BOUREL, *Droit International Privé*, 2a. ed., Paris, Dalloz, 1980.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva, *Instituições de Direito Civil*, 11a. ed., vol. V, Rio de Janeiro, Forense, 1999.
- RIBEIRO, Renato Janine, "A família na travessia do milênio", palestra apresentada no *II Congresso Brasileiro de Direito da Família, Conferência de abertura, Belo Horizonte, 27 de outubro de 1999*, mimeo com a autora.
- RIGAUX, François, *Droit International Privé*, tomo I, Bruxelas, Maison Larcier, 1987.
- RODAS, João Grandino, *Direito Internacional Privado Brasileiro*, São Paulo, RT, 1993.
- TENÓRIO, Oscar, *Direito Internacional Privado*, vol. I e II, 9a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1970.
- _____, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, 2a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Borsai, 1955.
- TEPEDINO, Gustavo, "A disciplina Civil-Constitucional das Relações Familiares", in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 1999, p. 349.
- VALLADÃO, Haroldo, *Direito Internacional Privado*, vol. II, Rio de Janeiro, Ed. Freitas Bastos, 1977.

Os Juros na Constituição Federal de 1988:

ART. 192 § 3

Omar Gomes Monteiro de Araújo *

A vida neste século XX trouxe a disseminação e profusão do crédito, instrumento financeiro que fomenta a economia de uma sociedade, coligindo os esforços de progresso em investimentos públicos e privados.

Os bancos crescem neste espaço, exercendo um papel de destaque na distribuição e oferta do crédito, acumulado originariamente pela poupança interna de terceiros.

Com efeito, vêm influenciando diretamente na vida dos cidadãos e empresas, tornando-os, por várias vezes, reféns de um sistema incongruente e injusto, onde o crédito é quase uma quimera, face ao preço que se lhe cobra pelo uso. Inverte-se, assim, o papel dos agentes econômicos, muitas das vezes sob a proteção jurídica do Estado Nacional.

Não se pode negar que o Estado Brasileiro por muitos anos vem sendo o principal tomador de créditos do Mercado Financeiro, escoando recursos que poderiam afluir à sociedade civil para os mais diversos fins. Em face de uma aguda, crônica e ineficiente gestão econômico-financeira combinada à falta das mais variadas espécies de políticas públicas de desenvolvimento da economia nacional, acumula-se historicamente o déficit nas contas nacionais. O Órgão Estatal, dessa forma, contribui para a elevação das taxas que remuneram o crédito concedido.

Empresários reivindicam posições governamentais no sentido de coibir as taxas praticadas pelas Instituições Financeiras, por ocasião de

* Advogado.

seus empréstimos e financiamentos. Clamam por taxas razoáveis, num ambiente de desenvolvimento civilizado e democrático, onde lhes seja possível recorrer ao crédito interno para fomentar a economia nacional. Acorrem à sensibilidade e ao bom senso Estatal para que em apoio à economia nacional, permita seja possível, através do lucro auferido nas operações inerentes à suas atividades fins, arcarem com os encargos da dívida, sem que para isso, tenham que, como ocorre em alguns casos, sofrerem uma descapitalização do seu patrimônio líquido.

Não se deseja aqui execrar o ânimo pelo lucro, pois constitui fruto da atividade produtiva, nem tampouco quer se abjurar a cobrança de juros, uma vez que o uso do capital de terceiros, poupança alheia, deve ter o seu uso compensado na razão direta do tempo usufruído.

Queremos, ao contrário, que se perceba que o crédito é o substrato importante do desenvolvimento, que, contudo, encontra-se quase banido pelas escorchantes taxas de juros contratadas. Impõe-se fixar parâmetros àquelas taxas de modo que não se inviabilize o crédito. O cidadão alijado do crédito barato não consome, não consumindo, a Indústria, o Comércio e os Serviços declinam na sua atividade. O desemprego, desse modo, aflui e se espalha por todo lado, e a inflação torna-se um pesadelo iminente.

Constitucionalismo Moderno

O Constitucionalismo moderno ampliou as dimensões da Constituição, introduzindo no seu texto a chamada Ordem Econômica para alargar, materialmente, o conteúdo da Lei Fundamental.

As Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 detêm a primazia na incorporação da Ordem Econômica ao texto Constitucional, alargando a matéria e a dimensão da Constituição, inaugurando novo período constitucional, o do constitucionalismo moderno, marco divisório entre o contemporâneo, que data do pós-guerra de 1945.

A Constituição de Weimar tornou-se o modelo do novo constitucionalismo ocidental e exercendo considerável influência nas constituições do pós-guerra (1914/1918).

Na Constituição Brasileira, desse modo, identifica-se a Ordem Econômica em setor próprio a partir da Constituição de 1934, associada à Ordem Social. A Ordem Econômica e Social adquire na nomenclatura constitucional o nível de título e nessa condição perdura nas Constituições de 1946 e 1967.

A Constituição de 1988 conferiu autonomia à Ordem Social, que se desvinculou da Ordem Econômica, nela integrando a Seguridade Social, a Saúde, a Previdência Social, a Assistência Social, a Educação, Cultura e Desporto, a Ciência e Tecnologia, a Comunicação Social, o Meio Ambiente, a Família, Criança, Adolescente, Idoso e os Índios, com a ampliação da matéria.

Integrou-se na Ordem Econômica a matéria do sistema financeiro nacional, justificando o novo título – Ordem Econômica e Financeira.

A Constituição Federal de 1988 separou a Ordem Econômica da Ordem Social, inaugurando tratamento que difere das Constituições Federais anteriores, as quais associavam, em Título comum, a Ordem Econômica e Social.

Neste Título são lançados os princípios ordenadores da economia brasileira, de modo que possam grassar desenvolvimentos sustentados ao país.

O Sistema Financeiro Nacional

O Sistema Financeiro Nacional constitui o capítulo IV, do Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira. Encontra-se, assim, agora, em sede constitucional, no último artigo do Título VII, o artigo 192. Interessa-nos discutir, entretanto, aquele malsinado § 3º, *in litteris*:

Art. 192. O sistema Financeiro Nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive sobre:

..omissis....

§3º. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar. (grifos nossos).

O Sistema Financeiro Nacional, então, passou a ser albergado na seara constitucional. Interpretações divergentes sobre a auto-aplicabilidade ou não do § 3º do art.192 ocasionaram uma celeuma doutrinária e judicial. Juristas e juízes discordaram acerca dos efeitos

produzidos por aquele parágrafo, sendo, para alguns estudiosos, norma de eficácia plena, autônoma, independente, pela sua natureza, do *caput* do artigo. Para outros, por tratar-se de norma vinculada ao *caput* do artigo dependeria da regulamentação, por lei complementar, do Sistema Financeiro Nacional, sendo, portanto, uma norma de eficácia limitada, uma norma programática.

Controvérsias brotaram da interpretação deste parágrafo de maneira que a Consultoria Geral da República, através do Parecer SR-070 da lavra do seu Consultor Geral, Dr. Saulo Ramos, antecipando-se àquela dissensão, emitiu o entendimento, depois outorgado de força jurídica, através da homologação presidencial¹, que baseado na possibilidade de que a limitação de juros pudesse ocasionar desvio de capitais para o câmbio paralelo e para a especulação do ouro, aquele § 3º do art.192 não deveria ser interpretado como auto-aplicável, mas como uma norma de eficácia limitada.

Sobre este Parecer falou o deputado Fernando Gasparian (A luta contra a Usura, 1ª ed, GCN, DF, 1991, p.13), autor da “Emenda Gasparian” que se tornou o parágrafo 3º do artigo 192 da CF/1988:

“Não é preciso ser jurista para entender o mal-amarrado sofisma do advogado. O que o *caput* pede é lei complementar que, na obediência dos incisos que se seguem, reestruture todo o Sistema Financeiro Nacional. O parágrafo 3º que, na realidade, deveria ser um artigo à parte, é, em si mesmo, conclusivo, impondo aplicação imediata. O que se pode complementar ou regulamentar de um mandamento tão explícito?”

Em 7 de Outubro o Banco Central do Brasil emitiu com lastro naquele Parecer SR-070, homologado pela Presidência da República, a circular 1.365, notificando os Agentes do Mercado Financeiro de que o limite de 12% não se adstringia às Instituições Financeiras.

Estava lançada a polêmica capitaneada pelo Poder Executivo.

Os Juros e a Usura

Os juros correspondem ao preço do uso; daí “usura”, vocábulo empregado originariamente para designar o empréstimo de dinheiro

¹ D.O.U em 06.10.88, nos termos dos art.22 §§ 2º e 23 do Decreto 92.889 de 07.07.1986.

mediante remuneração. Segundo Ronaldo Ausone Lupinacci², hoje o termo significa lucro exagerado ou juro excessivo.

Plácido Silva (Vocabulário Jurídico, Forense, SP, 1987, p.446), diz que “no conceito atual, usura não significa simplesmente o interesse devido pelo uso de alguma coisa. É o interesse excessivo, isto é, a estipulação exagerada de um juro, que ultrapasse ao máximo da taxa legal, ou estipulação de lucro excessivo, ou excedente do lucro normal e razoável”.

A usura chegou a *terra brasilis* através das Ordenações Filipinas, Código de 1603, que permaneceu em vigor até 1917, por força da Lei de 20 de Outubro de 1823, art.2º. No livro Quatro das Ordenações os contratos usurários eram reprimidos. A Lei de 24 de Outubro de 1832, entretanto, quebra a tradição sob influência do liberalismo francês, liberando a estipulação de juros, embora fixasse a taxa legal em 6%, no artigo 4º.

O nosso código civil, como sabemos, manteve a lacuna, não estabelecendo limite legal, a não ser para o caso de ausência de convenção sem taxa definida. Manteve a fixação da taxa de seis pontos percentuais ao ano para os juros moratórios, no art. 1.062. O art. 1.262, no entanto, liberava a taxa pactuada.

Em 1933, durante o Governo Vargas, é editado o Decreto-Lei que visa a reprimir os contratos usurários.

Diz a Lei de Usura - Decreto 22.626/33:

“Art.1º- É vedado, e será punido nos termos desta lei, estipular em quaisquer contratos taxas de juros superiores ao dobro da taxa legal (Código Civil, art.1.062). (...)”.

Art.2º- É vedado, a pretexto de comissão, receber taxas maiores do que as permitidas por esta lei.”

Esta vedação à usura foi alçada à hierarquia constitucional pela Carta Magna de 1934, no art.117, parágrafo único. A Constituição de 1937 repetiu o preceito no art.142 e a de 1946 fez o mesmo no art.154.

Em 1938 sob uma atmosfera política de moralização econômica do governo Vargas, a usura foi erigida à condição de ilícito penal, com a edição do Decreto-Lei 869/38 (art.4º, alínea b), e treze anos mais

² Ronaldo Ausone LUPINACCI, *Limite da Taxa de Juros no Brasil*, LED, 2ªed, SP, 1999, p.27.

tarde foi tipificada como crime pela Lei 1.521 de 1951, no art.4º, alíneas a e b e § 3º.

Ocorre que, anos mais tarde, em meio à crise econômica e política de 1964 foi editada a Lei 4.595, a Lei da Reforma Bancária, que reestruturou o sistema financeiro nacional e criou o todo-poderoso Conselho Monetário Nacional - CMN, cuja competência foi determinada no art.4º:

“Art.4º- Compete ao Conselho Monetário Nacional...

(...)

IX-limitar, sempre que necessário, as taxas de juros...”.

(grifo nosso)

Esta lei também causou uma grande polêmica até que mais adiante o Supremo Tribunal Federal através da Súmula 596 fixou o entendimento, segundo o qual “as disposições do Decreto 22.626/33 não se aplicam às taxas de juros e aos outros encargos cobrados nas operações realizadas por instituições públicas ou privadas, que integrem o sistema financeiro nacional”.

Esta surpreendente súmula encontra a sua origem no julgamento do Recurso Extraordinário 78.953, de São Paulo, de 5 de março de 1975, cujo Relator – o Min. Cordeiro Guerra, conduziu o voto dos demais Ministros, em decisão unânime, assim proferindo o seu voto:

“(...) Penso que o art.1º do Decreto 22.626 está revogado, não pelo desuso ou pela inflação, mas pela Lei 4.595, pelo menos no pertinente às operações com as instituições de créditos, públicos ou privados, que funcionam sob o estreito controle do Conselho Monetário Nacional. (...)”.

Dessa feita em 1976 o Banco Central do Brasil expediu a Resolução 389, autorizando os bancos comerciais a operar “taxas de mercado”. Estava legalizada a usura.

Autonomia do §3º do art.192 em relação ao caput do art.192. Norma programática ou auto-aplicável?

Para José Afonso da Silva³ as normas constitucionais podem ser auto-aplicáveis, portanto de eficácia plena, quando não dependem de ulterior regulamentação, se destinando ao povo sob sua égide, não ao Legislador, como uma norma programática. Podem ser de eficácia limitada quando de aplicabilidade indireta, mediata, porque somente incidem totalmente sobre esses interesses, após uma regulamentação posterior que lhes desenvolva a eficácia.

Muitos doutrinadores, entre eles Hely Lopes Meirelles, entendem que o art.192 e seus parágrafos são uma norma de eficácia limitada, pois ali se fixam princípios e esquemas sobre a futura legislação que irá disciplinar a operatividade do novo sistema financeiro.

Sob a ótica do STF a celeuma ficou decidida num simples Acórdão de 6 votos a 4, reputando como não auto-aplicável o parágrafo 3º do art.192 da CF/1988, interpretando o dispositivo como de eficácia limitada. Foram vencidos os Ministros Carlos Velloso, Paulo Brossard, Marco Aurélio e o presidente do STF Néri da Silveira.

Foi no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade movida pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT contra ato normativo do Presidente da República, que homologou o parecer SR-070 da Consultoria Geral da República, que se pôde extrair a decisão acerca do tema da mais alta Corte do País.

Vejamos, a propósito, a ementa:

MÉRITO: Ação julgada improcedente, por maioria de votos (declarada a constitucionalidade do ato normativo impugnado).

(...)

5- Como o parecer da Consultoria Geral da República (SR-070 de 06.10.88, D.O de 07.10.88), aprovado pelo Presidente da República, assumiu o caráter normativo, por força dos arts.22 e 23 do Decreto nº 92.889 de 07.07.86, e, ademais, foi seguido de circular do Banco Central, para cumprimento da legislação anterior à Constituição de 1988 (e não

do § 3º do art.192 desta última), pode ele (o parecer normativo) sofrer impugnação, mediante ação direta de inconstitucionalidade, por se tratar de ato normativo federal (art.102, I, “a”, da CFN).

6- Tendo a Constituição Federal, no único artigo em que trata do Sistema Financeiro Nacional (art.192, estabelecido que este será regulado por lei complementar, com observância do que determinou no caput, nos seus incisos e parágrafos, não é de se admitir a eficácia imediata e isolada de disposto em seu § 3º, sobre a taxa de juros reais (12% ao ano), até porque estes não foram conceituados. Só o tratamento global do Sistema Financeiro Nacional, na futura lei complementar, com observância de todas as normas do caput, dos incisos e parágrafos do art.192, é que permitirá a incidência da referida norma sobre juros reais e desde que estes também sejam conceituados em tal diploma.

7- Em consequência, não são inconstitucionais os atos normativos em questão (parecer da Consultoria Geral da República, aprovado pela Presidência da República e circular do Banco Central), o primeiro considerando não auto-aplicável a norma do § 3º sobre juros reais de 12% ao ano, e a Segunda determinando a observância da legislação anterior à constituição de 1988, até o advento da lei complementar reguladora do Sistema Nacional.

8-Ação declaratória de inconstitucionalidade julgada improcedente, por maioria de votos.

Como visto, decidiu-se em 1989, liminarmente, e no mérito em 1991, que a eficácia do parágrafo 3º do art.192 da Constituição Federal estaria a depender da edição de norma regulamentadora.

A questão, no entendimento de alguns, se fez mais política do que jurídica. Denuncia Gabriel Wedy⁴:

“Esta atitude do STF, em descumprir o limite constitucional de juros, trata-se de um ato eivado de conservadorismo e subserviência ao governo e às grandes instituições financeiras aglutinadas em verdadeiro cartel”.

Diz ainda o professor João Roberto Parizatto⁵ que “o Poder Judiciário haverá de dar um basta em tal situação, revendo-se contratos bancários

³ José Afonso DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, 13 ed., SP

⁴ Obra cit

⁵ João Roberto PARIZATTO, *Multas e Juros no Direito Brasileiro*, LED, 2ª ed., SP,1997., p 82

que estejam impondo taxas abusivas e distantes da realidade... não se justifica a nenhum entendimento legal, ético e jurídico a cobrança de juros que representam diversas vezes a própria inflação do país.”

Se socialmente o limite deve ser entendido como questão de justiça contra o protecionismo ao poderio econômico das instituições financeiras, juridicamente não há como escapar à conclusão de que esta norma constitucional só não é clara para quem não desejar compreendê-la assim.

O relator da ADIn 4, Ministro Sidney Sanches, concluiu que “uma vez que faz parte do contexto do artigo, o § 3º também tem de ser regulamentado por lei complementar.”

Esta é a idéia matriz da tese vencedora, precedida e corroborada por vários pareceres encomendados pelas Associações de Bancos, entre os quais o de Ives Gandra Martins, segundo o qual o parágrafo 3º entendido como parte integrante do art. 192, que, por sua vez, alberga todo o sistema financeiro nacional, ficaria na dependência da lei complementar a que alude o caput.

Os pareceristas consultados invariavelmente se escudavam nesta tese de elaboração normativa. Uma tese que se adstringe a um formalismo técnico. Diz a propósito Manoel Gonçalves Ferreira Filho⁶ na conclusão de seu parecer:

“Até que a entrada em vigor da lei complementar que o art. 192 anuncia, aplicam-se à matéria as regras anteriormente editadas, que não sejam incompatíveis com o novo Texto. Ocorre a recepção do direito anterior. E isto independentemente da forma dos atos normativos que estabelecem essas normas, pois, como se sabe, quanto a esse aspecto prevalece a regra *tempus regit actum*.

Por sua vez, a nova orientação, prometida eventualmente no art. 192, permanece inaplicável até a entrada em vigor da referida lei complementar. Ocorre uma *vacatio constitutionis*, ou *vacatio legis constitutionalis*, análoga nos efeitos à *vacatio legis*.” (grifos do autor)”.

Outro importante jurista consultado emitiu parecer nessa mesma esteira de raciocínio jurídico; vejamos a conclusão de Celso Ribeiro Bastos⁷:

⁶ Manoel GONÇALVES FERREIRA FILHO, Os Princípios de Direito Constitucional e o Art. 192 da Carta Magna. *Revista de Direito Público*, nº 88, Outubro/Dezembro de 1988, Ano XXI. Cadernos de Direito Econômico e Empresarial.

⁷ Celso RIBEIRO BASTOS. Tabelaamentos de Juros. *Revista de Direito Público*, nº 88, Outubro/Dezembro de 1988, Ano XXI. Cadernos de Direito Econômico e Empresarial.

“... Cada artigo compõe uma unidade dentro da qual os seus dispositivos se entrelaçam de molde a respeitar a hierarquia do principal, vale dizer, a supremacia do caput. É nele que se materializa a disposição fundamental, o núcleo normativo ante ao qual os parágrafos trarão adendos, elucidações e até mesmo ressalvas. De qualquer sorte, não poderão contrariar frontalmente o preceito fundamental. Não poderão deixar a sua influência normativa, a menos que evidentemente esta circunstância de forma expressa. No caso sob comento, nada há no § 3º o que induza o intérprete a crer na não-sujeição do comando inferior ao conteúdo da cabeça do artigo. A exigência da lei complementar é, portanto, indispensável a estruturação normativa do Sistema Financeiro Nacional. E a fixação da taxa de juros é, sem dúvida, um dos elementos integrantes deste sistema e, por via de consequência, sujeitável ao mandamento capitular expresso no limiar do art. 192. Não tem aplicabilidade imediata...”

Caio Tácito⁸, por sua vez, não destoa dos doutos colegas:

“A nosso juízo, o § 3º, do art. 192 da Constituição de 1988 não é norma de aplicabilidade imediata. Não se trata de preceito autônomo, constituindo parte do sistema a que alude o caput do artigo, a ser estruturado em lei complementar. A norma limitativa de juros tem conexão imediata e necessária com o conjunto de normas do sistema financeiro nacional, a ser objeto de lei complementar. As expressões ‘juros reais e comissões ou quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente relacionadas com a concessão do crédito’, referem-se à remuneração auferida mediante operação de crédito, consistente em colocar determinado capital à disposição do devedor. Não abrange modalidades onerosas de prestação de serviços efetivos, a serem definidos na lei complementar.”

Os pareceristas como Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Siva Martins se atêm ainda à necessidade de tipificação da conduta delituosa da usura, “prevista” no §3º, para aplicação do preceito, ignorando que a regra se atine apenas ao crime de usura, já antes tipificado.

Vejamos o que dizem em seus pareceres:

⁸ Caio TÁCITO. O art. 192 da Constituição Federal e seu parágrafo 3º, *Revista de Direito Público*, nº 88, Outubro/Dezembro de 1988, Ano XXI, Cadernos de Direito Econômico e Empresarial.

Para Celso Ribeiro Bastos:

“... Mesmo que se queira admitir a dúvida quanto à necessidade de lei complementar, esta desapareceria ante a aplicação do princípio de que se deve sempre adotar aquela alternativa que guarda consonância com o princípio da livre iniciativa.

No caso, sem dúvida, a interpretação que melhor se compagina com as necessidades de uma economia de mercado é aquela que faz depender a aplicação do comando das flexibilizações e temperamentos que poderão ser apartados pela lei complementar, sem prejuízo de respeitada a determinação fundamental do preceito constitucional.

O princípio da tipicidade o impede. É necessário lei que descreva minudentemente a hipótese delituosa, em consonância com o disposto no inc. XXXIX do art. 5º que diz: ‘não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal (...)’

No caso não basta uma lei ordinária, porque a própria Constituição requer uma lei complementar para definir o conceito modal da hipótese delituosa. Enquanto este não sobrevier, o próprio legislador ordinário está bloqueado no mister que lhe é próprio de construir a figura delituosa.”⁹

Ives Gandra da Silva Martins:

“...O dispositivo é nitidamente dividido em duas partes. A primeira faz menção a juros reais, que, como se viu, dependem de conformação normativa por lei complementar. A Segunda é dela dependente e decorrenzial. Declara que os juros reais, uma vez com perfil legislativo conformado, poderá ser tratado em lei ordinária em sua dimensão penal, sendo o violador da norma de comportamento punido por norma sancionatória ou seja, aquela que cuidará do crime de usura.

....O que, todavia, também mister se faz realçar na formulação superior, é que por estar o crime de usura, por desobediência ao tabelamento de juros, dependente do tratamento legal que será dado a esse tabelamento, não pode haver lei ordinária definindo o crime de usura sem que se defina primeiramente o tabelamento.”¹⁰

⁹ Celso RIBEIRO BASTOS, obra citada

¹⁰ Ives GANDRA DA SILVA MARTINS, Tabelamento de Juros. *Revista de Direito Público*, nº 88, Outubro/Dezembro de 1988, Ano XXI, Cadernos de Direito Econômico e Empresarial.

Esses pareceres não procedem *incontinenti* pela simples análise e interpretação topológica da norma, bem como pelos argumentos alinhados. Senão vejamos a respeito o que nos diz o mestre José Afonso da Silva:

“Pronunciamo-nos, pela imprensa, a favor da sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo o parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o § 1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos incisos I e II do artigo, mas suas determinações por si são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo”.

Se o texto em causa, fosse um inciso do artigo, embora com normatividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido da Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos e parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto.

“Juros reais” os economistas e financistas sabem que são aqueles que constituem valores efetivos, e se constituem sobre toda a desvalorização da moeda. Revelam um ganho efetivo e não simples modo de corrigir desvalorização monetária.

As cláusulas contratuais que estipularem juros superiores são nulas. A cobrança acima dos limites estabelecidos, diz o texto, será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei dispuser. Neste particular parece-nos que a velha lei de usura (Dec. 22.626/33) ainda está em vigor.”¹¹

O limite de juros no parágrafo 3º é comando autônomo e não integra, como querem nos fazer acreditar alguns doutrinadores, o Sistema Finan-

¹¹ José Afonso DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, Editora Malheiros, cit., p. 758

ceiro Nacional. A regra deste parágrafo a ele se aplica (ao Sistema Financeiro Nacional), não obstante não fazer parte dele. O fato de que haverá lei complementar para o Sistema Financeiro Nacional não induz que esta lei compreenda também a usura. O raciocínio é sofismático.

Podemos dizer que se trata de um Sofisma de Acidente, nos termos do que nos ensina o prof. Edmundo Dantès Nascimento¹²:

“Consiste em tirar uma conclusão de uma regra geral para um caso particular a que uma circunstância acidental torna a regra inaplicável, ou a confusão de uma afirmação geral com uma afirmação limitada, em relação ao tempo, espaço ou modo, que constituem o acidente”.

O grande Rui Barbosa¹³ definiu as normas auto-aplicáveis como as determinações que, para serem executadas, “não se haja mister de constituir ou designar uma autoridade, nem criar ou indicar um processo especial, e aquelas onde o direito instituído se ache armado por si mesmo, pela sua própria natureza, dos seus meios de execução e preservação.”

Pontes de Miranda resume:

“Quando uma regra se basta, por si mesma, para a sua incidência, diz-se bastante em si, self-executing, self-acting, self-enforcing. Quando, porém, precisam as regras jurídicas de regulamentação, porque, sem a criação de novas regras jurídicas, que as completem ou suplementem, não poderiam incidir e, pois, ser aplicadas, dizem-se não bastantes em si.”¹⁴

A doutrina Americana, precursora na dicotomia da aplicabilidade das normas constitucionais, está consubstanciada nas palavras do jurista Thomas Cooley (Treatise on the Constitutional Limitations, 6ª ed., Boston, 1890, p.93, apud Rui Barbosa):

“Pode-se dizer que uma disposição constitucional é auto-aplicável quando nos fornece uma regra mediante a qual se possa fruir e resguardar o direito

¹² Edmundo DANTÈS NASCIMENTO, *Lógica Aplicada à Advocacia*, Editora Saraiva, 4ª ed., 1991, SP, p.168.

¹³ Rui BARBOSA, *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, vol. II, Forense, Rio, 1933.P48

¹⁴ *Comentários à Constituição de 1967*, 1ª ed., vol.I, 1968, p.126).

outorgado, ou executar o dever imposto, e que não é auto-aplicável quando meramente indica princípios, sem estabelecer normas, por cujo meio se logre dar a esses princípios vigor de lei.”

A norma albergada no §3º do art.192 não é ampla, principiológica. O texto dispõe que a taxa de juros reais não poderá ser superior a 12% ao ano. Define o alcance da expressão (“incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito”). E qualifica exatamente a espécie de juros. O que falta à compreensão da norma? A resposta é nada.

As normas constitucionais de índole proibitiva

Outro critério para definir a norma em relação à sua aplicabilidade atine à classificação da lei em função da sua imperatividade.

Quando em relação ao particular ela for impositiva proibitiva (*jus cogens* que veda determinado comportamento omissivo ou comissivo), a norma será de eficácia plena. Dessa forma as normas constitucionais, mormente as de índole proibitivas, são dotadas de eficácia plena, ou seja, têm auto-aplicabilidade. Segundo a doutrina contemporânea, a grande maioria das disposições constitucionais é de incidência imediata, mesmo aquelas que até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Com isso, mais efetiva torna-se, indubitavelmente, a outorga de direitos e garantias sociais inscritos na Constituição.

Gabriel Wedy¹⁵, em seu livro, lembra que “os acadêmicos de direito que estudaram as primeiras linhas de direito constitucional, bem como princípios basilares da hermenêutica, não ignoram que as regras constitucionais de caráter proibitivo, como é o caso em apreciação, revestem-se de auto-aplicabilidade”.

Não menos atual, muito pelo contrário, passado mais de meio século, Rui Barbosa¹⁶ ainda nos inspira a consciência com os seus ensinamentos acerca das letras jurídicas:

¹⁵ Obra cit.p.74

¹⁶ Obra citada p.75

“Entre os textos constitucionais executáveis sem o concurso de legislação applicativa sobressaem os de caracter prohibitório. No prohibir que se faça alguma coisa não há nada, que exija ulterior acção da lei. A acção ulterior da lei poderá vir a ser necessária, a fim de castigar as infracções da regra prohibitiva. Isto, porém, é coisa totalmente diversa da prohibição em si mesma.

É que a norma prohibitiva encerra em si mesma tudo quanto se há mister, para que desde logo se torne obrigatória a prohibição, embora a sancção contra o acto, que a violar, ainda não esteja definida.

Se a Constituição prohibe formalmente certos e determinados actos, a prática de qualquer delles transgride *ipso facto* o preceito constitucional; porquanto a interdicção, como interdicção, na medida traçada pelos seus termos, é cabível quanto à obrigação, que juridicamente estabelece, *erga omnes*, de ser respeitada.”

Juros Reais e o seu conceito

Não há também que se falar que o conceito de juros seja desconhecido ou controvertido, posto que vigente desde antes da existência do próprio Código Civil Brasileiro. Trata-se de rendimento do capital em cujo conteúdo se integram duas idéias: a de remuneração pelo uso da quantia devedor e a de cobertura do risco que recai sobre o credor.

A distinção entre juros e correção monetária, além de resultar das leis (e, antes, da própria natureza das coisas), foi didática e iterativamente proclamada pela doutrina e pela jurisprudência ao longo de várias décadas, de modo à bem se fixar nas mentes da camada mais culta da população.

Em outras camadas, entretanto, a distinção também era percebida, mas persistiu a denominação de juros para indicar quaisquer elevações monetárias, até que se passou a utilizar a expressão “juros reais”, destinada a identificar somente os rendimentos do capital.

Juros reais, dessa forma, são simplesmente juros, como todo mundo sabe, da mesma forma que se sabe inexistirem juros negativos. Os juros, por serem sempre “reais” são sempre positivos. A imprópria expressão “juros negativos” é usada para designar uma outra realidade, qual seja um índice incorreto de desvalorização da moeda, inferior ao índice da desvalorização efetiva, que resulta em recomposição incompleta do capital, hipótese em que o mutuante não recebe de volta nem mesmo o

que forneceu ao mutuário, ainda que a expressão final possa sugerir coisa diversa.

Trazendo à colação a lição do eminente professor Luiz Roberto Barroso¹⁷, Procurador do Estado do Rio de Janeiro, conclui com o Desembargador José Carlos Barbosa Moreira que após notar que a todo o momento, em literatura especializada e leiga, se emprega o conceito de juros reais assinalou:

“Só na hora de interpretar a Constituição é que não se sabe o que é; não se sabe porque não se quer saber. É claro que a taxa de juros reais é tudo aquilo que se cobra, menos a correção monetária. Se sabemos o que é boa-fé, conceito muito mais vago; se sabemos o que são costumes, o que é vaguíssimo, se sabemos o que é mulher honesta, para aplicarmos o dispositivo legal que define o crime de estupro, por que é que não podemos saber o que são taxa de juros reais? Isso faz parte da tarefa quotidiana do juiz: interpretar textos legais e definir conceito jurídicos indeterminados. Acho que é bastante determinado.”

Pelos fundamentos deduzidos, firma-se a posição de que o parágrafo terceiro do artigo 192 da Constituição Federal de 1988, não é norma programática, nem tem sua eficácia condicionada por regra infraconstitucional. Ele define uma situação jurídica prontamente efetivável, e permite que as pessoas invoquem a tutela jurisdicional para ver declarada a invalidade de qualquer obrigação que não reverencie o postulado constitucional.

A respeito da exigência de se conceituar o que seja juros real, o Ministro Paulo Brossard, na ADIn nº 4, assim se manifestou no seu voto:

“Alega-se que a discussão do disposto no §3º em causa supõe prévia definição de juro real. Ora é oportuno lembrar que a Constituição, em regra, usa palavras e expressões no sentido corrente e popular. É claro que não vejo necessidade alguma que o legislador venha dizer o que a Constituição já disse, o que seja juros real. Mas eu lembraria que o legislador não definiu o que era juro e nenhuma instituição financeira deixou de cobrar

¹⁷ Luiz Roberto BARROSO, *Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, Ed. Renovar, 3ª ed., Rio, p.255

juros por ignorar sua definição legal....Da mesma forma que a Constituição não define o que seja juro, nem o Código Civil, nem a lei da usura, nem a Lei 1.521, nem a Lei 4.595, não há necessidade de definir o que seja juros real, para que seja cumprido o mandamento expresso e taxativo do § 3º do art.192 da Constituição. Não há quem não sabe o que seja juro real.”

Outros argumentos se somam a este para referendar a aplicação dos juros a 12% ao ano, merecendo de logo as decisões majoritárias dos Grupos de Câmaras do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, primeiro a abraçar tal entendimento, onde se demonstra, inclusive, que a nossa Constituição recepcionou a limitação de juros prevista na Lei de Usura (Decreto 22.626/33), qual não foi revogada pela Lei de Mercado de Capitais (Lei 4.595/64), afirmando ainda que o Conselho Monetário Nacional não pode regular as taxas de juros, matéria que hoje é da competência exclusiva do Congresso Nacional por força do que dispõem os artigos 22 e 48 da nossa Carta Magna:

“Os argumentos esposados são fortes e coerentes com a posição deste Grupo, que tem afirmado a limitação de juros em 12%, quer pela ótica da auto-aplicabilidade da norma do art.192, § 3º, da CF/88, que pela orientação da lei infraconstitucional onde a tradição do Direito Civil brasileiro (arts.1062/1063), assim como o Decreto nº 22.626/33, em seu art.1º, que proíbe a fixação de juros superiores ao dobro da taxa legal e em seu art.4º, no sentido de afastar a contagem de juros sob juros, o chamado anatocismo, e, em seu art.11, determinando a nulidade de ato que ofenda tal determinação legal.”

Qualquer lei editada visando a regulamentar a matéria de juros não poderá infringir a norma constitucional, que é limitadora e não pode ser desobedecida. Por sinal, até o presente momento nenhuma lei foi estabelecida com o objetivo de interpretação do art.192, § 3º, da CF.

Havendo uma regra constitucional, a economia se deve ajustar e ela, e os planos implantados devem buscar o desiderato do equilíbrio econômico e social, e isso se consegue se todos forem tratados em igualdade de condições. Por isso é que as instituições bancárias não podem ser beneficiárias de privilégios, tratadas diferentemente do restante da sociedade e desatenderem à determinação da norma do art.192, § 3º,

da CF, que é proibitiva, e, assim, de incidência imediata, e nenhuma lei complementar poderá estabelecer taxa de juros superior àquela limitada na Constituição.

Se pode até admitir o procedimento das instituições financeiras, com os olhos voltados ao próprio umbigo, que interpretam favoravelmente a si o disposto no inciso IX do art.4º da Lei 4.595/64, querendo, assim, que lhes seja deferida total liberdade para estipulação das taxas de juros, não encontrando quaisquer limites na antiga Lei de Usura ou mesmo na atual Constituição, a não ser aqueles fixados eventualmente pelo CMN.

O que não se pode admitir de forma alguma é o beneplácito do Poder Judiciário, depositário último da interpretação da Lei em vigor, em encampar tese tão divorciada da boa hermenêutica constitucional. Caberia também ao Poder Executivo contribuir para a efetivação daquilo que está previsto na Constituição, não compactuando com a justificativa das instituições financeiras de que as taxas de juros que cobram de seus clientes estariam simplesmente de acordo com a orientação do Conselho Monetário Nacional.

Na interpretação da Constituição, documento jurídico fundamental e primário de uma Nação soberana, constituída como desiderato da volição soberana do Poder Constituinte, não há mais espaço e oportunidade de se opor argumentos de conveniência e circunstâncias fundados em apreciações políticas ou técnico-econômicas. Existe norma, e ao intérprete e aplicador cabe fazê-la atuar. Aliás, estas tecnocracias financeiras, é que possibilitaram ao Brasil, tornar-se sujeito passivo de uma dívida interna de 60 bilhões de dólares que grassa hoje em mais de 400 bilhões de dólares.

Dessa feita expusemos os argumentos contrários à auto-aplicabilidade do § 3º do art.192 da CF/1988, que, em síntese, se adstringem ao conceito topológico de elaboração da norma¹⁸, e ao conceito de juros reais, que urgiria a definição em lei complementar, nos termo do *caput* do art.192, bem como a definição do crime de usura. Logo em seguida dissertamos acerca da dialética jurídica que defende a auto-aplicabilidade do § 3º do art.192 da Constituição Federal de 1988, que entende haver

¹⁸ Conceito de elaboração da norma segundo o qual ao *caput* do artigo se vinculam os incisos e parágrafos do mesmo.

apenas uma ligação formal do § 3º do art.192 com o seu *caput* em vista a uma incongruente alocação daquele parágrafo, que por sua natureza, irradia a autonomia de um artigo. A defesa ainda se sustenta na índole proibitiva do preceito que, respeitada a hermenêutica constitucional, deve ser de aplicação imediata. Segue ainda a desnecessidade de fixação, por lei, do conceito de juros reais, pois estes sempre foram do conhecimento de todos, inclusive da doutrina e da jurisprudência.

Definição Legal do Índice de Aferimento da Desvalorização do Poder Aquisitivo da Moeda – Correção Monetária

Alguns juristas e o relator da Adin nº 4, Min. Sidney Sanches, articularam ainda como razões da improcedência da Ação Direta de Inconstitucionalidade o fato jurídico de não haver também no Direito Positivo Brasileiro um índice estabelecido para aplicação nos contratos de mútuo de dinheiro que mensure a desvalorização da moeda. Os índices ORTN, OTN, BTN, BTNF, LFT, URP, UFIR, IPC, INPC, IGP, IGPM, etc são índices que muitas vezes destoam intensamente uns dos outros, irradiando incertezas acerca da desvalorização efetiva do poder aquisitivo da moeda. Isto urgiria, portanto, a definição em lei, ademais ainda precisaria ser definida nesse diploma legal, o momento a ser considerado, se o do momento da contratação ou o momento do vencimento do contrato. A hipótese de deflação na economia também necessitaria de definições, segundo aquela interpretação, na lei futura, para que, inacreditavelmente, evitassem a interpretação de uma permissão de cobrança de juros nominais negativos.

Ora, improcedem esses argumentos uma vez que isto não obsta a eficácia imediata e plena do §3º do art.192, pois qualquer que seja o índice os juros reais estão limitados em 12% ao ano. Debalde essas considerações a definição cabe ao Banco Central do Brasil, órgão vinculado ao Poder Executivo, que se incumbem da tarefa, nos termos do art.164§ 2º.

O índice de correção monetária é enormemente volátil, variável conforme as circunstâncias da economia e do mercado financeiro.

E ainda, novamente, valendo-me do escólio do eminente Ministro do STF Paulo Brossard, em seu voto naquela malsinada ADIN, faço a transcrição seguinte, para apoiar a tese contrária à do Min. Relator, Sidney Sanches:

“Mas quando nenhum desses critérios servisse, há outro, ainda que este talvez não fosse do agrado das instituições financeiras – a correção ou o seguro contra a inflação ou que outro nome tenha, aplicável à poupança popular. Afinal se a poupança popular tem juro de 0,5% ao mês, 6% ao ano, e mais a correção de x , variável, mês a mês, que é mera atualização nominal do rendimento, por que a financeira perceberá 1% ao mês, 12% ao ano, como a Constituição permite e uma correção monetária superior a x ? ou a poupança está perdendo ou o operador financeiro está ganhando além do devido. O que me parece é que são fúteis as alegações engendradas para deixar de cumprir o preceito constitucional, que é taxativo”.

Entretentes, se a norma constitucional contida na Carta Magna Nacional de 1988 é ou não de eficácia plena, auto-executável, a questão ainda se resolve a favor da limitação em 12% ao ano das taxas de juros, uma vez que o limite é ainda aquele fixado e em vigor na Lei de Usura - Decreto 22.626/33, contra a qual não haverá privilégio a oligopólios financeiros. Esta é a Segunda via pela qual se pode estudar a usura em território nacional: a legislação ordinária, infraconstitucional.

Limitação dos Juros com supedâneo em interpretação infraconstitucional

Ainda que se admita que a norma constitucional está a depender de lei regulamentadora, e não está certamente, esta norma já existe, e não é de hoje, posto que o Decreto 22.626/33, com força de Lei Complementar, em função do sistema legislativo da época, Constituição de 1891, encontra-se plenamente em vigor, posto que não revogado expressa ou implicitamente.

A Lei de Reforma Bancária - Lei 4.595/64, como analisaremos a seguir, quando promulgada, já era contrária à Constituição de 1946, portanto inaplicável.

A Lei 4.595/64, ainda que admitida a sua constitucionalidade, a despeito da égide do art.36 § 2º da Constituição de 1946, que vedava a delegação de atribuições entre os Poderes da República, não tem o condão de alterar o preceito do Decreto 22.626./33, pois não trouxe mais do que disposições extras, “a par das já existentes”. Suas disposições podem até ser aplicadas para incrementar a norma anterior, mas nunca,

em hipótese alguma se sobrepondo às regras preexistentes com as quais não tenha conflito.

Dessa forma, isto já dito, antes de tudo é preciso reafirmar que a Lei de Usura nunca, em momento algum foi revogada. Se a Lei de Reforma Bancária inovou na matéria, o fez permitindo que o Conselho Monetário Nacional pudesse limitar as taxas de juros. Se havia um limite posto, este "limitar", obviamente, se referia à fixação de novo limite menor, em hipótese nenhuma maior, pois a lei não permitiu a liberação.

A Lei de Introdução ao Código Civil determina no *caput* do artigo 2º que, não sendo caso de vigência temporária, "a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue".

Neste caso, a Lei 4.595/64 não regulou inteiramente a matéria, nem mesmo há incompatibilidade entre a Lei de Usura e a da Reforma Bancária. As regras não se chocam em momento algum, vez que a limitação não implica liberação. E, finalmente, não há em absoluto revogação expressamente declarada pela Lei 4.595/64.

Não se encontra no texto da lei de 1964 revogação expressa do Decreto 22.626/33, ou que foi revogado certo dispositivo nela contido, um artigo, um inciso sequer, ou ainda que o limite de 12% deixaria de sê-lo. Não há absolutamente nada neste sentido.

Dessa forma não houve revogação do Decreto 22.626/33 pela lei 4.595/64, nos termos do parágrafo primeiro do art.2º da LICC.

Em verdade naquela lei de Reforma bancária foram delegados ao Conselho Monetário Nacional poderes normativos, o que contrariava o art.36, § 2º, da então vigente Constituição Federal de 1946, que dizia: "*É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições*".

A afronta ao texto constitucional se configurava porque a Carta Magna atribuía à União a competência para legislar sobre direito comercial, financeiro e instituições de crédito, dentre outras matérias (art.5º, XV), e o artigo 65, IX, preceituava que ao Congresso Nacional competia legislar "*sobre todas as matérias da competência da União*".

Dessa feita, qualquer iniciativa de normatização acerca daquelas matérias que não fosse oriunda do Poder Legislativo estaria negando vigência à Constituição. Foi o que sucedeu com a Lei 4.595/64 em relação à regulamentação financeira e creditícia.

Pode-se perceber ainda que havia outra inconstitucionalidade. O inciso IX do art.4º da Lei 4.595/64 trazia o comando "*limitar, sempre*

que necessário". Ora, "sempre que necessário" quer dizer "nem sempre", ou "poderá não ser", levando à possibilidade de que não houvesse limitação. Se a lei permitia a possibilidade de inexistir limite, estaria permitindo a usura, e assim violando diretamente o preceito do art.154 da Constituição Federal de 1946, que vedava incondicionalmente a usura.

Dentro do jogo político a força do lobby prevaleceu através de pareceristas segundo os quais o CMN teria agora poderes para tornar lícita uma prática que a lei classificava ilícita.

O Ministro do STF, Paulo Brossard, disse em prefácio à obra de Gabriel Wedy¹⁹ o seguinte:

"Pois bem, o que o Chefe do Poder Executivo não podia fazer, poderia fazê-lo o Conselho Monetário Nacional, até por telefone, como se tornou notório. Ora, por mais amplas que fossem as atribuições do dito Conselho, e o são, não poderiam, em caso algum, revogar a lei, a lei civil e a lei penal, a lei que não só considerava ilícito o juro superior a 12% ao ano, como cominava a pena de nulidade em caso de pactuado, como a lei que capitulava a infração como ilícito penal, Lei 1.521, art.4º, a. (...)

Admitir-se que um órgão da administração financeira pudesse dizer que o ilícito civil passava a ser lícito, quando praticado por bancos, e que o ilícito penal deixava de ser crime, importaria em proclamar que um órgão da administração pudesse legislar e efetivamente o fizesse. (...)

O fato está a mostrar que a Nação não necessita de mais leis, mas do cumprimento legal das leis existentes."

Entretanto, alguns juristas entenderam, a despeito da sistemática constitucional vigente e da lógica jurídica, que "limitar as taxas de juros" poderia significar o poder de liberar, extrapolar o limite legal das taxas de juros.

A Carta Constitucional de 1988, todavia, fulminou definitivamente com a questão. Restaurando o Estado de Direito, eliminando os privilégios dos Bancos, e preservando o princípio da separação dos Poderes, os definiu no artigo 2º (Legislativo, Executivo e Judiciário), senão vejamos:

¹⁹ Obra citada p.14

Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

E no artigo 44 incumbiu ao Congresso Nacional a representação do Poder Legislativo da União:

Art. 44. O Poder Legislativo é exercido pelo Congresso Nacional, que se compõe da Câmara dos Deputados e do Senado Federal.

Delegou, assim, ao Congresso Nacional, com exclusividade, a competência para legislar sobre todas as matérias de competência da União, inclusive sobre direito civil e comercial e política de crédito, nos termos do art.22, inciso I e VII da Constituição Federal.

Art.22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I-direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;
...(omissis)
VII-política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores;

E especialmente sobre matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações, nos termos do art.48 caput e inciso XIII.

Art.48. Cabe ao Congresso Nacional, com a sanção do Presidente da República, não exigida esta para o especificado nos arts.49, 51 e 52, dispor sobre todas as matérias de competência da União, especialmente sobre:
...(omissis)
XIII-matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações;

No art. 68, § 1º, fez-se proibida a delegação de poderes no tocante à matérias reservadas a leis complementares.

Art.68. As leis delegadas serão elaboradas pelo Presidente da República, que deverá solicitar delegação ao Congresso Nacional.
§ 1º. Não serão objeto de delegação os atos de competência exclusiva do

Congresso Nacional, os de competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal, a matéria reservada à lei complementar, nem a legislação sobre:
...(omissis)

Ficando, destarte, o Poder Executivo limitado à "fiel execução das leis", segundo o artigo 84, IV.

Art.84. Cabe privativamente ao Presidente da República:
...(omissis)
I-sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para a sua fiel execução;

A separação dos poderes, diga-se, e com isto o que daí advier, é cláusula pétrea, nos termos do art.60, § 4º, III.

Art.60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
...(omissis)
§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
...(omissis)
III-a separação de Poderes;

Poder-se-ia dizer, destarte, que a competência passou a valer a partir dali, sem afetar o que já havia sido regulamentado. A Constituição Federal, não obstante, cuidou disso também, no artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, quando revogou expressamente, a partir de 180 dias da promulgação da Carta, "todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional".

Art.25. Ficam revogados, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuam ou deleguem a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional, especialmente no que tange a:...(omissis)

Dessa feita, a Lei 4.595/64 que delegava ao Poder Executivo, através

do CMN, competência para limitar juros, foi expressamente revogada nesta parte, assim como quaisquer resoluções do Banco Central sobre a matéria e, por conseqüência, perdeu o sentido a velha Súmula 596 do Supremo Tribunal Federal. Contado o prazo estabelecido no art.25 da ADCT a partir da promulgação, em 5 de outubro de 1988, a vigência dos ditos dispositivos legais expirou em 4 de abril de 1989.

O que vigora, portanto é a Lei de Usura - Decreto 22.626/33.

Alguns causídicos representando os interesses das Instituições Financeiras alegaram que a referida Lei de Usura foi revogada por um Decreto sem número, de 25/04/1991.

Acontece, contudo que esta revogação foi tornada sem efeito por outro decreto sem número, de 29 de novembro de 1991. Então, dizem, como não existe no Brasil o efeito da repristinação, a Lei de Usura não pode ressuscitar, porque segundo o parágrafo 3º do art.2º da LICC *"a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência."* Argumento que se escuda em incrível sofisma.

Primeiro porque mesmo que se tratasse de uma lei, revogadora, não perdeu a vigência, mas simplesmente teve um de seus dispositivos declarado ineficaz, e, portanto não se aplica a norma da LICC.

Segundo porque não se tratava de uma lei revogadora, e sim mero decreto presidencial, do Poder Executivo, que não tem a mínima força, condão para revogar uma lei. O Decreto 22.626/33 tem força de lei, apesar do nome, em razão do sistema legislativo da época, e não poderia ser revogado por um decreto do Executivo, muito menos depois da Constituição de 1988.

Cabe recordar que durante os trabalhos constituintes a temática foi pacificada de modo que Gabriel Wedy²⁰ noticia que o relator constituinte, deputado Bernardo Cabral, respondendo questionamento do deputado César Maia, respondeu ao deputado Ulysses Guimarães, presidente da Assembléia Nacional Constituinte:

"Sr. Presidente, respondo com muita satisfação ao eminente constituinte César Maia. A remissão nos termos da lei é feita quanto aos crimes de usura. O que se estabelece no texto permanente é que as taxas de juros reais não poderão ser superiores a 12% ao ano. Isto é auto-aplicável, evidentemente".

²⁰ Gabriel WEDY, *O Limite Constitucional dos Juros Reais*, Síntese, 2ª ed., Porto Alegre, 1998, p.42

Do voto vencido do Ministro Paulo Brossard na ADIn 4 temos uma das mais brilhantes exposições sobre o descabro daquela interpretação:

"A usura encontrou o seu paraíso no Brasil, e foi exatamente isto que os constituintes quiseram enfrentar quando aprovaram a limitação dos juros reais em 12% ao ano. (...)

Dir-se-á que as instituições financeiras captam recursos a taxas superiores a 12% ao ano, e que elas não subsistiriam se não cobrassem remuneração que partisse do custo pago. O banco não pode tomar dinheiro a 24% e emprestá-lo a 12%. Nem a Constituição quer isto. (...) O que a Constituição quer é que os juros, por isso disse juros reais, não excedam a 12% ao ano. Ninguém ignora, de outro lado, que o Tesouro é o grande tomador de recursos no mercado, e que ele comanda, por conseguinte, a taxa de juros.

As instituições financeiras não podem competir com o tesouro e têm de seguir-lhe as veredas sob pena de nada captarem. Esta a realidade. Ora, o constituinte não ignorava isso, e foi isso que ele quis modificar ao estabelecer uma regra peremptória, categórica, imperativa, consignada no § 3º do art.192 da CF. É evidente que essa transformação, que deixou de ser feita em outubro de 1988, e que terá de ser feita, a menos que se conspire contra a Constituição e ela não venha a ser cumprida, é claro que não será feita sem dificuldades e sem resistências. A rotina é mais cômoda. A rotina vem de ruta, caminho conhecido, sem surpresas. Daí a resistência à mudança. E vai para 11 anos que o país vive na agiotagem. Virou rotina. É natural que pareça imodificável."

Walter Ceneviva reclama que "no Brasil, a eficácia e a validade da Constituição têm sido relacionadas com a conveniência do grupo dominante, embora variem os exercentes do poder no curso do tempo"²¹.

Podemos perceber, nesta esteira, nos noticiários da TV e na imprensa escrita como as autoridades, principalmente do Poder Executivo, insistem sob as mais variadas motivações em editar leis flagrantemente inconstitucionais, desejando com essa atitude corrigir problemas de caixa da previdência, etc, desrespeitando deliberadamente o princípio

²¹ Walter CENEVIVA, *Direito Constitucional Brasileiro*, Saraiva, 1ª ed., SP, 1989, p.19

democrático, uma vez que o fazem conscientes e escudados na falsa razão do Estado, a presunção de legalidade dos atos administrativos. Não é raro na ocasião que antecede ao pronunciamento do Poder Judiciário acerca de uma questão desta natureza a que foi provocado decidir, o chefe do Poder Executivo apresente, através de declarações na mídia, ameaças veladas ante a possibilidade de ver aquela norma de sua iniciativa ser repelida pela Justiça. O exemplo mais recente, amplamente divulgado na imprensa neste segundo semestre de 2.000 atine à questão da correção do saldo do FGTS, a que o Governo reage alegando grave prejuízo ao Erário Público, para o seu pagamento.

A questão política percebemos permeou a interpretação do § 3º do art.192, e ainda hoje permeia tantos outros temas ao sabor das conveniências dos arautos do Poder, que se arrogam defensores da democracia, mas descuidam de prestigiar o documento mais importante de uma povo civilizado, na medida que não atendem a suas regras, inclusive de modificação, quando convictos de sua necessidade, como *deve ser* comum no jogo democrático. A utilização de expedientes não jurídicos de interpretação da Carta Magna atenta contra a previsibilidade e a segurança jurídica que lhe *deve ser* imanente.

Passado o momento de discussão e debates da Assembléia Nacional Constituinte onde foram possíveis, numa atmosfera democrática assegurada, serem considerados todos os aspectos sociais e econômicos que implicavam acerca dos benefícios e malefícios coletivos que poderiam advir da inscrição daquela norma na constituição federal, não caberia, depois de inscritos e promulgada a Constituição, qualquer tipo de interpretação que não fosse a técnico-jurídica, sob pena de se profligar contra a vontade popular erigida, nas democracias, pela representação parlamentar.

Cabe, aqui, reproduzir um excerto da lavra do grande Pontes de Miranda:

“Nada mais perigoso do que fazer-se uma Constituição sem o propósito de cumpri-la. Ou de só se cumprir nos princípios de que se precisa, ou se entenda devam ser cumpridos – o que é pior”.

No momento sob a Constituição que bem ou mal, está feita, o que nos incumbe a nós, dirigentes, juízes e intérpretes é cumpri-la. Só assim saberemos a que serviu e a que não serviu, nem serve. Se a nada serviu em alguns pontos, que se emende, se reveja. Se em algum ponto de nada

serve, se corte neste pedaço inútil. Se a algum bem público desserve, que pronto se elimine. Mas, sem nada cumprir, nada saberemos. Nada sabendo, nada poderemos fazer que mereça crédito. Não a cumprir é estrangula-la ao nascer.” (Comentários à Constituição de 1946 – p.12-13 – Tomo I – 3ªed. – Borsoi 1960).

Caberia, se fosse o caso, em face de nova situação social os descontentes proporem uma PEC - Projeto de Emenda Constitucional que suprimisse o preceito. Faltar-lhes-ia certamente muita coragem.

Dessa forma, face ao que ocorre, passamos a refletir sobre a natureza da Constituição Positiva Nacional, sua real força de sustentação no seio do Estado. Faz-nos inclusive remeter à dicotomia existente entre a concepção constitucional de Ferdinand Lassale e de Konrad Hesse. Para Lassale, a Constituição escrita, para ser boa e duradoura, deve refletir, necessariamente, os fatores reais de poder existentes na sociedade, pois, um eventual conflito entre o texto e a Constituição real, ou seja, a soma dos fatores reais de poder que regem uma nação, fará com que, mais cedo ou mais tarde, a Constituição - folha de papel seja rasgada e arrastada pelas verdadeiras forças vigentes no país, num determinado momento de sua história. Em outras palavras, a Constituição formal seria revogada pela Constituição real.

Konrad Hesse, contrapondo-se ao posicionamento de Lassale, lança as bases da teoria que se intitulou “Força Normativa da Constituição”. Segundo Hesse, a Constituição não é e não deve ser um subproduto mecanicamente derivado das relações de poder dominantes, ou seja, sua força normativa não deriva unicamente de uma adaptação à realidade, mas, antes, de uma vontade de constituição.

Sem desprezar a importância das forças sócio-políticas para a criação e sustentação da Constituição jurídica (folha de papel para Lassale), Hesse sugere a existência de um condicionamento recíproco entre a Lei Fundamental e a realidade social subjacente.

De fato a Constituição jurídica não pode ser reduzida a uma fotografia da realidade. Além de obedecer e traduzir a constante mutação social é necessário que este seja um dever ser, isto é, aponte na direção de um horizonte onde prevaleça maior justiça social.

A Constituição há de ser considerada como fonte criadora do Estado de Direito, pois, antes dela o poder é mero fato que se juridiciza com a

Constituição para se transformar em Poder de Direito. Visto deste prisma a Constituição, na medida que interage com os demais fatos sociais, converte-se, também, um fator real de poder.

A Constituição de um país, como termômetro e alicerce de toda a ordem jurídica vigente, deve alcançar um mínimo de estabilidade e segurança jurídicas.

A situação fática que viceja no país nos faz pensar sobre a hipótese de ocorrer um regime plutocrático no Brasil, travestido de uma forma jurídica, que cabe aos mais estudiosos pesquisar no campo das ciências humanas.

De qualquer modo é a orientação do STF que verte as decisões definitivas nesta questão, mormente os Arestos dos Tribunais inferiores decidirem pela auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da CF/1988.

Não padece, todavia os esforços daqueles que imbuídos da convicção da lógica jurídica e da justiça social intentam rotineiramente ações judiciais contra o descalabro das taxas de juros cobradas no Brasil.

O Ministro Marco Aurélio do STF, assim, se posiciona ante esta árdua tarefa:

“... Então, a esta altura, indaga-se: qual o móvel da volta à matéria se houve emissão de entendimento a respeito pelo Colegiado Maior? A resposta é única e diz respeito à força do convencimento, à força da consciência do próprio julgador, em conflito, considerado o precedente. Quando cobrado no âmbito da coerência, da necessidade de preservar-se a hegemonia do Direito e a uniformidade do arcabouço normativo constitucional, costume dizer que a disciplina na atividade judicante não conduz, por si só, a um efeito vinculante automático, colocando em plano secundário, até mesmo, o dever do magistrado de buscar a máxima eficácia do preceito constitucional, procedendo com submissão, tão-somente, à idéia que forme sobre o alcance da norma em tela”. (RE 257.688-3 RS).

Nesta época do Plano Real, criadora de estabilidade inflacionária introduzida por meio de engenhoso artifício pelas mãos de um político de raízes sociais-democráticas, não convalesce a omissão em conduzir esse assunto de extrema importância a toda uma Nação. Uma vez que se entende que há a necessidade de uma lei que dê força a um dispositivo que se dispõe a evitar excessos contra os cidadãos, não deve o Poder Executivo, tão habituado a edições de Medidas Provisórias e articulações

políticas, omitir-se em iniciar um processo de entendimento através de suas bases parlamentares para regulamentar questão que trará benefícios a todo um país. Ademais, passados mais de 12 anos da promulgação da Constituição Federal sem que o ditame daquele parágrafo 3º possa irradiar os seus efeitos, só nos pode levar a concluir pelo descaso dos Poderes Constituídos, ainda corroborado, com o beneplácito do “nó amarrado” que nos lega a Corte Suprema, quando do julgamento de Mandados de Injunção, deixando de lhe conferir a força normativa ao caso concreto que se pretendia.

Acredito, no entanto, que se deve ainda dirigir os canhões à questão da auto-aplicabilidade do parágrafo 3º do art. 192, uma vez que a sustentação de natureza da topológica e o conceito de juros reais constituem-se em bases movediças dos Arestos, não se sustentando diante de um raciocínio mais acurado.

Felizmente os Juízes não estão adstritos às orientações jurisprudenciais do STF, de maneira que, através do seu labor incessante, poderão, já passados alguns anos daquela Decisão da ADIn 4, abrir fendas na razão até então dominante naquela Corte.

Não é sem razão o desenvolvimento dado à Teoria Tridimensional do Direito pelo jusfilósofo Miguel Reale. Ao fato social subjacente a uma norma de direito há um conteúdo axiológico que o justifica.

Sem dúvida toda uma nação, talvez com exceção dos dirigentes das Instituições Financeiras, esperam ansiosamente por um ambiente civilizado, onde um cidadão ou empresário seja capaz de contrair empréstimos e financiamentos possíveis de serem pagos, para que assim continuem a consumir, a produzir e a caminhar no progresso. Este indubitavelmente é um valor sagrado incutido naquele parágrafo 3º que até hoje se encontra hibernando no papel.

Referências bibliográficas:

- BARROSO Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- BASTOS Celso. *Tabelamento de Juros*. *Revista de Direito Público*, nº 88 Outubro/Dezembro de 1988- Ano XXI. *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*.
- BULOS, Uadir Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 1ª ed., São Paulo: Saraiva, São Paulo, 2000.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Teoria Geral do Delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- CANOTILHO, J.J Gomes, *Direito Constitucional*, 5ª ed, Coimbra: Almedina, 1984.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 18ª ed., São Paulo, 1990.
- FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Os Princípios do Direito Constitucional e o Art.192 da Carta Magna*. *Revista de Direito Público*, nº 88 Outubro/Dezembro de 1988- Ano XXI. *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*.
- GUSMÃO, Paulo Dourado. *Introdução ao Estudo do Direito*. 20ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- HORTA, Raul Machado. *Estudos de Direito Constitucional*. 1ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- IHERING, Rudolf Von, *A Luta pelo Direito*, 15ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.
- JÚNIOR Mauro Nicolau. *Norma Constitucional de Limitação de Juros é Auto-aplicável ou Meramente Programática?* Internet: <http://www.Buscalegis.ccf.ufsc.br>
- LUPINACCI, Ronaldo Ausone, *Limite da Taxa de Juros no Brasil*. Leme-SP: Editora de Direito, 1999.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- MARQUÊS, José Frederico. *Tabelamento de Juros*. *Revista de Direito Público*, nº 88 Outubro/Dezembro de 1988- Ano XXI. *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Tabelamento de Juros Reais e sua conformação Jurídica*. *Revista de Direito Público*, nº 88 Outubro/Dezembro de 1988- Ano XXI. *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Tabelamento de Juros*. *Revista De Direito Público*, nº 88 – Outubro/Dezembro de 1988- Ano XXI. *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999.
- NADER, Paulo. *Introdução ao Estudo do Direito*. 17ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- NASCIMENTO, Edmundo Dantès. *Lógica Aplicada à Advocacia*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1991.
- NETO Nelson Zunino. *O Limite Legal à Taxa de Juros*. Internet: <http://www.jus.com.br>
- OLIVEIRA, Juarez at.al. *Constituição Federal*. 2ª ed., São Paulo: Oliveira Mendes, 1998.
- OLIVEIRA, Juarez at al. *Código Civil*. 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997.
- PEIXINHO, Manoel Messias. *A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000.
- REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 22ª ed., São Paulo: São Paulo, 1995.
- REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed. São Paulo: São Paulo, 1994.
- SALGADO Gustavo Vaz. *Direito Constitucional - Limitação Constitucional de Juros, Sim!* Internet: <http://www.buscalegis.ccf.ufsc.br>
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 13ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1997.
- TÁCITO, Caio. *O Art.192 da Constituição Federal e seu Parágrafo 3º*. *Revista de Direito Público*, nº 88 Outubro/Dezembro de 1988- Ano XXI. *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*.
- WEDY, Gabriel, *O Limite Constitucional dos Juros Reais*. Porto Alegre: Síntese, 1997.

Defesa da Concorrência no Brasil: uma Abordagem Histórica

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio¹

Introdução

A análise das origens do sistema brasileiro de defesa da concorrência mostra-se fundamental àqueles que buscam as motivações pelas quais o Brasil ainda apresenta uma economia concentrada e pouco competitiva na maioria dos setores.

A promoção da concorrência representa a solução contemporânea para o paradoxo oriundo da falência dos princípios da doutrina do *laissez faire* - segundo a qual o Estado não deveria intervir na economia pois o mercado se auto-regulava - e pelo fracasso do modelo do Estado-empresário.

A consagração normativa do princípio da livre iniciativa tem raízes históricas na França do século XVIII, em especial no Decreto d'Allarde e na Lei Le Chapelier. Ambos datam de 1791 e devem ser compreendidos no contexto da abolição dos privilégios corporativos empreendida pelos revolucionários franceses.² A primeira norma teve por mérito garantir a liberdade de negócio e profissão, enquanto a segunda aboliu as corporações, redutos de prerrogativas incompatíveis com a nova ordem liberal-burguesa que se formava.

¹ Advogada em São Paulo. O presente artigo tem origem no primeiro capítulo da monografia intitulada "Defesa da concorrência no ordenamento jurídico brasileiro: abordagem histórica e perspectivas para o futuro", apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio, em dezembro de 2001, tendo por orientadora a Professora Viviane Araújo Lima.

² Sobre a existência de um direito da concorrência anteriormente à abolição dos privilégios, cumpre citar lição de Tulio Ascarelli, citada por Fábio Konder COMPARATO: "Conforme salientou Ascarelli, não se pode dizer que nos dois primeiros períodos da evolução histórica do Direito Comercial o problema da disciplina não se pusesse. O que sucedia é que esta disciplina era

Todavia, conforme diagnosticou, dentre outros, Georges Ripert³, inobstante o espírito comercial ser de criação e de luta - e, nesse sentido, ser a concorrência fenômeno inerente ao capitalismo moderno - este envelheceu e, por conseguinte, todo agente econômico passou, na atualidade, a aspirar ao monopólio. A partir dessa constatação, mostra-se patente que a defesa da concorrência constitui elemento inafastável do desenvolvimento econômico sustentável.

No Brasil, tendo em vista que o início de sua industrialização data da primeira metade do século XX, o tratamento normativo do tema da concorrência também se inicia nessa época. A evolução histórica e os principais diplomas legais que regeram a matéria constituem o objeto de análise do texto que se segue.

1. Primórdios: o Brasil Colônia e o Brasil Independente

Consoante ensina a professora Paula Forgioni⁴, incorre em equivocado reducionismo o estudioso que inicia sua incursão pelo direito da concorrência pátrio a partir da Constituição de 1934. De fato, o Brasil-Colônia e o Brasil-Império sofreram forte influência dos ideais do liberalismo político e econômico, com reflexos sobre o direito e a economia que não podem ser negligenciados.

feita num momento anterior ao exercício da atividade econômica, precisamente no momento em que os candidatos ao exercício da mercancia requeriam sua matrícula nas Corporações de ofícios, ou rogavam a autorização estatal para se estabelecerem. E a História nos ensina que a disciplina assim feita nem sempre estava isenta de protecionismos e favoritismos, e que o critério político-pessoal quase sempre sobrepairava sobre o critério objetivo de regulamentação das atividades econômicas. Mas é a partir do liberalismo econômico que a necessidade de uma disciplina específica da concorrência no mercado apresenta-se como um problema à espera de solução jurídica. Posto o princípio da liberdade de acesso ao mercado, mister se fazia impedir que esta liberdade degenerasse em licença, com prejuízo da própria concorrência. Se o jogo era doravante livre, necessário se fazia, para que esta liberdade perdurasse, que as regras do jogo fossem respeitadas." COMPARATO, Fábio Konder. Concorrência Desleal. In Revista dos Tribunais, nº 375, p. 30.

³ "Le véritable esprit commercial est un sprit de création et de lutte. Le capitalisme moderne acceptait la concurrence. Mais déjà se produit un vieillissement du capitalisme. Tout producteur aspire au monopole." ["O verdadeiro espírito comercial é um espírito de criação e de luta. O capitalismo moderno aceitou a concorrência. Mas já se produziu um envelhecimento do capitalismo. Todo produtor aspira ao monopólio."] RIPERT, Georges. Aspects Juridiques du Capitalisme Moderne. Paris: LGDJ, 1951, p. 343, tradução livre da autora.

⁴ Os Fundamentos do Antitruste. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 87.

Em um primeiro momento histórico, o Brasil foi visto pela metrópole portuguesa apenas como fonte de matérias-primas. A ausência de manufaturas - inclusive por imposição legal da Coroa Portuguesa⁵ - tornou praticamente inexistente a figura do agente econômico, enquanto a dispersão demográfica dificultava a existência de um mercado consumidor. Dessa forma, até a vinda da Família Imperial para o Brasil, em 1808, praticamente não se pode falar em liberdade de comércio e, conseqüentemente, não se observam sequer indícios de mecanismos de promoção da concorrência.

A chegada da Família Imperial provocou um surto de desenvolvimento econômico no País. A abertura dos portos às nações amigas, a criação do Banco do Brasil e a expedição do Alvará de 1º de abril de 1808⁶ foram decisivos para o crescimento do País. A esse respeito, ensina Carvalho de Mendonça:

“A Carta Régia de 28 de janeiro de 1808, abriu os portos do Brasil ao Comércio direto estrangeiro. José da Silva Lisboa, depois Visconde de Cairú, insinuara ou obtivera esse ato notável do Príncipe Regente de Portugal, ao aportar à Bahia. Não falta quem assinala aquela data como a da nossa independência, da qual Silva Lisboa fora o verdadeiro patriarca.

Em seguida, o Alvará de 1º de abril do mesmo ano permitiu o livre estabelecimento de fábricas e manufaturas.

Nesse referido ano (1808), como conseqüência da liberdade de comércio e indústria, o Alvará de 23 de agosto fundara, no Rio de Janeiro, a Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação, para atender ao que se referisse ao comércio, agricultura, fábricas e navegação 'objetos tão interessantes ao bem do Estado.' ”⁷

Todavia, ressalta Paula Forgioni⁸ que as medidas supramencionadas não tiveram por conseqüência o desenvolvimento industrial esperado,

⁵ Conforme alvará de 5 de janeiro de 1785, que proibiu a existência de qualquer manufatura de tecido no território brasileiro.

⁶ Garantindo a todos a liberdade de manufatura no Brasil em todos os territórios ultramarinos de propriedade da Família Imperial.

⁷ CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 5ª edição. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos S.A., 1953, pp. 76 e 77. As citações de Carvalho de Mendonça correspondem a trechos do alvará de 23 de agosto.

⁸ Ob. Cit., p. 94.

uma vez que a abertura dos portos propiciou a concorrência das manufaturas européias, em especial da inglesa, para cuja competição não estavam preparadas as incipientes manufaturas nacionais. Cumpre observar, ainda, que as medidas econômicas liberais adotadas por D. João VI foram em muito limitadas pelas exigências inglesas, que incluíam a proibição de que determinados produtos fossem manufaturados no Brasil.

Em seguida, a História registra que o retorno da Corte para Portugal, após o fim das guerras napoleônicas, e a tentativa de recolonizar o Brasil - mediante a proibição da prática do comércio pelos brasileiros e a obrigatoriedade de utilização da frota portuguesa - precipitaram a independência. Nesse contexto, o direito ao livre comércio foi uma das principais bandeiras defendidas pelos cultores do movimento pela independência.⁹

Entretanto, a independência tampouco permitiu o desenvolvimento esperado, seja pelas constantes crises, seja pela prioridade conferida à atividade agrícola. A Constituição outorgada pelo Imperador D. Pedro I, em 1824, embora não apresentasse dispositivos específicos sobre a ordem econômica, continha normas que permitem inferir o modelo de política econômica pretendido. A análise do artigo 179, por meio do

⁹ A esse respeito, cumpre observar que a defesa do livre comércio no movimento de Independência deitou as raízes necessárias a que o Direito Comercial fosse uma das primeiras legislações a ser desenvolvida no País. Conforme ensina Rubens Requião, a Independência desencadeou a necessidade de se dotar o Brasil de uma legislação própria para reger o comércio. Destaca o autor que, como paliativo até a elaboração dessas leis, a Constituinte de 1823 promulgara “a lei de 20 de outubro, que mandou continuar, no Império, as leis vigentes a 25 de abril de 1821.” Todavia, ressalta o autor que se tratava de medida transitória, nos seguintes termos: “Mas o espírito nacional do jovem Império passou a exigir, como afirmação política de sua soberania, a criação de um direito próprio, consentâneo com os seus interesses e desenvolvimento. A Real Junta de Comércio, Agricultura, Fábricas e Navegação desde logo resolvera encarregar Silva Lisboa de organizar o Código de Comércio. A iniciativa recrudescer em 1832 quando a Regência nomeou uma comissão de comerciantes, como era de bom-tom, composta por Antônio Paulino Lino de Abreu, José Antonio Lisboa, Indício Ratton, Guilherme Midosi e Lourenço Westin, este cônsul da Suécia, para elaborar um projeto de Código Comercial. Essa comissão, presidida por Limpo de Abreu e depois por José Clemente Pereira, desincumbiu-se do encargo, tendo sido o projeto enviado à Câmara em 1834. Após a morosa tramitação desse projeto, acunadamente debatido nas duas Casas Legislativas, foi sancionada a Lei nº 556, de 25 de junho de 1850, que promulgava o Código Comercial brasileiro.” O autor ressalta ainda, citando Carvalho de Mendonça, sobre a influência dos códigos aliegnos na redação do Código Comercial brasileiro, que este “não era cópia servil de nenhum deles, mas o primeiro trabalho original que, com feição nova, apareceu na América.” REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, V. 1, pp. 16 e 17.

qual se garantiu o direito de propriedade, a liberdade de trabalho e de empreendimento¹⁰, e foram abolidas as corporações de ofício, denotam uma Constituição inspirada pelos princípios do liberalismo econômico. Pimenta Bueno comenta essa norma nos seguintes termos:

*“A livre escolha e exercício do trabalho, indústria ou profissão, sua livre mudança ou substituição, a espontânea ocupação das faculdades do homem têm por base não só o seu direito de liberdade mas também de sua propriedade. O homem tem por seu destino natural necessidades, que precisa e aspira satisfazer; para preenchê-las a Providência deu-lhe a inteligência e outras faculdades correspondentes. Ele é senhor exclusivo delas, assim como dos seus capitais que o trabalho anterior tem produzido e economizado; tem pois o livre arbítrio, o direito incontestável de empregar essas forças e recursos como julgar melhor, segundo sua inclinação ou aptidão.”*¹¹

E adiante, complementa:

*“Desde que o trabalho, a empresa ou a indústria qualquer, em si é lícita, desde que não é imoral, ou que por sua natureza não afeta a segurança ou saúde dos cidadãos, o só temor, ou só possibilidade de abuso não é razão nem fundamento suficiente para proibir o seu livre uso; se verificar-se o abuso, reprimi-o, esse é o único direito e dever da administração, estudaí e estabelecei para esse fim leis inteligentes.”*¹²

No entanto, ao contrário do que sugere o texto constitucional, em termos de política econômica, o Império foi marcado por profunda intervenção do Estado na economia, em especial na indústria e no comércio.

¹⁰ Rezava o artigo 179, inciso 24, da Constituição de 1824: “Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos.” O inciso 25, por sua vez, assim dispunha: “Ficam abolidas as corporações de ofício, seus juizes, escrivães e mestres.”

¹¹ BUENO, José Antônio Pimenta. *Direito Público e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça, 1958, p. 107. Citado por VENÂNCIO FILHO, Alberto. *Intervenção do Estado e Liberdade Econômica no Direito Constitucional Brasileiro*. In BONAVIDES, Paulo *et al.* *As Tendências atuais do Direito Público: estudos em homenagem ao Professor Afonso Arinos de Mello Franco*. Rio de Janeiro: Forense, 1976, p. 107.

¹² *Ob. Cit.*, p. 391.

Dessa forma, inobstante tentativas pioneiras de industrialização até o desenvolvimento das indústrias de base, na década de trinta, pouco se pode falar sobre defesa da concorrência no Brasil, principalmente em se considerando que a economia nacional permanecia eminentemente agrária, sendo o mercado interno abastecido precipuamente por via de importação.¹³

2. A Constituição de 1891 e a Ordem Econômica Republicana

A promulgação da República em 1889 inaugura uma nova fase de regulação da economia pelo Estado. Inspirada nos ideais do liberalismo político norte-americano¹⁴, a Constituição de 1891 institui o federalismo e confere autonomia aos Estados. Na seara econômica, todavia, a presença do Estado faz-se sentir, sobretudo em relação ao café, principal sustentáculo da balança comercial.

Conforme ressalta Waldemar Ferreira¹⁵, inobstante a qualidade técnica de sua redação, a Constituição de 1891 foi pouco aplicada, e sua política liberalizante cedeu em muitas ocasiões a pressões econômicas e sociais que desvirtuaram seus princípios gerais. A aplicação da Constituição foi em muito conturbada por governos militares, crises econômicas, e profundamente abalada pelos princípios intervencionistas que se disseminaram no mundo após a I Guerra Mundial.

¹³ Cf. FORGIONI, P. *Ob. Cit.*, p. 99.

¹⁴ Sobre a condução da política econômica norte-americana até a crise de 1929, ensina Luís Roberto Barroso: “*Toda a cultura norte-americana, desde os primórdios, fora absolutamente infensa à intervenção no domínio econômico. As 5ª e 14ª Emendas à Constituição estabelecem que nenhuma pessoa pode ser privada de sua vida, liberdade ou bens sem o devido processo legal. Com base nessas cláusulas, a Suprema Corte sempre sustentou o não-intervencionismo, invalidando diversas normas de cunho social e econômico, sob o fundamento de que, violando a cláusula do devido processo legal, elas interferiam com a liberdade e a propriedade ao limitarem indevidamente o direito de contratar.*” BARROSO, Luís Roberto. *A Crise Econômica e o Direito Constitucional*. In *Revista Forense*, v. 323, p. 90.

¹⁵ “*Embora da mais perfeita técnica jurídica, a Constituição de 1891 teve sua vigência cortada pelo golpe de Estado de 1930; e era estritamente política, como a norte-americana. O seu liberalismo, idêntico ao que a esta norteou, cedeu à pressão dos acontecimentos provocados pelas reivindicações econômicas e sociais, que nutriam a filosofia do tempo. Se, até então, os direitos políticos primaram nos textos constitucionais sobre o poderio militar, o seu primado, depois do Tratado de Versalhes, teria de exercer-se sobre o poderio econômico, a transferir-se para o Estado, porque até então manejado por grupos de homens em seu benefício próprio. Tornou-se moeda corrente a teoria da intervenção do Estado na vida econômica e pleiteou-se nova declaração dos direitos do homem, que estabelecesse nova ordem social asseguradora da prosperidade para todos.*” FERREIRA, Waldemar. O conteúdo econômico da Constituição brasileira de 1946. In *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. LXXII, pp. 15 e 16.

Embora ausente um direito econômico positivo, a Carta de 1891 inspirou o liberalismo que regeu o comércio nacional durante toda a Primeira República, até ser substituído pelo regime intervencionista inaugurado pela Revolução de 1930. Sobre as relações comerciais à época, veja-se a descrição de Hernani Estrella:

“No largo período de mais de um século, que vai da Independência ao fim da primeira República, ou, mais precisamente, da Constituição de 1824 à de 1891, ab-rogada pelo golpe de estado de 1930, foram completamente livres em nosso país todas as atividades econômicas. Exceção feita da navegação de cabotagem, reservada aos nacionais por motivos óbvios e, salvo, também, medidas de caráter aduaneiro, tendentes a estimular a indústria incipiente e propiciar renda ao tesouro, a posição do Estado era de vigilância e tutela.

Todas as formas de produção eram franqueadas, indistintamente, a nacionais e estrangeiros. O capital alienígena poderia entrar livremente no país, aqui aplicar-se a qualquer gênero de indústria e daqui retornar quando e como entendesse. Livre era a indivíduos ou associações planejar, instalar e explorar qualquer ramo do comércio, desde que lícito e não contrário aos bons costumes.

*Na competição econômica, a que todos se podiam entregar, os únicos limites postos em lei fundavam em fundadas considerações de tutela da prudência e lealdade comerciais e repressão ao ilícito. O acesso ao mercado a todos se abria. Cada qual que o procurasse conquistar, segundo suas aptidões e a excelência dos produtos que pudesse oferecer. Produzia quem quisesse e pudesse. Tanto que respeitadas fossem normas de proteção à segurança, higiene e saúde, mais não se impunha ao industrial ou comerciante.”*¹⁶

O texto supracitado encontra-se impregnado de características inerentes ao regime concorrencial, dentre as quais se destacam a liberdade de atividade econômica, a posição do Estado de vigilância e tutela (em oposição ao Estado-empresário), a igualdade de produção entre nacionais e estrangeiros a estimular a concorrência no mercado interno, o livre acesso ao mercado, o ganho de parcela de mercado atrelado à qualidade

¹⁶ ESTRELLA, Hernani. Direito Comercial (estudos). Rio de Janeiro: José Konfino, 1969, pp. 21 e 22.

do produto ofertado (ou seja, às eficiências) e o respeito a regras mínimas de segurança e higiene com vistas a proteger o consumidor. Tudo a indicar que a Primeira República teria experimentado, ainda que de forma incipiente, um regime jurídico de livre mercado e liberdade de concorrência.

3. As Constituições de 1934 e 1937

A Revolução de 1930 inaugurou um novo momento no desenvolvimento do capitalismo brasileiro. Suas bases haviam sido calcadas na grave crise que atingiu os produtos de exportação, predominantemente agrários, a partir da I Guerra Mundial, tais como a borracha e o café. Esses produtos muito sofreram com a retração da demanda ocasionada pelo início da guerra, tendo a exportação sido praticamente anulada posteriormente, em decorrência da crise econômica no plano internacional que se seguiu à quebra da bolsa de valores de Nova Iorque em 1929.¹⁷

Dessa forma, a defesa da concorrência no Brasil tem seus primórdios na década de trinta, como decorrência do princípio de proteção à economia popular, previsto na Constituição Federal de 1934.¹⁸ É interessante

¹⁷ Conforme ensina Hernani ESTRELLA, Ob. Cit., pp. 26 e 27: “País de economia predominantemente agrária, nesta e naquelas espécies minerais, tínhamos a base de nossa pauta de exportação. Pudéramos manter esta, com resultados mais ou menos favoráveis, enquanto nossos métodos obsoletos de produzir eram análogos aos seguidos pelas nações concorrentes. Desde que estas, porém, começaram a evoluir para o sistema da grande produção, mercê de novas técnicas e novos processos, que propiciavam maior volume físico de utilidades, melhor qualidade técnica e menor custo, fomos sendo paulatinamente eliminados dos mercados. Primeiro foi a borracha que entrou em crise, porque tentáramos valorizar artificialmente, a puro proveito dos intermediários e em detrimento do verdadeiro produtor, cuja penúria continuava a agravar-se. Conseqüência imediata foram as tentativas frustradas de ampará-la com medidas administrativas e financeiras, enquanto países que nos eram compradores, como a Inglaterra, entreavam a cultivar a espécie nos seus domínios de além mar. Vem logo a seguir o café. Tínhamos perdido, em razão da primeira Guerra Mundial, o grande mercado próprio e de re-exportação que fora a Alemanha. Este e muitos outros países da Europa, ou eduziram enormemente suas compras ou as suspenderam de todo. Por outro lado, os Estados Unidos, que se tornam, a partir de então, o nosso principal consumidor, retrai-se na procura, em virtude de várias causas, entre as quais se podem apontar a superprodução que não tinha como colocar-se e a grande crise bancária e bolsista.” A respeito da crise do café, cumpre ainda mencionar que a tentativa de sua solução pelo Convênio de Taubaté – espécie de cartel governamental arregimentado entre os três principais Estados produtores (RJ, SP e MG) – redundou na alta artificial dos preços, o que veio a estimular a produção por concorrentes no mercado internacional.

¹⁸ Nesse sentido, dispunha o artigo 115 da Constituição Federal de 1934: “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

observar que, paradoxalmente, essa legislação surge em um momento histórico de forte intervenção do Estado na economia, resultante da crise econômica mundial de 1929 e da Revolução de 1930, que inaugurou a Era Vargas. Por isso mesmo, as primeiras tentativas de defesa da concorrência no Brasil inserem-se em um contexto de proteção à economia nacional e à poupança popular¹⁹, afastando-se dos ideais liberais que propiciaram o surgimento das legislações antitruste de outros países. Washington Peluso Albino de Souza retrata essa época da seguintes forma:

*“Saíndo da Carta de 1891, a Revolução de 1930 ofereceu, em quatro anos, farta legislação produzida sob regime de arbítrio e dirigida no sentido de substituir os princípios liberais anteriores por outros inspirados nas experiências decorrentes, especialmente das crises posteriores à primeira Guerra Mundial. A Carta de 1934 absorveria em grande parte as inovações daquela legislação e apresentaria uma estrutura inteiramente nova, com a adoção pela primeira vez da Constituição Econômica na história do constitucionalismo brasileiro.”*²⁰

Explicando os limites de aplicação desse dispositivo em matéria antitruste, veja-se Paula FORGIONI: “Assim, em 1934, a livre iniciativa não é vista (também em nível constitucional) em seu sentido tradicional e, por óbvio, a concorrência não deveria ser encarada como um direito ilimitado dos agentes econômicos. Como se sabe, entretanto, não houve, sob a égide dessa constituição, a promulgação de qualquer lei que regulamentasse o processo competitivo, sob uma ótica antitruste.” Ob. Cit., p. 103.
¹⁹ Sobre o contexto político-econômico brasileiro da década de trinta, ensina o professor Thomas SKIDMORE: “O surto de industrialização ‘espontânea’ foi auxiliado, em fins da década de 30, por uma política consciente de intervenção estatal, à medida que o repúdio do Estado Novo ao liberalismo político trazia consigo a determinação de se afastar o liberalismo econômico. Os empresários particulares eram estimulados a prosseguir com seus próprios esforços, enquanto o governo federal ampliava a sua autoridade para dirigir a economia por dois modos principais: a ‘manipulação de incentivos’, tais como impostos, controles de câmbio, cotas de importação, controles de crédito e exigências salariais; e a intervenção direta, através de investimentos públicos, em setores como ferrovias, navegação, serviços públicos e indústrias básicas, como o petróleo e o aço.” SKIDMORE, Thomas. Brasil: de Getúlio a Castelo. 10ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1996, pp. 66 e 67. A passagem citada demonstra com clareza o afastamento, nessa época, da economia brasileira dos princípios clássicos do liberalismo, os quais nortearam o desenvolvimento da legislação de defesa da concorrência na maioria dos países.

²⁰ ALBINO DE SOUZA, Washington Peluso. A experiência brasileira de Constituição Econômica. In Revista Forense. Rio de Janeiro, Forense, v. 302, p. 122, grifou-se. Em outra ocasião, mencionou ainda o Autor: “Da vitória da Revolução de 1930 até a Constituição de 1934 ocorreu um período de grande importância, em termos de transformação ideológica referente à condução da vida econômica do País. De uma predominância liberal, passou-se a medidas intervencionistas, marcadas sobretudo pela organização da economia sob forma cartelizada. (...) Os diversos setores da economia passaram a ser organizados sob essa orientação.” In Enciclopédia Saraiva de Direito. Verbetes “Direito econômico do planejamento”. Rio de Janeiro: Forense, v. 27, p. 20.

No mesmo sentido, explana Marcos Juruena Villela Souto²¹ ter sido a partir da noção de “Estado do Bem-Estar” que se desenvolveu um conjunto de normas destinadas a regular a intervenção do Estado na economia. Essa característica pode ser observada no artigo 117 da Constituição Federal de 1934, o qual dispunha que “*A lei promoverá o fomento da economia popular.*” Segundo Celso Ribeiro Bastos²², a Constituição de 1934 foi a primeira a normatizar o “fato econômico”, por inspiração da Constituição de Weimar, e em sua redação observa-se a preocupação constante em se conferir um conteúdo social à atividade econômica, a qual deveria ter por inspiração a justiça e as necessidades internas do País.

A Constituição de 1937, por sua vez, tornou ainda mais rígido o disposto na Carta anterior, ao prever, em seu artigo 141, que “*A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.*” Ou seja, a livre iniciativa é protegida somente nos limites em que não contrarie os interesses da segurança nacional ou da economia popular.

Em síntese, as Constituições da década de trinta conferiram ao Estado importante aparato de intervenção na economia, certamente em resposta à crise de 1929, cujos efeitos espraiaram-se por toda a década seguinte.²³ A fim de controlar a produção, são criadas autarquias com o objetivo de gerir setores específicos da economia, tais como o Departamento Nacional do Café, o Instituto Nacional do Açúcar e do Alcool, o Instituto Nacional do Mate, do Pinho, do Sal, o Lloyd Brasileiro e a Central do Brasil.²⁴ A ingerência do poder público sobre o domínio econômico foi expressa por Hernani Estrella nos seguintes termos:

²¹ SOUTO, Marcos Juruena Villela. Crimes de abuso de poder econômico. In Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, v. 321, p. 80.

²² BASTOS, Celso Ribeiro. Direito Econômico Brasileiro. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000, p. 93.

²³ Cf. FORGIONI, P. Ob. Cit., p.101.

²⁴ Conforme ensina Hernani ESTRELLA. Ob. Cit., p. 28.

“Não satisfeito com isso e outros insucessos [pela incapacidade de ser empresário], o poder público se projeta em larga escala no campo do intervencionismo econômico. Torna-se possuidor e explorador de organismos produtores do mais variado quilate. Energia elétrica, comércio de seguros sobre acidentes, bancos, empresas de transporte marítimo, ferrocarril de longa extensão e urbano, usinas siderúrgicas, fábrica de motores, artefatos bélicos, estaleiros navais, pertencem, hoje, ao Estado e são por ele explorados em regime de monopólio, ou em concorrência com os particulares.

Gozam essas autarquias ou sociedades de economia mista de imensos privilégios. Imunidade fiscal, franquias telegráficas e postal, preferência para importação em câmbio favorável e isenção de qualquer controle administrativo, estranho aos órgãos de que promanam, lhes dão situação singular no confronto e concorrência com as empresas particulares.

Compram e vendem pelo preço que entendem e pagam quando querem, pois não incorrem em quebra legal e o processo executivo, que se lhes intentasse, não teria o menor efeito.

Intervém o Estado na administração das entidades privadas, seja criando-lhes restrições aos negócios, à livre disponibilidade de bens e reservas, seja não lhes permitindo, mercê de uma mística de igualdade irreal, remunerar seus auxiliares pelo que estes lhes mereçam. Impõe preços que se não ajustam às condições reais da oferta e da procura. Arbitra salários, sem levar em conta as verdadeiras possibilidades da produção. Força a subscrição acionária e a tomada de títulos da dívida pública, sem considerar as disponibilidades financeiras dos tomadores coactos. Nacionaliza empreendimentos vultosos e proscreeva a participação do capital alientgena, esquecido de que o capital posto a serviço da indústria segue a sorte desta. Limita a taxa de juros, sem suspeitar que vai oprimir as atividades produtoras e acoroçar a agiotagem parasitária!”²⁵

A legislação desse período espelhou o modelo intervencionista. No ano seguinte à outorga da Constituição de 1937, o artigo 141 foi regulamentado pela edição do decreto-lei nº 869, de 18 de novembro de 1938, cujo anteprojeto foi da lavra de Nelson Hungria. Consoante a professora Isabel Vaz²⁶, esse decreto-lei tinha inequivocamente os

²⁵ ESTRELLA, H. Ob. Cit., pp. 30 e 31.

²⁶ VAZ, Isabel. Direito Econômico da Concorrência. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 245.

objetivos de defender a economia popular contra os crimes econômicos nele definidos e proteger a concorrência.²⁷

O decreto-lei nº 869/1938 teve a virtude de ser o primeiro diploma normativo brasileiro a abordar institutos próprios do direito antitruste, como as noções de monopólio, conluio e combinações com o objetivo de restringir a competição e prejudicar o mercado nacional. De sua leitura, apreende-se o contexto em que foi editado: a promoção da industrialização conjugada com a defesa da economia nacional. Nesse sentido, o decreto-lei ilustra e reitera a constatação de que, no Brasil, a defesa da concorrência nasce atrelada à proteção do mercado interno e ao nacionalismo voltado ao desenvolvimento industrial e comercial do país.

Entretanto, forçoso é reconhecer que, inobstante a criação pelo decreto-lei de um aparato estatal para a sua aplicação, o seu texto careceu de efetividade, pois a amplitude dos tipos penais em muito dificultava sua efetivação. Por outro lado, o ideal nacionalista conferiu ao Estado poderes profundos de intervenção no domínio econômico, permanecendo a liberdade econômica submissa às necessidades da vida nacional.

Todavia, se, por um lado, a Constituição de 1937 resguardava a economia popular, e para tanto, previa a intervenção do Estado na economia, de outro, a necessidade de recursos privados para o fomento da indústria nacional fez com que a livre iniciativa também ganhasse *status* e proteção constitucional, conforme se observa do artigo 135 da Constituição de 1937:

“Artigo 135 – Na iniciativa individual, no poder de criação de organização e de invenção do indivíduo exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata ou imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo e da gestão direta.”

²⁷ Sobre a importância desse diploma legal para a conformação do direito da concorrência pátrio, veja-se lição da professora Paula FORGIONI: “O antitruste não nasce, no Brasil, como elo lógico de ligação entre o liberalismo econômico e (manutenção da) liberdade de concorrência. Nasce como repressão ao abuso do poder econômico e tendo como interesse constitucionalmente protegido o interesse da população, do consumidor.” Ob. Cit., p. 106.

4. O decreto-lei nº 7.666/45

A edição do decreto-lei nº 7666/1945, sob os auspícios da Constituição de 1937, representou uma tentativa de se implantar, pela primeira vez, um regime jurídico especificamente voltado à liberdade de comércio e ao fim de subsídios, protecionismos, cartelizações e intervenção direta do Estado na economia. Sendo uma norma à frente de seu tempo e apartada da realidade econômica e política do país, hoje já não surpreende as razões que levaram à sua rejeição pelos meios políticos e pelas oligarquias econômicas, levando à sua revogação apenas quatro meses após ter sido promulgada.²⁸

A edição do decreto-lei nº 7.666/1945 foi fruto das constantes lutas empreendidas por Agamenon Magalhães, Senador da República e Ministro da Justiça, inconformado com os abusos perpetrados por indústrias estrangeiras contra pequenas fábricas do Nordeste. Essa lei criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica – CADE, embrião do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, instituído pela Lei nº 4.137/1962. Consoante o Senador, a norma tinha o mérito de refutar a tradição de solução judicial das controvérsias em matéria antitruste, determinando a sua resolução precipuamente por meio de processo administrativo.²⁹

Todavia, a ingerência do Estado sobre a atividade econômica autorizada pelo decreto-lei foi alvo da desconfiança de renomada parcela da doutrina comercialista. Contra o seu teor insurgiu-se inflamadamente Waldemar Ferreira, *verbis*:

*“O decreto -lei de 1945, dispondo sobre os atos contrários à ordem econômica, estabeleceu sistema incompatível com a tradição brasileira, na repressão aos trustes. Era remédio mais pernicioso que a moléstia que se propusera a debelar; por isso, no regime instaurado pelo golpe de Estado de outubro de 1945, revogou-se aquele decreto-lei.”*³⁰

²⁸ De fato, o decreto-lei nº 7.666/1945 vigorou por apenas quatro meses, entre 22 de junho de 1945 e 29 de outubro de 1945.

²⁹ Conforme citado por VAZ, I. Ob. Cit., p. 249.

³⁰ Ver FERREIRA, Waldemar. O Conteúdo Econômico da Constituição Brasileira de 1946. In Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, 1949, v. LXXII, p. 19.

Sobre as razões para a edição do decreto-lei nº 7666/1945 e as causas de sua revogação, assim se manifestou o Senador Agamenon Magalhães, em discurso proferido na Câmara dos Deputados, em 15 de abril de 1948:

*“Veio o golpe de 29 de outubro e o Decreto-lei foi revogado. O movimento de opinião que se fez, entretanto, em torno dele assumiu tal densidade que eu ainda agora me felicito de ter tido a sua iniciativa, porque o problema foi colocado em suas bases e o povo brasileiro, naquela oportunidade, tanto se interessou pelo problema que os juristas e políticos não puderam negar a evidência da necessidade de uma lei de defesa da economia nacional. Esse movimento projetou-se de tal forma que acabou sendo cristalizado na Constituição de 1946 – artigo 148. A Constituição de então, no Capítulo Ordem Social e Econômica, consagrou a norma em virtude da qual o legislador ordinário poderá reprimir toda e qualquer forma de abuso do poder econômico.”*³¹

Dessa forma, a previsão constitucional da proibição do abuso do poder econômico, positivada na Constituição de 1946, foi em muito tributária da luta empreendida pelo Senador contra a monopolização e demais abusos perpetrados pelos grandes grupos multinacionais contra a incipiente indústria nacional.³² O decreto-lei nº 7.666/1945 teve, ainda, o mérito de ter adotado um caráter administrativo, afastando o direito antitruste pátrio da influência penal. Conforme ressalta Paula Forgioni, já não se falou em “*crimes contra a economia popular*”, mas sim em “*atos contrários ao interesse nacional*”.³³

³¹ Discurso em torno do Projeto de Lei nº 122, publicado no Diário do Congresso Nacional de 16 de abril de 1948, p. 2443 e ss.

³² Já sob a égide da Constituição Federal de 1946, o Senador apresentou novo projeto de lei, nos moldes do decreto-lei revogado, sofrendo novamente duros ataques da doutrina, do que são provas as seguintes palavras de Waldemar FERREIRA: “*Não existe ato que não tenha sido envolvido como abuso do poder econômico, em excesso legislante evidentemente contraproducente, tanto mais que o projeto se propõe a instituir comissão administradora de defesa econômica que será a orientadora e diretora de toda a atividade mercantil, industrial e agrícola do Brasil, dotada de poderes amplos e vastíssimos, para tudo prever, ordenar, controlar, dirigir e punir. Em tais termos; instituindo essa ditadura industrial, o projeto está fadado ao insucesso e será modificado de molde a pôr-se em termos hábeis e eficazes.*” Ob. Cit., p. 19.

³³ Ob. Cit., p. 112.

5. A Constituição de 1946

O fim da Era Vargas propiciou avanços em matéria de legislação antitruste, potencializados pelo elogio aos princípios liberais que se seguiram ao fim da ditadura de Vargas. Sobre a atmosfera política em meio à qual foi promulgada a Constituição de 1946 - a primeira a constitucionalizar o princípio da repressão ao abuso do poder econômico - merecem ser citadas as palavras de Thomas Skidmore:

“Os homens que haviam redigido a Constituição de 1946 foram fortemente influenciados pelas idéias do liberalismo econômico, do qual o Estado Novo se havia desviado. Como o fim do Estado Novo coincidia com o fim da guerra, os advogados e os políticos anti-Vargas estavam tentando rejeitar a intervenção estatal, que havia sido identificada com ambas as coisas. Em parte, eram motivados pelo desejo de evitar a continuação, no futuro, daquilo que consideravam como o uso político ilegítimo dos controles econômicos do passado.”³⁴

O advento da Constituição Federal de 1946 representou a constitucionalização do princípio da proibição do abuso do poder econômico, e deitou as raízes que permitiriam a introdução da livre concorrência em nosso ordenamento jurídico. Por sua importância histórica, merecem ser reproduzidos seus artigos 145, *caput*, e 148, cuja redação era a seguinte:

“Art. 145 – A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano.”

“Art. 148 – A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Cumpra observar desde logo uma diferença fundamental de perspectiva entre as Constituições de 1934 e 1946. Enquanto a primeira

³⁴ SKIDMORE, T. Ob. Cit., pp. 96 e 97.

privilegiou a justiça e as necessidades da vida nacional (aparecendo a liberdade econômica de forma bastante restrita), no artigo 145 da Constituição de 1946, a liberdade de iniciativa aparece como integrante da ordem econômica, devendo-se conciliá-la com a valorização do trabalho humano. Observa-se, ainda, que a repressão ao abuso do poder econômico aparece constitucionalizada expressamente, pela primeira vez, como um princípio da ordem econômica, corolário do momento de liberalização da economia e da política que o Brasil vivia após o término da Era Vargas.

O principal mérito dessa previsão constitucional foi o de ter ampliado a abrangência da repressão ao abuso do poder econômico, não mais adstrito aos ditames da economia popular. Consoante Isabel Vaz, a nova redação permite concluir que, a partir de 1946, estão insertos no ordenamento jurídico brasileiro “o compromisso com a realização da justiça social, com o desenvolvimento, com o progresso científico e tecnológico, a defesa do consumidor e, mais do que esta, a preocupação com o direito ao consumo.”³⁵

Ressalte-se, ainda, sob a égide da Constituição de 1946, a importância da promulgação das leis nºs 1.521/1951 e 1522/1951. A primeira alterou as normas relativas aos crimes contra a economia popular, enquanto a segunda regulamentou a intervenção do Estado no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo. Nos dispositivos da Lei nº 1.521/1951 são encontradas várias condutas até hoje repreendidas pelas normas antitruste.³⁶, merendo, ainda, destaque, que a rigidez da norma incluía a proibição de o infrator conseguir livramento condicional, bem como o dever de o juiz recorrer de ofício sempre que absolvesse acusados de crime contra a economia popular (artigos 5º e 6º).

Por outro lado, a Lei nº 1.522/1951 permitiu ampla intervenção do Estado na economia. Para que se possa compreender a abrangência dessa norma, observe-se o teor do artigo 2º, de acordo com o qual a intervenção

³⁵ VAZ, I. Ob. Cit., p. 250.

³⁶ Nesse sentido, veja-se artigo 3º da Lei nº 1.521/1951: “Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo, deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins visados não sejam alcançados.”

podia consistir (i) na compra, distribuição e venda de gêneros e produtos alimentícios de primeira necessidade, gado, aves e peixes destinados à alimentação humana, combustíveis minerais e vegetais, tecidos e calçados de uso popular, medicamentos, instrumentos e ferramentas de uso individual, máquinas, inclusive caminhões, jipes e tratores; (ii) na fixação de preços e no controle de abastecimento; e (iii) na desapropriação de bens por interesse social, ou na requisição de serviços necessários à realização dos objetivos da lei.³⁷

6. A Lei 4.137/1962.

Em seqüência ao estudo histórico empreendido neste artigo, imperioso é destacar a importância da Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, a qual criou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, e lhe atribuiu poderes de investigação e repressão de condutas contra a ordem econômica.

Sob a égide dessa lei, houve quem quisesse atribuir à defesa da concorrência natureza de direito penal.³⁸ Todavia, a maioria da doutrina refutou essa tese, ao argumento de que “*pelo simples fato de serem [os ilícitos anticoncorrenciais] apurados segundo as regras do direito penal não passam, por isso, a integrar o direito penal*”.³⁹ A caracterização das condutas como tipos penais, obrigando à obediência ao princípio da legalidade estrita, teria tido por resultado a impunidade de muitos atos contrários aos ditames da concorrência, pois esses deixariam de ser sancionados pela ausência de tipo legal no qual o ato se encaixasse.

Entretanto, a incerteza quanto à natureza jurídica das normas que aplicava não está dentre as principais causas pelas quais a atuação do CADE permaneceu em muito limitada durante a vigência da lei n.º 4.137/1962.

³⁷ O objetivo da Lei n.º 1.522/1951 foi explicitado em seu artigo 1º nos seguintes termos: “*Fica o Poder Executivo autorizado, na forma do artigo 146 da Constituição, a intervir no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de mercadorias e serviços essenciais ao consumo do povo, sempre que deles houver carência.*”

³⁸ Conforme FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga. Introdução ao Direito da Concorrência. In Revista de Direito Econômico. Brasília: Imprensa Nacional, outubro/dezembro de 1995, p. 75: “*O Direito da Concorrência pode ser entendido como o ramo do Direito Penal Econômico que disciplina as relações de mercado entre os agente econômicos e os consumidores, tutelando-lhes, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em prol da coletividade.*”

³⁹ VAZ, I. *Ob. Cit.*, p. 269.

Na verdade, foram circunstâncias de caráter político e econômico, referentes ao projeto de desenvolvimento adotado pelo Brasil até o fim da década de oitenta – através do modelo monopolístico de sociedades estatais e mediante a reserva de mercado –, que tornaram a defesa da concorrência um princípio de pouca aplicabilidade prática.⁴⁰ De fato, a conjuntura político-econômica à época foi de forte estímulo à formação de grandes conglomerados, conforme ensina Modesto Carvalhosa:

“Contrariando a tendência mundial de repressão às concentrações empresariais, a partir dos fins do século XIX (Lei Sherman e Clayton Act), nosso II PND (1973 – 1975) estabeleceu um amplo programa de formação de conglomerados financeiro-industrial-comerciais, pois considerava tal regime concentracionista fundamental para o revigoreamento das atividades empresariais do setor privado nacional.

(...)

Inspiraram-se, à época, as autoridades econômicas governamentais (II PND) na implementação de uma política de criação do Poder Nacional baseada nos sistemas de concentração japonês (kaibatsu) e alemão (konzern). Em consequência, a reforma da nossa lei societária de 1976 deveria, como efetivamente ocorreu, institucionalizar a prática oligopolística, tendo como modelo legal a reforma societária alemã de 1965. *E o veículo escolhido pelo I PND para a criação dos conglomerados institucionais entre nós foi a lei societária de 1976, cujos mecanismos previstos no Capítulo XXI permitiriam a formação de grupos societários convencionais visando ao alinhamento de fatores de produção das empresas do grupo para a criação de uma economia de escala necessária ao surgimento da Grande Empresa Nacional – o Poder Nacional.*”⁴¹

⁴⁰ “*Muitas empresas brasileiras só surgiram pela forte proteção ora tarifária, ora cambial e, às vezes, por ambas conjuntamente, de tal sorte que qualquer esforço no sentido da industrialização era marcado pelo êxito, se entendermos por êxito a mera viabilização financeira da empresa dentro da realidade brasileira. Pensava-se a essa altura, ingenuamente, que o processo industrial, por si mesmo, iria levando o País em níveis superiores de riqueza e desenvolvimento.*” BASTOS, Celso Ribeiro. O Brasil na Encruzilhada. In MARTINS, Ives Gandra (Coordenador): Desafios do Século XXI. São Paulo: Pioneira: Academia Internacional de Direito e Economia, 1997, p. 99.

⁴¹ CARVALHOSA, Modesto. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas. São Paulo: Saraiva, 1998, v. 4, tomo II, pp. 246 e 247.

Esse contexto político-econômico foi sem dúvida determinante para a pouco expressiva atuação do CADE entre as décadas de sessenta e noventa⁴². A doutrina menciona, ainda, que a revisão das decisões do CADE pelo Poder Judiciário operou no sentido de reduzir a efetividade da atuação do órgão.⁴³

Ainda no que tange à importância secundária atribuída ao controle do mercado pelas regras concorrenciais, deve ser mencionada a edição da lei delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, apenas poucos meses após a promulgação da lei nº 4.137/1962.

A lei delegada nº 4 dispôs sobre a intervenção do Estado no domínio econômico, para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo, atribuindo competência à União para controlar a compra, armazenamento, distribuição e venda de uma extensa lista de produtos, bem como para fixar preços e controlar quantidades ofertadas ao mercado (controle do abastecimento).⁴⁴ Em consonância com a política intervencionista, foi editada também em 26 de setembro de 1962 a lei delegada nº 5, a qual criou a Superintendência Nacional de Abastecimento – SUNAB e conferiu-lhe “*competência específica e exclusiva para fixar preços e disciplinar o sistema de seu*

⁴² Conforme demonstra a Professora Lucia Helena Salgado, “*Em sua primeira fase, de 1963 a 1990, o CADE cuidou de 337 procedimentos ingressados, dos quais foram instaurados 117 processos e apenas 16 foram condenados. Desses, todos tiveram a condenação suspensa pelo Poder Judiciário, após recurso das partes inconformadas.*” SALGADO, Lucia Helena. *A Economia Política da Ação Antitruste*. São Paulo: Singular, 1997, p. 176.

⁴³ “*Um dos principais problemas enfrentados na concretização das disposições da Lei nº 4.137 pelo CADE derivou da atuação do Poder Judiciário, agindo para salvaguarda das garantias individuais dos cidadãos, constitucionalmente asseguradas. Assim, a grande maioria das decisões do CADE acabou por ter seus efeitos suspensos em decorrência de mandados de segurança impetrados pelas empresas condenadas na esfera administrativa.*” FORGIONI, Paula. *Ob. Cit.*, p. 127.

⁴⁴ Observe-se, a esse respeito, o artigo 2º da lei delegada: “*art. 2º - A intervenção consistirá: I – na compra, armazenamento, distribuição e venda de: (a) gêneros e produtos alimentícios; (b) gado vacum, suíno, ovino e caprino, destinado ao abate; (c) aves e pescado próprios para alimentação; (d) tecidos e calçados de uso popular; (e) medicamentos; (f) instrumentos e ferramentas de uso individual; (g) máquinas, inclusive caminhões, ‘jipes’, tratores, conjuntos motomecanizados e peças sobressalentes, destinadas às atividades agropecuárias; (h) anames, farpados e lisas, quando destinados a emprego nas atividades rurais; (i) artigos sanitários e artefatos industrializados, de uso doméstico; (j) cimento e laminados de ferro, destinados à construção de casas próprias, de tipo popular, e as benfeitorias rurais; produtos e materiais indispensáveis à produção de bens de consumo popular; II – na fixação de preços e no controle do abastecimento, nestes compreendidos a produção, transporte, armazenamento e comercialização; III – na desapropriação de bens, por interesse social; ou na requisição de serviços, necessários à realização dos objetivos previstos nesta lei; IV – na promoção de estímulos à produção.*

controle⁴⁵.” Além da SUNAB, a União exercia controle de preços através do Departamento de Abastecimento e Preços, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento.

É despidendo salientar que as práticas de fixação artificial de preços, controle da distribuição de produtos e imposição de quantidades de oferta obstaculizam – ou até mesmo impedem – o estabelecimento de condições de concorrência nos mercados. Dessa forma, a edição das leis delegadas nºs 4 e 5 terminou por criar uma antinomia⁴⁶ no ordenamento jurídico nacional, pois não é possível a convivência pacífica entre uma norma de promoção à concorrência (lei nº 4.137/1962) e regras que permitem ampla intervenção da União sobre preços – inclusive através de tabelamento – e níveis de abastecimento (leis delegadas nºs 4 e 5). Em consequência, observou-se na prática um “esquecimento” da primeira em elogio aos ditames das duas últimas.⁴⁷

A Constituição Federal de 1988

Foi apenas com a Constituição Federal de 1988 que o modelo de incentivo às concentrações, dominante, como visto, desde os tempos coloniais, sofreu profundo e definitivo abalo em seus alicerces.

⁴⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 552. A lei delegada nº 5 também possuía dispositivos incompatíveis com uma política de efetivação da livre concorrência, como, por exemplo, a atribuição à SUNAB de competência para fixação de quotas para importação e exportação de produtos essenciais (art. 2º III) e preços, disciplinando o sistema de seu controle (art. 2º, VII).

⁴⁶ Norberto Bobbio define antinomia como “*a situação de normas incompatíveis entre si*”. No caso analisado, teríamos uma antinomia por “*contrariedade*”, entre uma norma que *ordena fazer* (defender a concorrência, cujos pilares são liberdade de preço, de quantidade de vendas e de qualidade do produto vendido) e outra que *proibe fazê-lo* (pelas leis delegadas nºs 4 e 5, ficou proibida a livre negociação relativamente aos produtos tabelados/congelados, os quais somente poderiam ser vendidos pelo preço e quantidade estabelecidos pelo Governo). Tratando-se de normas de mesmo nível hierárquico, e não sendo possível estabelecer-se um critério de especialidade entre elas, poderíamos entender que teria havido revogação tácita da Lei nº 4.137 pelas leis delegadas nºs 4 e 5. Todavia, não foi esse o entendimento esposado pela doutrina nem pelo CADE, razão pela qual encontramos alguns poucos julgados do CADE entre as décadas de 60 e 90 (até a edição da lei nº 8.518/91), todos baseados na aplicação da lei nº 4.137. Para o conceito de antinomia, suas espécies e métodos de solução ver BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. 7ª edição. Brasília: Editora Universidade Brasília, 1996, p. 81 e ss.

⁴⁷ Um exemplo ainda presente na memória dos brasileiros é o do Plano Cruzado. Consoante Luís Roberto Barroso: “*Sob a égide da constituição de 1967-69, o Plano Cruzado (1986) impôs amplo e prolongado controle de preços, por via de tabelamento e congelamento (que consiste em tabelar o preço no valor vigente em determinada data), sem que houvesse qualquer invalidação judicial. O mesmo se passou pouco adiante, com o Plano Bresser (1987).*” BARROSO, L. *A Crise Econômica e o Direito Constitucional*, cit., p. 98.

Essa constatação evidencia-se nos princípios setoriais elencados no artigo 170, *caput*. Nele se observa que a ordem econômica nacional funda-se em dois pilares: a livre iniciativa⁴⁸ e a valorização do trabalho humano. É a partir dessa perspectiva que deve ser analisado todo o Título VII, em especial o artigo 173, o qual explicita o papel subsidiário a ser desempenhado pelo Estado na condução das atividades econômicas, acometidas precipuamente à iniciativa privada, nos seguintes termos:

“Artigo 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.”

A leitura desse dispositivo constitucional permite observar que a inovação trazida pelo Constituinte de 1988 consistiu em uma grande restrição das possibilidades de intervenção do Estado no domínio econômico⁴⁹, atrelada

⁴⁸ Consoante Fábio Ulhôa Coelho, o direito constitucional da livre iniciativa desdobra-se em duas principais vertentes. Em primeiro lugar, constitui uma ordem ao Estado para que se abstenha de intervir na economia, somente podendo atuar nos estritos casos previstos em lei. Por outro ângulo, constitui ordem aos particulares para não dificultarem o exercício do direito à livre iniciativa dos demais, mediante a prática de atitudes anticoncorrenciais. Ob. cit., loc. cit.

⁴⁹ Em artigo publicado pouco após a Constituição de 1988, Fábio Konder Comparato teceu instigante questionamento quanto à extensão das restrições de intervenção do Estado no domínio econômico, assim se manifestando: “De resposta mais delicada, porém, é a indagação sobre se, com o advento da nova Constituição, haveria inconstitucionalidade na manutenção em funcionamento das empresas estatais, cuja existência já não corresponde aos critérios estabelecidos pelo citado artigo 173. A questão é delicada, porque não nos encontramos, aí, diante de uma contradição normativa no tempo – lei pré-constitucional versus Constituição – a qual resolver-se-ia, claramente, pela revogação de pleno direito da lei ou norma anterior à Constituição. O que há é a contrariedade de uma instituição social ou econômica com o sistema constitucional superveniente. Sobre isso, a doutrina constitucionalista é, geralmente, omissa, porque se trata de um problema novo, totalmente inexistente à época do Estado liberal, cujas constituições limitavam-se a regular a produção do Direito e não a realização de políticas públicas, ou programas de ação estatal. Sou de opinião de que esta nova forma de inconstitucionalidade, ou ilegitimidade constitucional, há de ser sempre reconhecida, porque as situações econômicas e sociais, contrárias ao novo regime constitucional, não podem coexistir com este. Mas a solução jurídica não é de efeitos automáticos, como no caso da revogação de uma norma. Uma eventual decisão judicial teria, nesse particular, apenas efeitos declaratórios, não constitutivos. Competiria, isto sim, ao Legislativo ou ao Executivo tomar as decisões competentes, a fim de adaptar ao novo regime constitucional as situações sociais e econômicas anteriores. Estaríamos, portanto, na hipótese de não serem tomadas essas medidas, diante de uma inconstitucionalidade por omissão.” COMPARATO, Fábio Konder. Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988. In *Cadernos de Direito Econômico e Empresarial*, Revista de Direito Público nº 93, p. 271.

a uma preocupação marcante de se evitar abusos econômicos pela iniciativa privada. Assim, se, por um lado, atribuiu o desempenho da atividade econômica aos agentes privados, por outro dotou o Estado de poder para proteger a concorrência e conferiu-lhe função regulatória relativamente aos mercados que, por suas peculiaridades e relevância para a sociedade, requeriam maior atenção do poder público.⁵⁰ Dessa forma, observa-se que a regulação estatal é excepcional e subsidiária ao livre empreendimento das atividades econômicas, pois ao Estado brasileiro é vedado intervir em mercados competitivos, nos quais são remotas as possibilidades de exercício abusivo da posição dominante.⁵¹

Conforme se observou do capítulo anterior, o direito de livre iniciativa não constitui novidade da Constituição de 1988. Em maior ou menor grau, já se encontrava positivado nas Cartas anteriores. Trata-se inclusive, como ensina Eros Roberto Grau, de consequência inafastável da observância do princípio da legalidade, pois, exceto conforme e nos limites previstos em lei, não pode o indivíduo ter sua liberdade – inclusive

⁵⁰ De fato, o Constituinte de 1988 observou na regulação um mecanismo mais eficaz do que a intervenção direta do Estado na economia. Sobre a dificuldade em se conjugar livre concorrência e intervenção estatal na economia, manifestou-se Pontes de Miranda, ao comentar a Constituição de 1946 (especificamente o artigo 148): “Não dizemos que essas práticas não caibam durante a vida de Constituição que permita a intervenção; mas é difícilimo manobrar as duas políticas: a de intervenção na economia e a de luta contra os trusts. Acaba o Estado por ter tantas armas debaixo do braço – e tantos sabres e machados – que não possa ou não saiba usar, com acerto, de nenhuma. Ficar prego e perseguir trusts, sem aparelhamento quase genial, se não genial, de economia e administração públicas, é o mais perigoso dos empirismos.” PONTES DE MIRANDA. *Comentários à Constituição de 1946*. Rio de Janeiro: Henrique Cahen Editor, V. 4, p. 28.

⁵¹ Esta assertiva é corolário do princípio da proporcionalidade aplicado à ordem econômica, conforme ensina Alexandre SANTOS DE ARAGÃO: “*Inserto no Princípio da Proporcionalidade, mais especificamente em seu elemento necessidade está o Princípio da Subsidiariedade, que, na seara do Direito Econômico, impõe ao Estado que se abstenha de intervir e de regular as atividades que possam ser satisfatoriamente exercidas ou auto-reguladas pelos particulares em regime de liberdade. Ou seja, na medida em que os valores sociais constitucionalmente assegurados não sejam prejudicados, o Estado não deve coartar a liberdade dos agentes econômicos e, caso seja necessário, deve fazê-lo da maneira menos restritiva possível.*” O Princípio da Proporcionalidade no Direito Econômico. In *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 223: 210, jan/mar – 2001. No mesmo sentido, Celso Ribeiro BASTOS: “O consectário natural desse princípio [livre iniciativa] é que a atuação do Estado na economia é sempre subsidiária. O Estado não está habilitado a retirar dos particulares, transferindo para a responsabilidade da comunidade, atribuições que aqueles estejam em condições de cumprir por si mesmos. A ação das coletividades públicas no âmbito da economia só se justifica, pois, quando os particulares não possam ou não queiram intervir.” Ob. Cit. (2000), p. 19.

a de empreender - limitada.⁵² Ensina, ainda, Celso Ribeiro Bastos, tratar-se de “manifestação dos direitos fundamentais, rol em que deveria estar incluída.”⁵³

Por outro lado, ciente de que poderia haver abusos na condução da atividade econômica pelos agentes privados, a Constituição erigiu, pela primeira vez, a defesa da concorrência e a proteção do consumidor a princípios fundamentais da Ordem Econômica.⁵⁴ Conforme ensina Eros Roberto Grau⁵⁵, a consagração da livre iniciativa não é uma delegação em branco aos empresários mas, ao contrário, é conformada pela finalidade de promoção do trabalho humano e da justiça social.⁵⁶ No mesmo sentido, explica Calixto Salomão Filho⁵⁷ que o princípio da

⁵² “Pois é certo que postulação primária da liberdade de iniciativa econômica, como acima anotei, é a garantia da legalidade: liberdade de iniciativa econômica é liberdade pública precisamente ao expressar não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei. O que esse preceito [artigo 170, parágrafo único] pretende introduzir no plano constitucional é não-somente a sujeição ao princípio da legalidade em termos absolutos – e não, meramente, ao princípio da legalidade em termos relativos (art. 5º, II) – da imposição, pelo Estado, de autorização para o exercício de qualquer atividade econômica.” A Ordem Econômica na Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 241.

⁵³ Ensina o professor: “De fato, o homem não pode realizar-se plenamente enquanto não lhe for dado o direito de projetar-se através de uma realização transpessoal, vale dizer, por meio da organização de outros homens com vistas à realização de um objetivo. Aqui a liberdade de iniciativa tem conotação econômica, equivalendo ao direito que todos têm de lançarem-se ao mercado da produção de bens e serviços por sua conta e risco. Aliás, os autores reconhecem que a liberdade de iniciar a atividade econômica implica a de gestão e a de empresa.” BASTOS, Celso Ribeiro. Comentários à Constituição de 1988. São Paulo: Saraiva, 2000, v. 7, pp.17 e 18

⁵⁴ Observe-se, a esse respeito, trecho da lavra de Fernando Herren Aguillar: “O princípio da liberdade de concorrência é o contraponto da liberdade de iniciativa e não seu sinônimo, como alguma doutrina acaba sustentando. O agente econômico é livre para empreender o que bem entenda, desde que não prejudique a liberdade, de outros agentes econômicos, de concorrer. Em sentido inverso, para que haja liberdade de concorrer é preciso que não se utilize em termos absolutos a liberdade de empreender, o que somente pode ser obtido mediante restrições a esta última.” AGUILLAR, Fernando Herren. Direitos Econômicos e Globalização. In SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.). Direito Global. São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 273 e 274.

⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. Ob. Cit., pp. 226 e 227.

⁵⁶ No mesmo sentido, Isabel VAZ: “Livre iniciativa, enquanto princípio fundamental e livre concorrência, ao lado da propriedade privada e sua função social, são princípios que demandam diretrizes políticas positivas, devendo ser aplicados em toda a sua plenitude. Isto não significa liberdade absoluta ou incondicionada, mas um compromisso positivo de maximizar potencialidades, com todas as consequências, limites e garantias oferecidos pela lei aos que se dedicam à multiplicação de riquezas em um país partidário da opção pela economia de mercado comprometida com uma função social.” Ob. Cit., p. 288.

⁵⁷ “O que ocorre é que o princípio da livre iniciativa, inserido no caput do art. 170 da Constituição Federal, nada mais é do que uma cláusula geral cujo conteúdo é preenchido pelos incisos do mesmo artigo. Esses princípios claramente definem a liberdade de iniciativa não como uma liberdade andrúgica, porém social, e que pode, conseqüentemente, ser limitada.” FILHO, Calixto Salomão. Ob. Cit. (2001), pp. 93 e 94.

livre iniciativa constitui uma “cláusula geral”, cujo conteúdo é preenchido pelos diversos incisos que se seguem ao caput do artigo 170 da Constituição Federal.

Conclusão

As conclusões obtidas da leitura histórica do direito da concorrência no Brasil são sintetizadas no pensamento do professor Calixto Salomão Filho, nos seguintes termos:

“Com efeito, concentração econômica sempre foi sinônimo de desenvolvimento no país. Sempre houve a crença de que para que o país se desenvolvesse seria preciso concentrar o sistema econômico. Essa crença tem razões históricas. A estrutura econômica do país foi construída a partir do poder econômico, que, de início, se sobrepôs ao próprio poder estatal interno. Essa sobreposição do poder econômico estrangeiro, de origem estatal e não-estatal, ao próprio poder governamental interno é característica imanente à exploração colonial. Basta lembrar que a forma básica da exploração do Brasil-Colônia era o monopólio da Metrópole para o fornecimento dos produtos de consumo.

O grande problema é que essas origens criam raízes e se perpetuam nos sistemas econômicos. A dependência estrutural da economia do poder econômico perpetua-se após a Independência. No Brasil independente, ainda uma monocultura exportadora, inteiramente dependente do Exterior, a importação dos bens de consumo, não mais obrigatória da Metrópole, passa a ser monopolizada pelos grandes comerciantes de escravos, que impõem preços e que, de tão fortes financeiramente, afugentam do mercado quaisquer potenciais concorrentes. O mercado interno continua, portanto, diretamente dependente de agentes com poder monopolista.

Tampouco a passagem para uma economia industrial traz consigo a democratização da vida econômica. Com efeito, são sobretudo os grandes exportadores que têm capitais suficientes para investir na industrialização. O grande volume de capitais necessários para investir na substituição de importações faz com que o poder financeiro obtido através da exploração da monocultura exportadora se transforme diretamente em poder econômico na economia industrial brasileira. Essa tendência só faz se acentuar após os planos desenvolvimentistas brasileiros, destinados a proporcionar nosso salto industrial.

Sua política-mestra é o incentivo da grande empresa brasileira, de modo a proporcionar-lhe poderio econômico e escala suficiente para competir com as empresas estrangeiras. Reforçam-se, portanto, ainda mais, as estruturas de poder econômico no mercado.”⁵⁸

Defender a concorrência e reprimir os abusos do poder econômico constituem, portanto, elementos essenciais ao bom funcionamento de mercados regidos pelo princípio da livre iniciativa. Conforme ensina Calixto Salomão Filho, “o poder econômico é capaz de falsear as informações sobre o mercado, sobretudo através do instrumento fundamental do mercado, verdadeira ‘mão invisível’ de Adam Smith: o preço.”⁵⁹ Dessa forma, conclui que, sendo o direito da concorrência um conjunto de normas mínimas de organização da ordem privada, deve garantir a possibilidade de escolha do consumidor, de que são pressupostos a *liberdade de escolha* e a *precisão das informações* difundidas no mercado.

Quatorze anos após a promulgação da Constituição, e oito anos após o advento da lei nº 8.884/1994 – que rege atualmente a defesa da concorrência no País – o balanço é inequivocamente positivo em termos de aplicação e eficácia dos princípios de proteção ao livre mercado. Todavia, parece ser tempo de se refletir sobre uma maior efetivação desses princípios, principalmente nos setores regulados, cujo acesso e qualidade dos serviços ao consumidor ainda se mostram deficitários. Analisar esse tema é urgente, mas deverá ser empreendido em futuro estudos.

⁵⁸ FILHO, Calixto Salomão. Ob. Cit. (2001), pp. 129 e 130.

⁵⁹ FILHO, Calixto Salomão. Direito Concorrencial: as estruturas. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 43. Prossegue o professor em sua explanação: “O preço em uma situação normal deve ser representação da escassez relativa de um produto. Em uma situação de monopólio, no entanto, o preço não transmite para o consumidor informação sobre a real escassez do produto. É decorrência, isso sim, do poder do agente econômico, que, sendo responsável por grande parte da produção, é capaz de reduzir a oferta de forma a obter aumento de preços e, conseqüentemente, o chamado ‘lucro monopolista’”. Ob. Cit., loc. cit.

Estudos de Direito Comparado

Um Estudo sobre a Recepção do Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro

Antonio Carlos de Almeida Diniz¹

A Recepção Legislativa do Efeito Vinculado pelo Direito Brasileiro.

1) Considerações Iniciais:

O presente trabalho tem por objeto analisar o processamento da introdução no ordenamento jurídico brasileiro do instituto jurídico conhecido por *efeito vinculante*, cuja fonte original de inspiração remonta ao direito processual constitucional germânico. Forte nos frutos colhidos da práxis e da legislação constitucionais alemãs, onde a eficácia vinculante encontra-se há décadas exitosamente incorporada ao cotidiano decisório do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Constitucional Federal Alemão), optou-se por transplantá-lo para a realidade constitucional pátria. O que se verificou formalmente com o advento da Emenda Constitucional nº 3, de 1993, prevendo o efeito vinculante das decisões de mérito proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em ação declaratória de constitucionalidade (CF, art. 102, § 2º).

Este fenômeno de importação e transplante de um ou mais institutos jurídicos de origem alienígena recebe usualmente, dos estudiosos do direito comparado, o nome de “recepção de direitos”. Fundamentalmente, a recepção de direitos consiste “na introdução, em um determinado sistema jurídico, de regras, noções ou institutos pertencentes

¹ Advogado e Mestrando em Direito Constitucional pela PUC-Rio

a um outro sistema”². Sistema entendido aqui *lato sensu*, diga-se de passagem, comportando não apenas “o sentido estrito de ordenamento jurídico nacional, como também (...) sua acepção mais ampla de famílias de direito, i.e., grupos de ordenamentos nacionais com características similares, no que se refere às origens históricas, à sua estrutura e à hierarquia de sua fontes”³. E a despeito de controvérsia reinante entre os estudiosos em torno da maior ou menor propriedade do termo “recepção de direitos” ou “recepção legislativa”, o adotaremos como referência para efeito deste trabalho. Da mesma forma, expressões outras como “transplante”, “importação” e “transposição” serão aqui correntemente utilizadas como equivalentes de recepção.

Tradicionalmente, o Brasil tem se mostrado um habitual importador de dispositivos legislativos estrangeiros⁴. Distintas regras, institutos e mecanismos jurídicos de sistemas alienígenas constituem alvo renovado de estudos e discussões acerca de sua eventual prestação e adequação para solução de deficiências ou problemas, pontuais ou genéricos, do nosso ordenamento. Como é de se supor, mais das vezes a motivação primeira e imediata situa-se na órbita de razões utilitárias e conjunturais. Mesmo porque, recorda com propriedade Jorge Miranda: “até agora, com poucas exceções, o esforço comparativo tem servido ou para ajudar a compreender os institutos de Direito positivo interno ou para preparar a sua reforma.”⁵

² Tavares, Ana Lúcia de L. *O Estudo das Recepções de Direito*, in Estudos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 46. Confirma-se também, por oportunos: Dantas, Ivo. *Direito Constitucional Comparado*. Introdução. Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 65 e ss. Ancel, Marc. *Utilidade e Métodos do Direito Comparado*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1980, pp. 78-80., Jackson, Vicki C. e Tushnet, Mark(orgs.) *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1999, pp. 144-152. *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, Jorge Miranda. Revista Brasileira de Direito Comparado nº 9, Rio de Janeiro, 1990.

³ Idem, nota 8, p. 47.

⁴ A propósito, veja-se a excelente amostragem das recepções legislativas pós-Constituição de 1988 em Tavares, Ana Lúcia de L. *A Constituição Brasileira de 1988 - subsídios para os comparatistas*, in Rev. de Informação Legislativa, nº 109, Jan/Mar. 1991, Senado Federal, especialmente pp. 86-103.

⁵ *Sobre o Direito Constitucional Comparado*, op. cit., p. 57. Remontando aos antecedentes históricos do comparatismo, o festejado constitucionalista lusitano assinala ainda a ancianidade de tal procedimento, vez que “em todos os tempos, se observou que um Estado, ao pretender organizar-se de novo, procurava informar-se de como eram as organizações dos povos vizinhos ou dos povos mais avançados, mesmo se longínquos, a fim de tirar a lição das suas formas políticas.” (Idem, p. 52).

Verificado o sucesso, a estabilidade e a efetividade de um ou mais dispositivos jurídicos pertencentes ao quadro de outros sistemas estrangeiros, analisa-se a conveniência e a oportunidade - com ou sem debates prévios na esfera da comunidade dos operadores do direito - de uma sua eventual assimilação legislativa por parte de nosso ordenamento, sem rejeições ou efeitos colaterais, ou quiçá, pelo menos, com um mínimo deles. Obviamente, as recepções jurídicas nem sempre produzem os resultados desejados inicialmente pelos seus arquitetos, encontrando resistências ora dentro da própria dinâmica operativa do sistema receptor ou de elementos constitutivos seus, ora de fatores extra-sistêmicos (v.g. conjunturas sócio-culturais e econômicas). Não por acaso, sobreleva a relevância do estudo de impacto representado pela introdução de regras, noções ou institutos jurídicos de um sistema em outro, sob o prisma de sua possível ou provável assimilação ou aclimação pelo receptor.

No caso em questão, temos institutos similares pertencentes a ramos distintos da mesma família romanista. Por um lado, este fato de *per se* facilita a tarefa de análise do processamento da transposição jurídica, vez que as fontes normativas a serem examinadas possuem a rigor uma *radice* comum, a despeito de vigentes em contextos sócio-político-econômicos discrepantes. Por outro, em comparação com um país exportador de modelos jurídicos qual a Alemanha, as fontes⁶ se apresentam ali mais equipadas e aperfeiçoadas historicamente que as nacionais, especialmente no campo doutrinário e jurisprudencial. Com efeito, a eficácia vinculante tem conhecido um desenvolvimento na doutrina alemã ao longo de pelo menos 70 anos, e a nível de legislação e jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht* desde início dos anos 50.

Registre-se, ainda, o fato revelador de há pelo menos uma década, o direito constitucional brasileiro, até então mantenedor de uma histórica e intensa relação de aproveitamento com os mananciais derivados do direito estadunidense de família *common law*, estar se voltando com maior atenção para a imensa riqueza da doutrina e *práxis* constitucional

⁶ "...em sua maioria, essas fontes se encontram em países cultural, econômica e politicamente desenvolvidos, considerados como exportadores de direitos, em contraposição àqueles menos desenvolvidos, qualificados de importadores." (Tavares, Ana Lúcia de L. *O Estudo das...*, op. cit., p. 51).

teutônicas, capitaneada - diga-se de passagem - pelo notável relevo assumido naquele país pelas decisões de sua Corte Constitucional⁷. A recepção legislativa brasileira do mecanismo processual de matriz germânica conhecido como efeito vinculante constitui, por assim dizer, um exemplo eloquente desta tendência.

2) Efeito vinculante no direito alemão

2.1) O Tribunal Constitucional Federal alemão

O Tribunal Constitucional Federal alemão ocupa uma posição preeminente não só entre os demais órgãos constitucionais alemães, como também entre as Cortes Constitucionais estrangeiras. Com efeito, além de exercer a jurisdição constitucional sobre um largo espectro de competências a ele concedidas pela Lei Fundamental de Bonn (de 8 de maio de 1949), o Tribunal se notabiliza pela especialização e desenvolvimento de suas técnicas de hermenêutica constitucional, admiradas e estudadas por inúmeros especialistas, nacionais e estrangeiros⁸.

A despeito de sua previsão na Lei Fundamental alemã (capítulo IX, arts. 92, 93 e 94), o *Bundesverfassungsgericht* só foi instalado seis meses após a edição de sua Lei Orgânica, de 12 de Março de 1951. O Tribunal Constitucional possui a natureza jurídica de um tribunal da Federação⁹, com sede em Karlsruhe, ocupante de uma posição singular no Poder

⁷ "As decisões do Tribunal Constitucional ganharam enorme influência na vida política da República Federal da Alemanha. É difícil encontrar um setor da vida pública que não tenha sido afetado pela jurisprudência do Tribunal Constitucional. Não raro, encontra-se o Tribunal no centro de grandes discussões públicas provocadas por uma de suas decisões" (Mendes, Gilmar F. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 13). No

⁸ Cf. entre outros, Jackson, Vicki C. e Tushnet, Mark (orgs.) *Comparative Constitutional Law*. New York: Foundation Press, 1999. pp. 516-539. Mendes, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo: Saraiva, 1996. Heck, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995. Hesse, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Sérgio Fabris: 1998. Stern, Klaus. *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. Moraes, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 152-176. Baracho, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 236-258.

⁹ A Lei Fundamental a ele se refere como órgão jurisdicional (LF art. 92).

Judiciário¹⁰, independente, não subordinado a qualquer outro órgão estatal, detentor de autonomia organizacional, orçamentária e administrativa.

No que se refere à dimensão repercussiva de suas decisões sobre a ordem jurídico-política alemã, nos parecem esclarecedoras as palavras de Favoreu:

*“A influência da jurisprudência do Tribunal constitucional sobre a ordem jurídico-política é considerável, ao ponto de se dizer habitualmente que, na Alemanha federal, além do próprio Estado de direito está o Estado dos juízes.”*¹¹

2.2) O Efeito vinculante das decisões do TCFA.

No exercício de seu mister funcional, o TCFA conta com aliado instrumental dos mais poderosos na atribuição de um *plus* de eficácia às suas sentenças, ao lado do instituto da força de lei (eficácia *erga omnes*): o efeito vinculante de seus julgados. Conquanto afins em seu papel de institutos processuais especiais do controle abstrato de normas, ambos os instrumentos foram concebidos como categorias jurídicas diversas, prestando-se para distintas funções.¹²

A origem do efeito vinculante no direito germânico não é recente, tendo-se desenvolvido na doutrina constitucional alemã ao longo de mais de 70 anos. Segundo anota Gilmar F. Mendes, antes mesmo de sua incorporação ao texto da Lei Orgânica do TCFA em 1951, já se encontravam precedentes seus nas leis de organização dos Tribunais Constitucionais de alguns *Länder*.¹³

De toda sorte, a consagração do efeito vinculante (*Bindungswirkung*) das decisões de mérito do Tribunal Constitucional viria expressa no art. 31.1 da Lei Orgânica do TCFA, *verbis*:

¹⁰ Cf. *El recurso de amparo en el sistema germano-federal*, p. 235, in Belaunde García, Domingo-Fernandez Segado, Francisco(orgs.) *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madri: Dykinson, 1997.

¹¹ Favoreu, Louis. *Los Tribunales Constitucionales*. Madri: Ariel, 1994, p. 82.

¹² O instituto processual da força de lei, conquanto implique em eficácia geral ou *erga omnes*, só assegura obediência à parte dispositiva da decisão no controle abstrato de normas, ao passo que o efeito vinculante possui o condão de vincular os órgãos estatais também aos chamados fundamentos determinantes, ou seja, a *ratio decidendi* da interpretação fixada pelo Tribunal.

¹³ Cf. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, p. 438-440.

“as decisões do Tribunal Constitucional Federal serão vinculantes para os órgãos constitucionais da Federação e dos Länder tanto quanto para todos os tribunais e autoridades”.¹⁴

Tal eficácia vinculante é conferida a nível do controle abstrato de normas, e segundo a tendência jurisprudencial da Corte de Karlsruhe abrange não somente a parte dispositiva da decisão, mas também a *ratio decidendi*, ou seja, os fundamentos jurídicos em torno dos quais se orienta precipuamente a decisão. Por esta ótica, a eficácia da decisão da Corte transcende o caso concreto, de forma que os princípios normativos retirados da parte dispositiva e da *ratio decidendi* sobre a interpretação da Constituição seriam de observância obrigatória por todos os tribunais e autoridades nos casos futuros. A propósito, leciona Gilmar Mendes, com arrimo em Christian Pestalozza, que

*“esse entendimento amplia a eficácia da decisão, impondo aos diferentes órgãos estatais o dever de observar a interpretação da Constituição fixada pelo Tribunal. No caso de declaração de inconstitucionalidade de uma norma, o efeito vinculante dos “motivos determinantes” proíbe não só a edição de norma de teor idêntico ou semelhante pelo ente político que teve a lei declarada inconstitucional, mas veda também a promulgação por outros entes políticos de ‘normas paralelas’.”*¹⁵ (...) *“Se o tribunal declarar a inconstitucionalidade de uma lei do Estado A, o efeito vinculante terá o condão de impedir a aplicação de norma de conteúdo semelhante do Estado B ou C.”*¹⁶

¹⁴ Tradução livre da versão inglesa da Lei do TCFA (*Gesetz über das Bundesverfassungsgericht*) de 12 de Março de 1951, como publicada em 11 de agosto de 1993 no Diário Oficial da Federação I, p. 1473. Cf. documento eletrônico: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>

¹⁵ *Tribunal Constitucional Alemão - o apelo ao Legislador (“Appellentscheidung”) na práxis da Corte Constitucional Federal Alemã*, RDP 99, nota 6, p. 48.

¹⁶ *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, op. cit., p. 84. Em sentido complementar, anota ainda o autor em outro lugar que: “a influência do *Bundesverfassungsgericht* não se manifesta apenas nas questões a ele submetidas. Já no curso do processo de elaboração das leis procuram os parlamentares orientar-se de acordo com enrendimento esposado pelo Tribunal em outras decisões. Essa atitude é apontada, não raras vezes, como uma tendência contrária à inovação. Independentemente das razões determinantes desse fenômeno, sobre as quais não existe consenso, deve-se constatar que o sistema político da Alemanha, tal como se apresenta hoje, seria impensável sem a presença do *Bundesverfassungsgericht*.” (*Jurisdicção Constitucional*, op. cit. p. 13-14.).

Entretanto, tal posicionamento não reina pacífico na doutrina alemã. Há quem pense que tal vinculação extensiva, abrangente inclusive da *ratio decidendi*, imobilizaria o legislador com a proibição¹⁷ de reiterar a norma declarada nula pelo Tribunal Constitucional e engessaria a atualização da legislação diante da eventualidade de mudanças nas circunstâncias fáticas que conduziram àquele posicionamento inicial do TCFA. Esta é a tese sustentada por Peter Häberle, que embora reconheça a inclinação da jurisprudência do TCFA favorável à eficácia vinculante extensiva enquanto «intérprete determinante e guardião da Constituição», considera tal posição uma espécie de «sacralização da *ratio decidendi*»¹⁸, insustentável a seu ver diante de uma concepção processual dinâmica da Constituição. Ainda sobre este ponto, mister ressaltar que o efeito vinculante inexistente para o próprio TCFA, que fica vinculado apenas à parte dispositiva da decisão, e não aos seus fundamentos determinantes. Assim não fosse, «além de contribuir para o congelamento do direito constitucional, tal solução obrigaria o Tribunal a sustentar teses que considerasse errôneas ou já superadas».¹⁹

Além de conferir efeito vinculante às decisões do TCFA no controle abstrato de normas, a Lei Orgânica do TCFA atribui força de lei à parte dispositiva de determinadas decisões em sede de controle abstrato ou difuso, assim como nos recursos constitucionais (art. 31.2 da Lei do TCFA), cuja consequência imediata importa na necessidade de sua publicação pelo Ministério da Justiça, no Diário Oficial da Federação, para que os efeitos vinculantes possam ser estendidos a todos os órgãos estatais.

3) Efeito vinculante no direito brasileiro.

A Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, instituiu formalmente a figura da ação declaratória de constitucionalidade (ADC)

¹⁷ "Tomando-se em conta as transformações atuais no Estado e na sociedade, dever-se-ia abrir espaço ao poder de configuração do legislador, de sorte que lhe permitisse estabelecer novas regulações máxime quando, desta forma, o próprio TCFA poderia corrigir-se". (Peter Häberle, *El recurso de amparo...*, op. cit. p. 273).

¹⁸ Ainda de acordo com o renomado constitucionalista alemão "se se estende a força vinculante das decisões também à *ratio decidendi*, o "diálogo jurídico" seria entorpecido, os demais tribunais perderiam a autonomia para efetuarem outras interpretações da Constituição e o poder inovador dos eventuais votos particulares seria desprezado." (Idem, p. 273).

¹⁹ Mendes, Gilmar F. *Direitos Fundamentais e Controle...*, op. cit. p. 449-450.

no ordenamento jurídico brasileiro. Esta emenda estabelece em seu art. 1º, alteração no art. 102 da Constituição Federal de 1988, acrescentando a este o § 2º, que assim dispõe:

Art. 102.....

§ 2º *As decisões definitivas de mérito, proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, nas ações declaratórias de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal, produzirão eficácia contra todos e efeito vinculante, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e ao Poder Executivo.*"

Com isto, um novo instrumento normativo de índole processual específico do controle abstrato de normas, de origem teutônica, se incorporava à nossa legislação em sede constitucional. Como já tivemos ocasião de nos reportar alhures, o efeito vinculante aliado à vinculação *erga omnes* destinam-se a proporcionar maior eficácia às decisões do Supremo Tribunal Federal no exercício do controle abstrato de constitucionalidade, verticalizando a interpretação fixada por ele em questões constitucionais, e como tal pacificando eventuais conflitos de entendimento entre os diversos órgãos judiciais acerca de matérias idênticas ou análogas. "Em verdade, o efeito vinculante decorre do particular papel político-institucional desempenhado pela Corte ou pelo Tribunal Constitucional, que deve zelar pela observância estrita da Constituição nos processos especiais concebidos para solver determinadas e específicas controvérsias constitucionais".²⁰

Uma notável síntese desta maneira de colocar a questão pode ser divisada no seguinte voto do então Ministro daquela Corte, Paulo Brossard, proferido em questão de ordem da ação declaratória de constitucionalidade (ADC) nº 1-1/DF:

"Quanto ao (...) efeito vinculante, creio que é uma medida de utilidade (...), porque, por essa ou aquela razão, acontece entre nós o que não acontece em outros países de diferente tradição histórica e jurídica, em que uma decisão de Tribunal Superior, não pela lei, mas pela teoria do stare decisis, se faz respeitável e respeitada. Não há lei que determine o

²⁰ Mendes, Gilmar F. *Direitos Fundamentais e Controle...*, op. cit., p. 457.

respeito a um acórdão da Suprema Corte; respeita-se porque é da Suprema Corte. Entre nós, por essa ou aquela razão, durante decênios se controverte sobre um tema, não chega a termo o dissenso.(...) É possível arrolar mil decisões num sentido e mil e uma em sentido inverso. Ora, isto não pode continuar indefinidamente. O princípio da utilidade tem de se fazer sentir, ainda que isto importe, aqui ou ali, em certas situações menos confortáveis... É um princípio de utilidade jurídica, social, política, utilidade no seu sentido mais amplo.”²¹

De qualquer sorte, desde sua implantação em 1993, a ação declaratória de constitucionalidade com efeito vinculante tem sido empregada com surpreendente parcimônia pelos legitimados ativos (CF, art. 102, § 4º). De outra feita, a previsão inicial de efeito vinculante apenas para as ADC gerava uma distorção histórica que só seria corrigida com o advento da Lei nº 9868/99, regulamentadora do processo e julgamento das ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade²². Esta lei estendeu finalmente o efeito vinculante também para as decisões proferidas nas ADIN. Até então esses pronunciamentos formalmente só irradiavam eficácia *erga omnes*. Admitindo-se a evidência de ambas as ações possuírem um caráter duplo, se em qualquer delas o julgamento for pela procedência ou improcedência, poder-se-á chegar a uma declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade. Tal fato *sui generis* criava situações desconfortáveis para o STF, tendo o Ministro Sidney Sanches assim se pronunciado, em certa ocasião:

“a inexistência, porém, de força vinculante nessas decisões do STF em ação direta de inconstitucionalidade tem acarretado inúmeros percalços juntos aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, pois permite que aqueles renovem os atos declarados inconstitucionais, e o que é pior, enseja que este último, o Judiciário, em seus vários segmentos, insista em decidir, sobre a mesma lei ou atos normativos, segundo seu próprio

²¹ Ação Declaratória..., op. cit., p. 228.

²² Com efeito, o art. 24 do referido diploma legal assim dispõe: “Proclamada a constitucionalidade, julgar-se-á improcedente a ação direta ou procedente eventual ação declaratória; e, proclamada a inconstitucionalidade, julgar-se-á procedente a ação direta ou improcedente eventual ação declaratória.”

convencimento, sem levar em conta o decidido pela Corte Suprema, com eficácia erga omnes.”²³

Cumprе acrescentar ainda que a referida Lei nº 9868, de 10 de novembro de 99, não apenas estendeu o efeito vinculante também para as decisões proferidas nas ADIN, mas logrou ir ainda mais longe, estatuidando o alcance da força vinculante inclusive para a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, senão vejamos o seu art. 28, parágrafo único:

“A declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive a interpretação conforme a Constituição e a declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e efeito vinculante em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal”.

Por sua vez, quase a mesma época, o Presidente da República sancionou um outro diploma legislativo, a Lei nº 9882 (de 3 de dezembro de 1999), regulamentando o instrumento de tutela constitucional das liberdades chamado arguição de descumprimento de preceito fundamental, prevista no § 1º, do art. 102 da CF. Também esse remédio constitucional, por força desta lei regulamentadora, foi contemplado com a eficácia vinculante das decisões proferidas pelo STF em seu processo. É o que dispõe o § 3º do seu art. 10:

“A decisão terá eficácia contra todos e efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público”.

Impende ressaltar que o modelo de efeito vinculante adotado no Brasil, segundo a proposta vertida na EC nº 3/1993, diversamente do similar alemão, de eficácia vinculante para todos os órgãos estatais, vincula apenas os órgãos do Executivo e do Judiciário (depois acom-panhado e reproduzido pelo art. 28, parágrafo único da Lei nº 9868/99). Ao contrário da proposta original, que estabelecia a vinculação dos órgãos e agentes públicos, a redação

²³ Sidney Sanches *apud* Moraes, Alexandre de. *Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais*. São Paulo: Atlas, 2000, p. 272.

afinal aprovada reduziu o seu alcance aos órgãos do Poder Executivo e do Poder Judiciário²⁴. Como vimos, o art. 31.1 da Lei do TCFA consigna expressamente a vinculação de todos os órgãos constitucionais da Federação alemã e de todos os seus tribunais e autoridades.

Sucedeu, porém, com o advento da Lei nº 9882/99 relativa ao processamento e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, um dado interessante. O supracitado § 3º do art. 10 da Lei nº 9882/99 estabelece precisamente: "a decisão terá...efeito vinculante relativamente aos demais órgãos do Poder Público". Em sendo assim, diversamente do § 2º do art. 102 da Constituição (e do art. 28, p. único da Lei nº 9868/99), nos quais em tese o próprio legislador se excluiu do alcance da força vinculante, não se divisa aqui qualquer restrição à dimensão subjetiva dos limites da eficácia vinculativa. A questão a ser dirimida gravitaria em torno da locução "demais órgãos do Poder Público" (se entendido *latu sensu* ou *strictu sensu*), que não reproduz os diplomas anteriores e se aproximaria em maior grau da extensão conferida originariamente ao instituto alemão pelo art. 31.1 da Lei do TCFA. O que decididamente não obsta a que o próprio STF fixe o seu sentido autêntico em interpretação conforme a Constituição, tendo por norte o art. 102, § 2º da CF.

Cumprir notar ainda que a eventual inobservância de uma decisão com eficácia vinculante configura grave violação de dever funcional, tanto por parte dos magistrados como por parte das autoridades administrativas. Ademais, os que se sentirem lesados poderão ajuizar reclamação (CF, art. 102, I, l) a fim de se preservar a autoridade da decisão do STF.

O fato em si do mecanismo de eficácia vinculante pátrio constituir uma transposição legislativa relativamente recente, faz com que ainda não disponha da sedimentação jurisprudencial e doutrinária acumulada pelo seu equivalente alemão ao longo de vários lustros. Donde se deflui a razão pela qual, em múltiplos aspectos, o recurso às construções da doutrina tedesca e da jurisprudência do TCFA se revelar de grande valia como referência analógica²⁵ na compreensão e aplicação do referido instituto em nosso contexto específico.

²⁴ Mendes, Gilmar F. *Direitos Humanos e Controle...* op. cit., p. 450.

²⁵ "Embora a Emenda nº 3/93 não tenha incorporado a proposta na sua inteireza, é certo que o efeito vinculante, na parte que foi positivada, deve ser estudado à luz dos elementos contidos na proposta original. Assim, parece legítimo que se recorra à literatura alemã para explicitar o significado efetivo do instituto." (Mendes, Gilmar F. op. cit., p. 442)

4) Processamento da recepção legislativa brasileira do efeito vinculante.

4.1) Agentes de recepção

Neste caso de recepção sob análise, evidenciar-se-á, como veremos, uma quase total convergência de interesses e idéias entre os juristas defensores da importação do novo instituto e o legislador que incorporaria suas justificativas ao Projeto de Emenda Constitucional, pelo menos no que respeita ao efeito vinculante propriamente dito.²⁶

Em meio á intensa discussão entre diferentes setores da comunidade jurídica nos meses que antecederam a transposição formal do novo instituto para o direito positivo nacional, os estudos e artigos doutrinários precursores de Gilmar Ferreira Mendes, em colaboração com Ives Gandra da Silva Martins, forneceriam os subsídios essenciais a serem adotados no texto constitucional. De fato, a longa experiência e familiaridade do Prof. Gilmar Mendes no trato com o direito constitucional alemão²⁷, particularmente com a jurisprudência e legislação relativas ao Tribunal Constitucional Federal Alemão, o credenciaram a propor e articular então (1992/93) a incorporação do efeito vinculante ao ordenamento jurídico brasileiro. O que seria feito via Emenda Constitucional nº 3/93, no bojo de um novo instrumento de provocação do controle abstrato de normas pelo STF, a ação declaratória de constitucionalidade (art. 102, I, a e § 2º e 4º da CF). Estes estudos pioneiros dos juristas Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins foram posteriormente

²⁶ Na época da aprovação da Emenda Constitucional nº 3/93, houve particularmente queixas por parte de um dos mentores da proposta inicial, Ives Gandra da Silva Martins, contra o que chamou de sua desfiguração pelos deputados ao longo do processo legislativo, com a introdução da ação declaratória de constitucionalidade via substitutivo em moldes diversos daquela por ele originalmente concebida. (Cf. detalhes em Martins, Ives Gandra da Silva & Mendes, Gilmar Ferreira. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 121-123).

²⁷ A propósito, a tese de doutorado do Prof. Gilmar F. Mendes apresentada perante a Universidade de Münster-RFA(1990), consistia precisamente de um estudo comparativo do controle de constitucionalidade abstrato de normas a partir do cotejo das estruturas do *Bundesverfassungsgericht* alemão com as do Supremo Tribunal Federal brasileiro (publicada com o título "Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha". São Paulo: Saraiva, 1996). V. também o artigo "Em vista de um conceito de Jurisdição Constitucional", de José Ribas Vieira e Margarida Camargo. *Revista Direito, Estado e Sociedade*, nº 15. Rio de Janeiro: Departamento de Direito da PUC-RIO, 1999, p. 124-125.

incorporados às justificativas agregadas ao Projeto de Emenda Constitucional²⁸ (PEC nº 132/1992) apresentado pelo Deputado Roberto Campos. Num dos trechos da justificativa, pode-se ler:

*"Além de conferir eficácia erga omnes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade, a presente proposta de emenda constitucional introduz no Direito brasileiro o conceito de efeito vinculante em relação aos órgãos e agentes públicos. Trata-se de instituto jurídico desenvolvido no Direito processual alemão, que tem por objetivo outorgar maior eficácia às decisões proferidas por aquela Corte Constitucional..."*²⁹

Posteriormente, ainda Gilmar F. Mendes desempenharia por igual papel relevante na condição de relator da comissão de juristas encarregada de elaborar o anteprojeto de lei sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade. A referida proposta, depois transformada em Projeto de Lei³⁰, lograria anos depois ser convertida na Lei nº 9.868/99, cuja principal inovação foi estender a eficácia vinculante também à disciplina das ações diretas de constitucionalidade, antes restrita como vimos apenas às ADCs. E, muito embora, a EC nº 3/93 não contemplasse originalmente o efeito vinculante para a arguição de descumprimento, como o fez para a ADC, isto ocorreria anos depois com o advento da Lei nº 9.882/99, regulamentadora do novo instrumento de tutela constitucional das liberdades, que estabelece em seu art. 10, § 3º, a eficácia *erga omnes* e *efeito vinculante* das decisões do STF em sede de arguição de descumprimento de preceito fundamental.

4.2) Razões para a adoção do novo instituto

De início, diversas motivações podem ser vislumbradas como determinantes da recepção legislativa do efeito vinculante no âmbito do direito constitucional brasileiro. O cenário nacional à época de fins do Governo

²⁸ Proposta de Emenda Constitucional nº 130 de 1992, DCN 1 de 02/09/1992, p. 19.956, col. 01.

²⁹ *Ação Declaratória...*, op. cit., p. 84.

³⁰ Projeto de Lei nº 2.960, de 1997, depois de aprovado com modificações introduzidas pelo substitutivo do Relator, seguiu para o Senado Federal onde tramitaria como PL nº 10/99.

Collor era de grande instabilidade político-econômica, uma instabilidade obviamente endêmica, também herdada por seu sucessor, e que então se refletia muito peculiarmente sobre o andamento dos trabalhos do Poder Judiciário, em particular nos Tribunais Superiores. Decorrencia disto as avalanches de ações e recursos dirigidos contra malsinados planos econômicos sucessivos, oneração abusiva da carga tributária em nítido descompasso com princípios constitucionais atinentes, promessas não-cumpridas de atualização salarial do setor público e uma série de matérias outras cujo potencial conflitivo ameaçava inviabilizar a organicidade judiciária. E, mormente, a virtual inefetividade das decisões de mérito do STF, no desempenho do controle abstrato de normas perante os órgãos do Poder Executivo e do próprio Judiciário, os quais persistiam recorrendo iterativamente, no primeiro caso, e decidindo no contrafluxo da interpretação do Supremo em sede de controle difuso de constitucionalidade, no segundo caso; a despeito de jurisprudência já sedimentada pelo Pretório Excelso em questões previamente submetidas a sua apreciação. Inelutavelmente, a demora na entrega da prestação jurisdicional ou a entrega de decisões contraditórias acerca de matérias idênticas ou análogas, além de emperrar o funcionamento harmônico do sistema judiciário acaba por acarretar intranquilidade aos cidadãos, contribuindo para gerar descrédito, insegurança e incerteza jurídicas. Neste sentido, o novo instituto foi originariamente concebido como uma alternativa processual eficaz contra tais fenômenos estruturais recorrentes da máquina judiciária:

i) o enorme quantitativo de decisões judiciais liminares contraditórias sobre matérias idênticas;

ii) o acúmulo infindo de recursos reiterados sobre questões previamente decididas pelo STF e outras altas Cortes - algumas sumuladas, inclusive - com fins meramente procrastinatórios;

Ponderando estes fatores, o Poder Executivo em composição com setores favoráveis do Legislativo, decidiu-se por encampar parte da proposta original, norteador por fins utilitários e pragmáticos, de modo a se aceitar a transposição do novo instituto processual específico da processualística constitucional tedesca para o ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com seus defensores, o novo mecanismo assaz reforçaria o controle concentrado de constitucionalidade exercido pelo Supremo Tribunal Federal em detrimento do controle difuso realizado

incidentalmente pelos outros juízos e tribunais, assegurando *prima facie* maior segurança jurídica e uniformidade jurisprudencial, evitando decisões conflitantes em temas constitucionais. Por outro lado, possuiria a conseqüência prática de inibir a inobservância dos julgados do STF em matéria constitucional pela pluralidade de órgãos administrativos do Estado, obstando ou desestimulando aventuras judiciais e recursos com intento simplesmente protelatório.

4.3) Fatores propulsores e inibidores.

Em geral, na análise de um processo de recepção legislativa podem ser discernidos elementos que estimulam ou dificultam a adoção de instituto ou norma pelo sistema receptor, derivados do sistema jurídico fonte. Presumivelmente, inúmeras possibilidades concorrem isolada ou conjuntamente para o sucesso ou fracasso na transposição de um dado dispositivo legislativo, antes e depois de sua eventual aceitação e incorporação ao ordenamento receptor, mormente em se tratando de estruturas conjunturais sócio-político-econômicas dicotômicas.

Em particular, no caso de transplante do efeito vinculante do direito processual constitucional teutônico para o nosso âmbito, distingue-se uma série de fatores, mormente de índole utilitária e conjuntural (anteci-pados sumariamente em outro tópico), que concorreram favoravelmente para sua implantação na legislação brasileira, dentre os quais podemos citar:

a) a bem-sucedida experiência tedesca com o efeito vinculante (*Bindungswirkun*) na jurisprudência do TCFA, cuja previsão em sua Lei Orgânica data de princípios da década de 50. Um Tribunal da Federação que possui múltiplos pontos de contato com o nosso STF, pertencente e atuante em um sistema jurídico da mesma família romano-germânica;

b) a necessidade de se conferir maior eficácia às decisões do STF em sede de controle abstrato de normas perante os demais órgãos do Poder Judiciário e do Poder Executivo; reforçando assim o controle concentrado de constitucionalidade e prestigiando o Supremo em seu mister de guardião maior da Constituição;

c) evitar ou limitar a multiplicação incontida de feitos versando sobre questões constitucionais idênticas ou análogas nas instâncias inferiores, já pacificadas pela jurisprudência da Corte Suprema;

d) o efeito vinculante desestimularia a chamada "eternização das demandas judiciais", através da prática abusiva da via recursal, inviabi-

lizadora do regular funcionamento do STF e de outros Tribunais Superiores, em nome da economia e celeridade processuais;

e) assegurar a centralização da discussão de causas relevantes para a União em matéria administrativa-tributária-econômica junto ao STF; evitando-se pronunciamentos jurisdicionais conflitantes e pulverizados, carreadores de dificuldades ínsitas à defesa jurídica governamental.

A seu turno, dentre os fatores inibidores da aceitação e aplicabilidade do novo instituto em nosso meio podem ser apontados os seguintes:

a) Resistência dos magistrados de tribunais inferiores e juízos de 1ª instância à hipótese de o efeito vinculante tolher sua liberdade de convencimento e interpretação frente à verticalização da hermenêutica constitucional operada desde o STF;

b) Insatisfação de setores da advocacia com um instituto que desestimula o abuso de recursos, com fins meramente procrastinatórios, na medida em que o STF estabelecendo a interpretação da Constituição dá a última palavra sobre a *quaestio juris* alvo de controvérsia, tornando inútil e contraproducente qualquer impugnação judicial nas instâncias ordinárias;

c) O misto de temor e reticência reinante nos meios jurídicos relativamente às previsíveis conseqüências e repercussões da eficácia vinculante no sentido de restringir ou engessar os debates e questionamentos em torno de matérias judicialmente controvertidas;

d) A preocupação com uma sua eventual utilização indiscriminada, de forma a limitar o alcance e o sentido das garantias constitucionais do juiz natural, da ampla defesa, do contraditório e da inafastabilidade de jurisdição (CF, art. 5º, incs. LIII, LV e XXXV);

4.4) Repercussões

Já vimos que o efeito vinculante foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro originariamente através da EC nº 3/93, como mecanismo processual constitucional no bojo da ação declaratória de constitucionalidade. Aceso debates precederam e se seguiram a sua implantação desde então, no âmbito da doutrina, jurisprudência e da comunidade jurídica em geral. Listas de argumentos a favor e contra eram expendidos e perpassavam os pareceres de renomados juristas³¹.

³¹ Uma copiosa amostragem pode ser encontrada em *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, op. cit. pp. 1-181.

Apesar de um clima inicialmente desfavorável aos novos institutos dominante em amplos setores da comunidade jurídica nacional, principalmente no meio advocatício e entre magistrados de 1ª instância; em tempos recentes, verificada a inelutabilidade de seu positivamento, gerou-se uma certa acomodação.

No caso do efeito vinculante das decisões em ações declaratórias de constitucionalidade, o temor inicial de seu emprego abusivo pelos legitimados ativos não se confirmou. Com efeito, de 1993 para cá, somente 8 ações desta espécie foram distribuídas perante o Supremo Tribunal Federal³². Quanto a posterior extensão do efeito vinculante, seis anos depois, para a disciplina processual das decisões proferidas em ações direta de inconstitucionalidade e arguição de descumprimento de preceito fundamental, resulta prematuro esposar qualquer análise de sua efetividade e adequação dado o parco período decorrido em sua *praxis* jurisprudencial.

Conclusão:

O sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil incorpora o chamado modelo misto, ou seja, aquele que reúne em si - com adaptações - tanto o controle de normas em abstrato centralizado no STF, quanto o controle difuso levado a efeito incidentalmente por qualquer juízo ou tribunal. Não obstante, desde a Constituição de 1988, nota-se uma tendência progressiva a nível de política legislativa e de governo no sentido de tonificar e aperfeiçoar o controle concentrado de normas junto ao STF, através da concessão de uma série de novos instrumentos de provocação e *renforcement* de sua jurisdição constitucional. A categoria do efeito vinculante, com sua pretensão de conferir um *plus* de eficácia às decisões do STF, bem pode ser o remate destes instrumentais processualísticos constitucionais, fruto de reengenharia institucional da Constituição, que atenuam consideravelmente o papel desempenhado pelo controle difuso em nossa ordem jurídica atual. Neste diapasão, de todo oportuna a remissão ao magistério do insigne Min. Sepúlveda Pertence assentado na ADC n. 1/DF, para quem a convivência entre os sistemas difuso e concentrado de controle normativo

³² Segundo consta do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário (BNDPJ), disponibilizado pelo STF no site <http://www.stf.gov.br/bndpji/STFADC.htm>

“não se faz sem uma permanente tensão dialética na qual (...) a experiência tem demonstrado que será inevitável o reforço do sistema concentrado, sobretudo nos processo de massa; na multiplicidade de processos a que inevitavelmente, a cada ano, na dinâmica da legislação, sobretudo na legislação tributária e matérias próximas, levará se não se criam mecanismos eficazes de decisão relativamente rápida e uniforme; ao estrangulamento da máquina judiciária, acima de qualquer possibilidade de sua ampliação e, progressivamente, ao maior descrédito da Justiça, pela sua total incapacidade de responder à demanda de centenas de milhares de processos rigorosamente idênticos, porque reduzidos a uma só questão de direito”. (ADC nº 1/DF, Rel. Min. Moreira Alves, j. 1-12-93, DJU 16-6-95).

Como vimos, na origem da implantação do efeito vinculante divisava-se motivações de índole técnico-processual, mas sobretudo razões funcionais e utilitárias. O mecanismo em questão já nasceu no ordenamento jurídico sob o signo da polêmica. Muitos se perguntavam (e ainda se perguntam) se em nome de argumentos funcionais tão perseguidos, como sejam a celeridade e economia processual aliados à estabilidade e segurança das decisões judiciais; não se estaria também sacrificando o direito à divergência de opiniões e limitando o debate hermenêutico em torno de questões constitucionais nas instâncias inferiores do Judiciário.

De toda forma, em qualquer processo de recepção legislativa existe uma certa expectativa, decorrente de um risco ínsito, quanto ao sucesso ou não do novo instituto ou mecanismo para a consecução dos fins visados, do concurso ou não da transposição para o aperfeiçoamento do sistema receptor. Efeitos colaterais e rejeição sempre poderão ocorrer, por alguma incompatibilidade verificada no âmbito do próprio sistema (v. g. com outros institutos já existentes), ou no ambiente extra-sistêmico, no que se refere à sua efetividade jurídica e repercussão junto ao corpo social.

Oxalá possa a categoria processual da eficácia vinculante, a despeito da plausibilidade das reticências alimentadas quanto a sua aplicabilidade, bem cumprir o seu desígnio no campo dos procedimentos especiais da jurisdição constitucional, representando um valioso contributo e não um estorvo na trilha de aprimoramento do nosso sistema judiciário.

Bibliografia

- AFONSO DA SILVA, José. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 1999.
- ANCEL, Marc. Utilidade e Métodos do Direito Comparado. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1980.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo Constitucional. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- DANTAS, Ivo. Direito Constitucional Comparado. Introdução. Teoria e Metodologia. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.
- FAVOREU, Louis. Los Tribunales Constitucionales. Madri: Ariel, 1994.
- HÄBERLE, Peter. El Recurso de Amparo en el Sistema Germano-Federal, in Belaunde García Belaunde, Domingo-FERNANDEZ SEGADO, Francisco(orgs.) La Jurisdicción Constitucional en Iberoamerica. Madri: Dykinson, 1997.
- HECK, Luís Afonso. Os Direitos Fundamentais na Lei Fundamental de Bonn, Rev. de Informação Legislativa, nº 109 (Jan./Mar. 1991).
- _____ O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento dos princípios constitucionais. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1995
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha. Sérgio Fabris: 1998.
- JACKSON, Vicki C. e TUSHNET, Mark(orgs.) Comparative Constitutional Law. New York: Foundation Press, 1999.
- MENDES, Gilmar F. e MARTINS, Ives Gandra da Silva(orgs.) Ação Declaratória de Constitucionalidade. São Paulo: Saraiva, 1995.
- _____ Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000.
- _____ Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____ Tribunal Constitucional Alemão - o apelo ao Legislador("Appellentscheidung") na prática da Corte Constitucional Federal Alemã, RDP nº 99(jul./set. 1991).
- MIRANDA, Jorge. Sobre o Direito Constitucional Comparado. In Revista Brasileira de Direito Comparado, Instituto de Direito Comparado Luso-brasileiro, Rio de Janeiro, Nº 9, 1990.
- MORAES, Alexandre de. Jurisdição Constitucional e Tribunais Constitucionais. São Paulo: Atlas, 2000.

- STERN, Klaus. Derecho del Estado de la República Federal Alemana. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.
- VIEIRA, José Ribas e CAMARGO, Margarida. Em vista de um conceito de Jurisdição Constitucional. in Revista Direito, Estado e Sociedade, nº 15. Rio de Janeiro. Departamento de Direito da PUC-RIO, 1999.
- TAVARES, Ana Lúcia de Lyra. A Constituição Brasileira de 1988: subsídios para os comparatistas. in Rev. de Informação Legislativa nº 109 (Jan./Mar. de 1991).

_____ Estudo das Recepções de Direito, in Estudos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983.

Documentos eletrônicos:

- Site do Banco Nacional de Dados do Poder Judiciário(BNDPJ), disponibilizado pelo STF: <http://www.stf.gov.br/bndpj/STFADC.htm>
- Site de Legislação Germânica (idioma inglês), disponibilizado em The Law Comparative Society: <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>

O Direito à Privacidade e a Divulgação de Dados Pessoais:

A estrutura legal da proteção conferida aos cidadãos no Brasil e nos Estados Unidos da América¹

Mariane Sardenberg Sussekind²

I – Introdução

Hoje em dia, a quantidade crescente de informações disponíveis em rede – o registro eletrônico de quando você deixou o estacionamento e o registro do cartão de crédito sobre quais as livrarias e restaurantes de sua preferência – apresenta um retrato de nossa vida pessoal muito mais detalhado do que em qualquer época no passado. Ademais, informações sobre indivíduos não mais estão sob o controle da pessoa a quem a informação se refere; essa falta de controle é a *falta de privacidade*.

¹ O direito à privacidade foi escolhido como tema do trabalho de final do Curso de Direito Constitucional Comparado, ministrado pela Prof^a Ana Lúcia de Lyma Tavares, no Mestrado, no segundo semestre de 2000, enfocando o ordenamento jurídico nacional e o norte-americano, porque em ambas as frentes, os mecanismos legais de proteção a esses direitos se encontravam em expansão, respeitadas as peculiaridades das tradições jurídicas respectivas.

Hoje, depois dos ataques ao World Trade Center e ao Pentágono, ocorridos em 11 de setembro de 2001, a atualidade do tema persiste, mas revestiu-se de nova e inesperada feição: o temor de que as medidas de combate ao terrorismo venham a arranhar – a curto, médio ou longo prazo – direitos até então consagrados. A imprensa tem divulgado a expressão deste temor na voz de políticos e intelectuais que identificam entre as cinquenta medidas apresentadas em 25 de setembro p.p. ao Congresso americano pelo secretário de Justiça John Ashcroft, algumas que podem comprometer direitos à privacidade, além de outros direitos, como de expressão, associação e defesa. Entre essas medidas, por exemplo, estão a proposta de tornar legal o uso do "grampo" telefônico, assim como a fiscalização de mensagens pela internet.

Consideradas necessárias por alguns, face ao "estado de guerra", para outros as propostas em discussão representam um retrocesso histórico. Ainda segundo a imprensa, mais de uma centena de organizações não governamentais já se uniram para protestar contra as medidas, sob o argumento de que, além de ferir direitos de privacidade, algumas poderiam abrir as portas para ações repressoras indiscriminadas. A questão está no centro dos debates e torna o assunto ainda mais palpitante.

² Advogada do BNDES. Mestranda do Programa de Pós-graduação em Direito do Departamento de Direito da PUC-Rio.

Efetivamente, das câmeras de vídeo que gravam nossa entrada em lojas e prédios às notas de compras dos supermercados que enumeram cada caixa de leite ou pacote de cigarros que compramos, a privacidade está profundamente ameaçada nas sociedades modernas.

Paradoxalmente, cada vez mais confiamos aos telefones, redes informáticas e caixas eletrônicos a execução de tarefas rotineiras de nossas vidas. A segurança dessas transações se tornou fonte de preocupação e de amplo debate público. O desafio é conseguir desenvolver os meios de preservar o direito à privacidade que caracterizava nossas relações pessoais no passado.

Pela sua atualidade e relevância, o tema tem despertado a atenção da opinião pública, refletindo-se este interesse em produção legislativa, em sua maioria de elaboração recente, nos respectivos ordenamentos legais.

Com foco na privacidade das comunicações, mais especificamente na transmissão de dados, este trabalho procura examinar o assunto, sem todavia qualquer pretensão de esgotá-lo, justamente do ponto de vista das diferentes características que assume a proteção legal aos cidadãos, de acordo com as distintas tradições de países diversos. Para tanto, buscase, basicamente, um exercício de comparação da trajetória da regulação jurídica em nosso ordenamento jurídico, referenciado ao sistema romano-germânico, e no norte-americano, exemplo clássico da *common law*.

É palpável o avanço tecnológico que ocorreu recentemente no Brasil no que se refere à implantação de sistemas computadorizados de transmissão de dados. Os Estados Unidos da América, por sua vez, ocupam posição pioneira no que tange à regulação do tema, em virtude de seu notório predomínio no campo tecnológico em geral, e da telecomunicação e da computação de dados em especial.

Por último, o trabalho procura oferecer uma visão panorâmica da legislação aprovada em diversos países sobre a proteção do direito à privacidade, que figura inclusive na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

II – Conceito e breve histórico

A privacidade é para muitos a verdadeira alma do ser humano. Embora alguns autores³ entendam que a tutela jurídica da privacidade é fenômeno da nossa época e considerem os exemplos históricos aponta-

³ DINIZ, Carlos Francisco Sica, *Enciclopédia Saraiva do Direito*, vol. 61, pág.170, verbete Privacidade.

dos no direito antigo como indicativos da proteção à esfera privada na verdade não passaram de casos de defesa da propriedade, disposições legais sobre a privacidade remontam a mais de 2000 anos atrás, nas prescrições judaicas. O Talmude ensina que vizinhos não devem olhar para dentro das casas.

A vida particular da pessoa é um bem de supremo valor moral, que cumpre ser preservado juridicamente, por disciplina própria, autônoma. A proteção civil do indivíduo exercida contra interferências indevidas e arbitrárias, reveladoras do que se passa no círculo fechado de sua vida privada, chama-se *direito à intimidade*. A doutrina, que evoluiu notavelmente em muitos países, dá-lhe vários outros nomes, com algumas diferenças sutis de conceituação: direito à privacidade; ao recato, resguardo, reserva; ao segredo; o direito de estar só.

Privacidade é o *direito à autonomia* e engloba o *direito de ser deixado sozinho*. Abrange também o direito de controlar informações sobre nossas próprias pessoas, incluindo o direito de limitar o acesso a essas informações.

Não é necessário parar para pensar nas inovações tecnológicas de comunicação, desde os telefones digitais, os celulares, a Internet, o *e-mail*, a viva-voz, o *conference call*, para percebermos que a tecnologia, não raro, pode conflitar com o direito. A invasão da esfera íntima, mediante o uso da informática, se transformou numa constante ameaça para a preservação do direito à intimidade.

O interesse em reprimir e controlar os abusos da informática se manifestou e ainda se manifesta em diversos países.

A Inglaterra se consagrou como o país onde o debate acerca dessa questão é mais antigo. O primeiro projeto de lei referente à matéria foi apresentado em 1969 ao Parlamento Britânico, O projeto foi denominado *Data Surveillance Bill* e não foi aprovado, o que ensejou protestos de vários setores. Após dezenas de projetos de lei foi criada uma comissão, em 1976, que propôs várias recomendações que foram acatadas pelo governo inglês. Uma posição concreta em relação à matéria só foi alcançada em 1984, com o *Data Protection Act*, ainda assim considerado insatisfatório.

Modernamente, o direito à intimidade abrange não só o direito de impedir a compilação de dados de natureza íntima, que não podem ser levados a registro, como também a possibilidade de correção de informações inexatas.

Salvo exceções, nos países em que a privacidade é controlada por lei, além da exigibilidade do registro público dos bancos de dados sobre

pessoas físicas, são reconhecidos atualmente, cinco direitos fundamentais do indivíduo face à informática:

- o *direito à intimidade* – consistindo na limitação das informações prestáveis apenas aos fins específicos da fonte coletora;

- o *direito à confidencialidade* – visando coibir o acesso às informações de terceiros não legitimados;

- o *direito de acesso às informações coletadas a seu próprio respeito* - com fins de identificar sua extensão e grau de exatidão;

- o *direito à correção e eventual exclusão de informações inexatas* que sejam incabíveis ou irrelevantes para os fins propostos pela fonte coletora;

- o *direito à precritibilidade de informações de caráter potencialmente danoso*, considerando-se o decurso do tempo e a não-repetição de faltas análogas ou semelhantes.

III – Processos normativos de proteção

III.1 -A Privacidade no âmbito dos direitos humanos fundamentais

A privacidade é reconhecida pela comunidade internacional como imprescindível, constituindo, portanto, um direito humano básico. O artigo 12 da *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, de 1948, dispõe:

“Ninguém será submetido a interferência arbitrária em sua privacidade, família, domicílio ou correspondência, nem a ataques à sua honra e reputação. Todos têm o direito de proteção das leis contra tais interferências ou ataques.”

A privacidade é essencial ao discurso político. A democracia requer uma imprensa livre, relações confidenciais entre advogado e cliente e o direito a um julgamento justo. As fundações da democracia repousam sobre a privacidade, mas em várias sociedades democráticas a proteção à privacidade é interpretada de maneiras variadas. A Inglaterra, por exemplo, tem leis mais frouxas sobre escuta telefônica do que os Estados Unidos.

A privacidade é um valor dependente da cultura. Cidadãos de países superpovoados como a Índia têm uma visão diferente daquela do Canadá, por exemplo, a respeito do que constitui a privacidade, o que torna o tema tão fascinante para o exercício de Direito Comparado.

III.2 – O Sistema Brasileiro e o Sistema Norte-americano

a) Principais diferenças na regulação da proteção à privacidade

O tratamento dado à proteção da privacidade nos Estados Unidos é

emblemático, em mais de um aspecto, do funcionamento da *common law* e seu apoio na construção de raciocínios jurídicos e normas ao longo do tempo.

Da mesma forma, o assunto no Brasil respeita o princípio da literalidade, característico da tradição romano-germânica, e a tutela do direito à intimidade alcançou *status* constitucional através da Constituição de 1988, em seu artigo 5º.

Assim é que a maioria dos americanos acredita que a privacidade é um direito fundamental garantido pela Constituição. A crença tem uma certa adesão à realidade, mas muito menos do que se acredita. Não existe menção à palavra *privacy* na Constituição, nem o direito à privacidade está explícito em qualquer emenda. Apenas dez Estados norte-americanos tem leis de proteção e a Califórnia inclui o direito à privacidade em sua Constituição.

Entretanto, seria um equívoco encarar a falta de um grande aparato legal nos Estados Unidos como uma falta de proteção legal à privacidade. A privacidade, na realidade, está implícita na Constituição. Senão, vejamos: a *Primeira Emenda* protege a liberdade de expressão religião e associação; a *Terceira Emenda* protege a inviolabilidade do domicílio e a *Quarta*, contra busca e apreensão. A *Quinta Emenda* assegura que ninguém seja obrigado a testemunhar contra si mesmo. A *Nona* reserva "ao povo" aqueles direitos que não estejam enumerados na Constituição. E a *Décima Quarta* garante que ninguém possa ser privado da vida, da liberdade ou da propriedade sem o devido processo legal, provendo mais uma trincheira contra a interferência governamental na privacidade do cidadão.

No Brasil, o direito à intimidade sempre esteve contido nas Constituições anteriores – desde a de 1824 – no universo da proteção genérica proporcionada por outros direitos da personalidade. Na verdade, a positivação de princípios fundamentais veio substituir velhos mecanismos que limitavam o reconhecimento do direito à intimidade ao *universo da proteção constitucional implícita*, identificada em outros preceitos, à semelhança do que ocorre nos Estados Unidos.

O constituinte brasileiro também tutelou o direito à intimidade, indiretamente, através de vários outros artigos, tais como o direito de resposta (artigo 5, inciso V); a inviolabilidade do domicílio (artigo 5º, inciso XI); a inviolabilidade da correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo restrição

judicial (artigo 5º, inciso XII); o resguardo da fonte, quando necessário ao exercício profissional, em se tratando de acesso à informação (artigo 5º inciso XIV); o direito de inédito no universo do direito autoral e da propriedade industrial (artigo 5, incisos XXVII e XXIX); o direito à imagem (artigo 5º, inciso XXVIII alínea "a"); a restrição à publicidade dos atos processuais (artigo 5º, inciso LX) e o *habeas data* (artigo 5º, inciso LXXII).

Vale dizer que o reconhecimento expresso do direito à intimidade não exime uma interpretação que satisfaça as exigências da articulação do preceito com valores e princípios informadores, que presidem o quadro de direitos fundamentais configurado pela Constituição.

b) Origens da regulação

Enquanto no Brasil, a assembléia constituinte de 1988 inspirou-se na Teoria Alemã das Esferas para distinguir especialmente o conceito de intimidade - considerada um campo mais restrito da privacidade - nos Estados Unidos as origens da noção de privacidade, e a sua violação, remontam à época da colonização, quando em 1710, com a criação de um sistema de entrega postal nas colônias, o governo britânico estabeleceu a proteção à privacidade similar à então existente na Inglaterra.

Já no começo da Guerra Civil, o governo americano apreendeu todos os telegramas enviados nos 12 meses anteriores. Parte da complexidade da disputa pela privacidade então era devida ao fato de que, diferentemente do correio, o telégrafo era operado pelo setor privado. O governo tinha então dois objetivos contraditórios: proteger a privacidade das comunicações contra a interferência dos operadores e, ao mesmo tempo, estabelecer amplos privilégios para o próprio governo.

Sobre a evolução do instituto no ordenamento americano vale fazer referência, em breve resumo, à "construção" do princípio legal e os principais passos de seu reconhecimento. Em 1890, um advogado chamado Louis Brandeis, que mais tarde se tornaria membro do Suprema Corte, escreveu um artigo sobre privacidade para a *Harvard Law Review* daquele ano, argumentando que as mudanças causadas pela tecnologia tornavam necessária uma resposta na lei.

Todavia, no primeiro *round* entre a tecnologia do telefone e a privacidade, a privacidade perdeu (1928, na vigência da Lei Seca, caso *Olmstead*, ironicamente com a dissidência do Justice Brandeis). Uma

década depois, no caso *Nardone (Nardone v. United States, 1937 e 1939)* finalmente a Suprema corte veio a esposar as opiniões de Brandeis.

Em 1958, já no âmbito das lutas pelos direitos civis, a Corte estatuiu que o direito de livre associação outorgado pela Primeira Emenda incluía a privacidade de tal associação.

Sete anos depois, em *Griswold v. Connecticut*, a Suprema Corte expandiu amplamente a proteção à privacidade, pela inclusão de direitos que não estavam expressamente enumerados no *Bill of Rights*. (*Connecticut's Birth Control Act – privacy of the bedroom*/ relação com o médico.)

Dois anos depois a Suprema Corte estabeleceu que as chamadas telefônicas, incluindo as feitas em lugares públicos, eram privadas (*Charles Katz v. United States, 1967 – FBI investiga aposta ilegal em cabine telefônica de LA proibição de jogo interestadual*).

Entretanto, em 1972 houve uma decisão no sentido contrário a essa expansão: Corte negou proteção a sigilo bancário, considerando que o cheque era documento público que não continha “expectativa de privacidade”.

c) A privacidade e a transmissão de dados

Nos Estados Unidos existem hoje mais de 500 empresas que comerciam cadastros e informações mas, apesar dessa proliferação, os cidadãos americanos temem mais é a interferência do governo. A coleção de dados do governo americano sobrepõe aos negócios de informação privados – as agências governamentais possuem 910 grandes bancos de dados, contendo dados pessoais.

Esse temor teve origem basicamente nos anos 40, quando o governo americano interferiu, face à iminente situação de guerra, utilizando dados do censo (cuja elaboração é prevista na Constituição americana), para relocar pessoas (japoneses) e prender outras (preocupação com o comunismo). Houve outras ocorrências nos anos 60 (era Kennedy) e o auge ocorreu com os excessos da era Nixon.

Quando o Congresso americano votou a Lei de Privacidade (*Privacy Act*, que entrou em vigor em 1975), com o objetivo de proteger os indivíduos do mau uso dos dados pessoais, o então Presidente Gerald Ford posicionou-se contrário à criação de outra burocracia federal e nunca se estabeleceu uma comissão americana de proteção de dados.

Um ano após o *Privacy Act*, o congresso dos EUA nomeou uma comissão chamada *Privacy Protection Study Commission*, presidida por D.F.

Linowes. A comissão realizou uma ampla revisão do *Privacy Act* e apresentou um relatório (*Report*) em 1977, inspirando, posteriormente o *Privacy Protection*, de 1980. O novo texto estabelece novas limitações às investigações e à intervenção de documentação privada, por parte da Administração. Além disso, instituiu os ressarcimentos pertinentes, para as vítimas das violações das disposições legais.

Várias vezes o governo federal americano tomou providências pontuais para salvaguardar a privacidade dos cidadãos. Leis como a *Fair Credit Reporting Act* (uso de cadastro de crédito, 1970), *Video Protection Act*, 1988 (divulgação de registros de aluguel de vídeo), coloca limites nas informações que as agências federais podem coletar dos cidadãos.

Em nível estadual, a proteção legislativa é esparsa, mas existe.

Já no Brasil, a matéria é recente. Os diferentes projetos de lei sobre as relações existentes entre intimidade e informática costumavam se encerrar nas comissões. Com a Constituição de 1988, o Brasil consagrou a inviolabilidade do sigilo de dados entre os seus direitos e garantias fundamentais, assegurando-o no artigo 5º inciso XII da Carta Magna. O objeto protegido pelo direito à inviolabilidade de sigilo, não são dados em si, mas a sua comunicação, que é restringida.

Também ficou assegurado o direito de acesso, conforme o inciso XIV e também o inciso XXXIII do, art. 5º. Dessa forma, passamos a subscrever algumas daqueles direitos acima, faltando ainda o *direito à confidencialidade* e o *direito à prescribibilidade de informações de caráter potencialmente danoso*.

d) Comentários adicionais.

O exame do tema em apreço leva-nos à percepção de uma grande diferença de enfoque entre os Estados Unidos e o Brasil, tornando evidente concepções também divergentes sobre o papel do Estado na sociedade. Trata-se da opção que se faz pelo Estado de Direito, em sua feição clássica liberal, como é o caso dos Estados Unidos ou pelo Estado Social de Direito, como parece ser o modelo adotado por nossa Constituição. Então, “se passa a insistir mais na preservação da liberdade, defendendo a supremacia da idéia democrática, ou se acentua a igualdade, apregoando a precedência do socialismo”⁴

⁴ GUERRA Fº, Willis S., *Metodologia Jurídica e interpretação Constitucional*, in Revista de Processo, nº62, Doutrina Nacional, p.62.

Enquanto nos Estados Unidos o debate atual envolve basicamente o questionamento quanto ao acesso privilegiado da Administração Pública aos dados pessoais dos cidadãos, voltando assim aos velhos dilemas liberais a respeito das liberdades pessoais, no Brasil dá-se fenômeno diverso.

Entre nós, a questão central em debate hoje é relativa ao fato, apontado pela maioria dos doutrinadores, de que a disciplina jurídica da intimidade tem perdido seu exclusivo caráter individual e privado para assumir, progressivamente, uma significação e um papel públicos e coletivos.

Efeito dessa tendência, sentida não apenas em nosso País, mas na maioria dos ordenamentos de inspiração romano-germânica, é a perda relativa da posição central ocupada outrora pelos Códigos Civis nos respectivos sistemas. A concepção de proteção da vida individual, que se configura numa construção em que subjaz a *autonomia individual em sentido absoluto*, deu lugar à noção da *integração do homem na sociedade*, substituindo a figura do indivíduo isolado pela da coletividade.

Não se trata, porém de uma invasão do direito público e sim de uma reestruturação do conceito, uma mudança no enfoque do direito civil, agora interpretado à luz das orientações constitucionais.

Como já tivemos oportunidade de analisar, a maioria dos autores, na moderna doutrina do direito público, entende que as liberdades públicas, assim como as individuais, não podem ser entendidas de forma absoluta. Dessa maneira o universo de interseção entre *liberdades públicas* e a *tutela constitucional da intimidade* é limitado pela finalidade primeira da administração Pública: *o interesse público*. Em outras palavras, entre nós, a maior parte da doutrina hoje defende, no caso de conflito entre interesse público e proteção da intimidade, a prevalência do interesse público sobre o individual.

Tais considerações reafirmam de que estamos em uma época marcada pela publicização do direito privado e pela privatização do direito público, evidenciando então a imposição de um estudo multidisciplinar nas Ciências Jurídicas, para que se possa alcançar um entendimento mais cristalino da matéria em questão. Neste sentido, o campo de atuação do interesse público tem recebido um entendimento cada vez mais extensivo, disciplinando o comportamento dos sujeitos e as estruturas conflitantes das relações de público e privado, que se apresentam,

atualmente, completamente distintas do que eram no passado. Por outro lado, tornam-se cada vez mais frequentes as invasões da intimidade, sob a alegação de se tratarem, sempre, de casos de interesse público.

III.3 – Notícia de outros Países sobre a Legislação Protetiva da Privacidade quanto à Divulgação de Dados

No tocante às disposições alemãs acerca da matéria, o primeiro texto regulador da *Datenschutz* foi promulgado em 1970. Entre as inovações trazidas no texto, ressalta-se a figura de um comissário responsável eleito pelo Parlamento e com amplos poderes de investigação, para a proteção da informação – uma espécie de *ombudsman* – sendo encarregado de municiar o Parlamento, com informes periódicos sobre o funcionamento das equipes de funcionários públicos, que lidam com informática, especialmente em relação aos que trabalham com material envolvendo direitos fundamentais.

A referida lei inspirou outras similares até que, em 1977, a Alemanha promulgou uma lei federal sobre *Datenschutz*. A lei federal tinha como objetivo maior *“impedir todo e qualquer dano aos bens dos cidadãos alemães, que fossem dignos de tutela, protegendo seus dados pessoais dos abusos advindos dos registros, das transmissões, modificações e cancelamento de informações”* (artigo 1º).

Pode-se considerar a Suécia como o país da vanguarda na proteção das liberdades ameaçadas pelo desenvolvimento tecnológico, nas palavras de René Ariel Dotti⁵. A *Datalegen* sueca, de 11 de maio de 1973, nº 289, modificada em 1979 pela Lei nº 334, é o primeiro texto legal completo sobre a proteção da intimidade e controle dos bancos de dados públicos e privados.

A Constituição portuguesa de 1976 outorgou à matéria *status* de direito fundamental, através do seu artigo 35, reconhecendo o direito de cada cidadão de conhecer e retificar informações a seu respeito. O texto português foi precedente do artigo 18, 4 da Constituição Espanhola da 1978. O texto espanhol prevê a limitação legal da informática, com fins de assegurar o direito à intimidade dos cidadãos.

⁵ DOTTI, R. Ariel, *Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação*, pág. 261., citado por AIETA, op. cit., p. 225.

Assim também a reforma constitucional de 1994 da Argentina trouxe inovações importantes sobre a matéria – o artigo 43, § 3, autoriza o exercício da ação de amparo para que a pessoa interessada possa tomar conhecimento das informações a ela referidas e de sua finalidade, que constem em registros ou bancos de dados públicos ou privados destinados a prover informações e em caso de falsidade ou discriminação para exigir a supressão, retificação, confidencialidade ou atualização daqueles dados.⁶

Diversos outros países formularam leis sobre a matéria ou estão em fase de elaboração, entre os quais a Noruega, a Dinamarca, a Áustria, Luxemburgo, Bélgica, Holanda e Itália.

A necessidade de proteção, frente à problemática da violação dos bancos de dados, tem, nos últimos anos, extrapolado as fronteiras do direito interno de cada país, para se consolidar como uma exigência internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AIETA, Vânia Siciliano, *A garantia da intimidade como Direito Fundamental*, Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 1999.
- BARROSO, Luís Roberto, *Constituição da República Federativa do Brasil anotada*, 2ª edição, São Paulo, editora Saraiva, 1999.
- CASTELLS, Manuel, *A era da informação: economia, sociedade e cultura, o Poder da Identidade*, vol.2, 2ª edição, São Paulo, Paz e Terra, 1999.
- FRANÇA, Limongi (coord), *Enciclopédia Saraiva do Direito*, Vols. 46 e 61, São Paulo, Editora Saraiva, 1981.
- GUERRA Fº, Willis Santiago, *Metodologia Jurídica e Interpretação Constitucional*, in Revista de Processo nº 62, Doutrina Nacional, Direito processual Constitucional.
- RIVERA, Julio César, *El Derecho Privado Constitucional*, Doutrina Civil, Primeira Seção RT – 725, março de 1996.
- TEPEDINO, Maria Celina B.M, *A caminho de um Direito Civil Constitucional*, in Revista de Direito Civil, 65.
- WHITFIELD, Diffie e LANDAU, Susan, *Privacy on the Line – The Politics of Wiretapping and Encryption*, Massachusetts Institute of Technology (MIT), 1998.

⁶ RIVERA, Julio César Rivera, *El Derecho Privado Constitucional*, in RT-725, março de 1996 pág. 16.

Programa de Pós-graduação em Teoria do
Estado e Direito Constitucional
Dissertações de Mestrado defendidas
no 1º semestre de 2001

O DIREITO ENTRE O FORMALISMO E O SENSO COMUM
The Law Between Formalism and Common Sense

Renan Aguiar

Prof. Orientador: Alejandro Bugallo Alvarez (aalvarez@jur.puc-rio.br)

Banca Examinadora: Profs. Alejandro Bugallo Alvarez, José Ribas
Vieira e Antonio Carlos de S Cavalcanti Maia

Data da Defesa: 22 de fevereiro de 2001

A elaboração de uma ciência do direito, a partir dos modelos das ciências formais e naturais, foi uma das principais atividades dos juristas do século XX. Hans Kelsen, conclui esta tarefa, formalizando o conhecimento jurídico a partir de modelos lógico-matemáticos, dando autonomia ao saber científico do direito em relação aos demais saberes jurídicos. Constrói, desta forma, uma rigorosa teoria do direito segundo os padrões da lógica formal. A partir da metade do século XX, as metodologias das ciências físico-matemáticas, até então modelo para estudo da ciência, passam a sofrer críticas que atingem todo o conhecimento fundado em modelos formais, provocando uma nova discussão sobre a metodologia científica. No contexto desta crítica, surgem diversas alternativas metodológicas para o Direito, dentre elas a Retórica que, a partir do senso comum, irá propor novas perspectivas para o estudo do Direito.

The elaboration of a science of the Law starting from the models of formal and natural sciences was one of the main activities for jurists' in the XX century. Hans Kelsen concluded this task formalizing the juridical

knowledge based on logical-mathematical models, giving autonomy to the scientific knowledge of the Law in relation to the others known as juridical. He built, this way, a rigorous theory of the Law according to the patterns of the logic-formal. From the middle of the XX century on, the methodologies of physical-mathematics sciences - until then model for study of science - have been suffering critics that reach the whole knowledge founded in formal models, provoking a new discussion about the scientific methodology. In the context of this critic, methodological alternatives appear for the Law, just as them the Rhetoric, which, starting from a common sense, will propose new perspectives for the study of the Law.

DEVERES CONSTITUCIONAIS

Constitutional Obligations

Maria Cristina de Luna Souza Leite

Prof. Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: Profs. José Ribas Vieira, Alejandro Bugallo
Alvarez e Maria Celina Bodin de Moraes.

Data da Defesa: 4 de abril de 2001

O que este trabalho propõe, nas páginas que se seguem, é contribuir para uma melhor compreensão acerca dos deveres constitucionais, especialmente em relação aos deveres presentes na Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em cinco de outubro de 1998.

Os deveres de tolerância e solidariedade são tratados como referência para a reflexão jurídica sobre todos os demais deveres constitucionais, articulando-os em um sistema de normas jurídicas e orientando as decisões judiciais.

Através dessa análise temática, são examinados os conceitos de dever fundamental, desenvolvido por Kant, da teoria dos sistemas, de norma e as diferenças entre as regras e os princípios.

This work proposes to contribute to a better understanding of constitutional duties, especially in relation to the duties present in the Constituição da República Federativa do Brasil (Constitution of the Federative Republic of Brazil), promulgated on October 5, 1988.

The duties of tolerance and solidarity are taken as a reference for a juridical reflection on all the other constitutional duties, organizing them a system of juridical norms and orienting judicial decisions.

The concepts of fundamental duty, developed by Kant, of the theory of systems, of norm and the differences between rules and principles are examined through this thematic analysis.

DIREITOS FUNDAMENTAIS, ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA: UMA APRESENTAÇÃO DA PERSPECTIVA JUSFILISÓFICA DE ROBERT ALEXY

Fundamental Rights, Legal Reasoning: A Presentation of the Legal-Philosophical Perspective of Robert Alexy

Alice Wolf Geremberg

Prof. Orientador: Antonio Carlos Cavalcanti Maia

Banca Examinadora: Antonio Carlos Cavalcanti Maia, Ricardo Lobo Torres e Willis Santiago Guerra Filho

Data da Defesa: 9 de abril de 2001

A presente dissertação consiste em uma apresentação da perspectiva jusfilosófica do autor alemão pós-positivista, Robert Alexy, em um esforço de sistematizar as suas principais obras.

Na primeira parte, é feita uma abordagem da 'teoria dos direitos fundamentais', ressaltando suas principais características e críticas. Procura-se distinguir as regras dos princípios e explicitar o procedimento alexiano proposto para a solução das colisões de princípios.

A segunda parte, é dedicada à 'teoria da argumentação jurídica' em seu âmbito mais estrito, qual seja, a decisão judicial. Neste capítulo trabalha-se com o 'discurso prático racional geral', tentativa contrafática de Alexy em elaborar um código para a razão prática. A 'argumentação jurídica' é estudada como um caso especial, como uma espécie do gênero 'discurso prático racional geral'.

No anexo I, o campo de ação mais amplo da 'argumentação jurídica' é analisado, quando é incluída a discussão habermasiana sobre o 'espaço público'. Nos debates travados no interior da esfera pública faz-se necessário a presença de um procedimento argumentativo que forneça as

bases e um parâmetro para a racionalidade e qualidade destas discussões.

Finalmente, no anexo II, são incluídas tabelas de formas e regras de argumentos, visando facilitar ao leitor acompanhar o desenvolvimento teórico esboçado no capítulo 2.

The present dissertation is about Robert Alexy, a post positivism author, and consists on a presentation of his jusphilosophical perspective. We also intend to make an effort to systematize his major books.

The first chapter is an approach to his 'fundamental rights theory'. We will emphasize its main characteristics and critics. We will distinguish between rules and principles and also explain Alexy's procedure to solve principle collisions.

The second chapter is dedicated to Alexy's 'juridical argumentation theory' in its restricted ambit, the judicial decision. We will work with the 'practical general rational discourse', Alexy's counterfactual tentative to elaborate a practical reason code. The 'juridical argumentation' is studied as an especial case, as a kind of the genus 'practical general rational discourse'.

The annex I is about the 'juridical argumentation' wide ambit. We will analyze the habermasian discussion about 'public space'. The debates that occur within the interior of the 'public sphere' need the presence of an argumentative procedure that provides the bases and a parameter to these discussions rationality and quality.

Finally, the annex II consists of argument rules and forms tables, in order to provide a better comprehension of the second chapter.

DIREITO AO TRABALHO: DO BEM-ESTAR AO MAL-ESTAR SOCIAL

The Right to Work: from Social Welfare to Social Unease

Maria Celeste Simões Marques

Prof. Orientador: José Maria Gomez

Banca Examinadora: José Maria Gomez, José Ribas Vieira e José Fiorêncio Júnior

Data da Defesa: 18 de abril de 2001

Efeitos nefastos do neo-liberalismo econômico, de contornos globais, têm gerado o agravamento do desemprego tanto nos países centrais (ex.;

países da Europa e EUA) como nos periféricos (Ex.: Brasil, Argentina). O Estado Social, conhecido como do Bem-Estar se esfacelou e buscaram-se respostas políticas ao desemprego ante a precarização dos vínculos contratuais, da legislação que sofre sucessivas flexibilizações além de desregulamentações e das políticas públicas ineficazes quanto à ocupação laboral. Vivemos uma contínua crise sobre todas as perspectivas esboçadas, da política e sócio-econômica à de regulação jurídica - constitucional e infraconstitucional trabalhista. Conclui-se que com a democratização crescente e a efetivação dos direitos humanos, a partir de Pactos com a sociedade civil, poderá ser resgatada a valorização do capital produtivo em detrimento do especulativo e da lógica destrutiva do capitalismo neo-liberal. Será possível o resgate do (E)estado do Mal-Estar gerado no consciente social coletivo ao qual a humanidade contemporânea encontra-se submetida face a miséria, degradação, injustiças e desigualdades econômicas e sociais vivenciadas? Que a esperança contida na caixa de Pandora, não seja apenas mitológica. Que se realize pela vontade humana.

The ominous effects of neoliberal economy, of global contours, have been aggravating unemployment in both Northern and Southern Hemispheres countries – in Europe and the USA, Brazil and Argentina, respectively. The Welfare State has come to a disastrous end and people search for political answers to cope with unemployment, which meets the turn of precarious contractual bonds, of precarious legislation that has successively suffered flexibilizations, as well as deregulation and inefficient labour public policies. We are facing a continuous crisis as far as all these perspectives are concerned, from the political and socio economic to the constitutional and infraconstitutional labour regulation. The conclusion should be that with an increasing process of democratization and the effectiveness of human rights, through alliance with civil society, the importance of productive capital can be rescued to the detriment of the speculative one and the logic of neoliberal capitalism. Should it be possible to overcome the sorrowful state generated in the social collective conscience to which humanity is temporarily submitted due to economic poverty, degradation, injustice and inequality experienced? The hope in Pandora Box should not be just a myth. It is to be made true through men's will.

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL: IMPLEMENTAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL E NAS AMÉRICAS

Constitutional Jurisdiction and Judicial Activism:

The Implementation of Fundamental Rights in Brazil and the Americas

Carlos André Spielmann

Profa. Orientadora: Nadia de Araujo

Banca Examinadora: Profs. Nadia de Araujo, Ana Lucia de Lyra
Tavares e Margarida Lacombe Camargo

Data da Defesa: 20 de abril de 2001

Este trabalho é dedicado ao papel conferido ao Poder Judiciário na implementação do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, sustenta a necessidade de um ativismo judicial na concretização dos ideais programados pelo legislador constituinte, mesmo que isso conduza a uma redução do Judiciário em atividades antes reservadas, quase que exclusivamente, aos demais Poderes estatais. Na primeira parte do trabalho, cuida-se de questões teóricas com o objetivo de levar ao conhecimento do leitor métodos de interpretação e aplicação da norma jurídica ainda pouco espreitados no Brasil, em que os princípios gerais do direito exercem um papel central e primário, e não apenas de suprir a omissão da *lex scripta*, como ainda preconiza, neste último caso, a Lei de Introdução ao Código Civil. Na segunda metade, o foco é dirigido à atuação concreta do Judiciário nacional e da Corte Interamericana de Direitos Humanos, especialmente através do estudo de casos, para se demonstrar a necessidade e os profícuos e benéficos efeitos de uma postura ativa - e criativa - de juizes e tribunais no trato dos direitos humanos fundamentais.

This work is devoted to the role conferred to the Judiciary in the implementation of a State based on the law and democracy. In this sense, it supports the need of a judicial activism in the materialization of the constitutional goals, even if that leads to an interference of the Judiciary in those activities previously reserved, almost exclusively, to the Legislative and the Executive branches. The first part revolves around theoretical issues in order to make the reader aware of the method of interpretation of law based on principles, which is not widely known in Brazil. In the second half, the

focus is driven to the performance of both Brazilian Judiciary and the Inter-American Court of Human Rights, with the purpose of demonstrating, especially through the study of cases, the need and beneficial effects of judges' creative attitude when dealing with the fundamental human rights.

A EVOLUÇÃO DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO E A AÇÃO INTERVENTIVA

The Evolution of the Brazilian Federal State and Intervention

Francisco Bilac Moreira Pinto Filho

Prof. Orientador: Carlos Roberto de Siqueira Castro

Banca Examinadora: Profs. Carlos Roberto Siqueira Castro, José Ribas Vieira e Ana Lúcia de Lyra Tavares

Data da Defesa: 25 de abril de 2001

Foi intuito do presente trabalho apresentar uma sucinta evolução do federalismo brasileiro e o tratamento dado à intervenção federal em todas as constituições republicanas. Começamos com uma pequena abordagem sobre o Estado Unitário e suas concepções atuais. Depois descrevemos as origens das primeiras organizações federais - confederais -, na Antiguidade até chegarmos à Modernidade com um estudo especial sobre o federalismo suíço - do tipo continental -, e sobre o federalismo norte-americano - direito costumeiro-, de quem o constituinte brasileiro de 1890 retirou suas maiores lições. Consequente, começamos, propriamente, o estudo do estado brasileiro, desde a colônia até o federalismo republicano, inaugurado com a Constituição de 1891. No estudo de cada constituição brasileira procuramos dar ao leitor um panorama histórico da Nação, para que melhor pudéssemos encarar as obras constitucionais dos homens em suas épocas. Na segunda parte deste trabalho adentramos ao estudo da intervenção federal. Analisamo-la em cada uma das constituições brasileiras, cotejando a utilização do instituto. Por derradeiro, fizemos um enfoque da intervenção federal na Constituição de 1988, estudando seus pressupostos materiais e formais

Ce présent travail a pour objectif de présenter succinctement l'évolution

du fédéralisme brésilien et le traitement donné à l'intervention fédérale dans toutes les constitutions républicaines.

Nous commencerons par un brève approche de l'Etat unitaire et ses conceptions actuelles. Ensuite, nous décrirons les origines des premières organisations fédérales -confédérales -, de l'Antiquité à la période de la Modernité avec une étude spéciale sur le fédéralisme suisse - de type continental -, et sur le fédéralisme nord américain - droit consuetudinaire -, duquel le constituant brésilien de 1890 tira les meilleurs leçons.

Par ailleurs, nous aborderons, à proprement parler, l'étude de l'Etat brésilien, depuis la colonisation Jusqu'au fédéralisme républicain inauguré par la Constitution de 1891.

Dans l'étude de chaque Constitution, brésilienne, nous chercherons à donner au lecteur un panorama historique de la Nation, afin que nous puissions comprendre les oeuvres constitutionnelles des hommes dans leurs époques respectives.

Dans la seconde partie de ce travail, nous envisagerons l'étude de l'Intervention, fédérale, l'analysant dans chacune des constitutions brésiennes, et la comparant dans l'utilisation de l'institut.

Enfin, nous nous focaliserons l'Intervention fédérale dans la Constitution de 1988, étudiant ses présupposés matériels et formels.

J.-J. ROUSSEAU E O MITO DA VONTADE GERAL

J.-J. Rousseau and the Myth of General Will

Bruno Di Marino

Prof. Orientador: Carlos Alberto Plastino

Banca Examinadora: Carlos Alberto Plastino, José Maria Gomez e Isabela Soares Leite

Data da Defesa: 27 de abril de 2001

O pensamento de Rousseau, cuja unidade assenta-se num profundo pathos amoroso, precursor do movimento romântico, é uma construção que se estende em marcha fluindo para a apoteose da Vontade Geral, na tentativa de resposta ao ciclo de desespero instaurado pela história, esta entendida como sucessivo esquecimento da originalidade humana, em sua carência de cuidado, provocado pelo ensimesmamento do sujeito

cognoscente em seu projeto prometido de liberdade. Enquanto alternativa para a perda do mundo. A Vontade Geral constitui a versão rousseauísta para o arquétipo do Centro, na busca do ponto de ruptura para a superior dimensão da vida, em que a presença humana, libertando-se da objetualização impessoal do cotidiano por meio de uma radical vivência da alteridade, reencontra, no gesto de dáção, que se passa no instante de intensidade infinita, o inefável vigor da natureza reinventando a fecundidade harmônica do momento sagrado pela dinâmica do coração. A Vontade Geral narra a ontologia da encantadora miséria humana: é o mito de eros narrado por Rousseau.

La pensée de Rousseau, dont l'unité repose sur un profond pathos amoureux, précurseur du mouvement romantique, est une construction qui se déploie et flue jusqu'à l'apothéose de la Volonté Générale, dans la tentative de réponse au cycle de désespoir instauré par l'histoire, étant comprise comme l'oubli répété de l'originalité humaine, dans la carence de soin, provoqué par la concentration du sujet conscient dans son projet prométhéique de liberté. En réponse à la perte du monde, la Volonté Générale constitue la version rousseauiste de l'archétype du Centre, à la recherche du point de rupture jusqu'à la dimension supérieure de la vie, dans laquelle la présence humaine, se libérant de l'objectualisation impersonnelle du quotidien, au moyen d'une radicale existence de l'altérité, réencontre, dans le geste du don, qui se produit en un instant d'intensité infinie, l'ineffable vigueur de la nature, réinventant la fécondité harmonieuse du moment sacré grâce à la dynamique du cœur. La Volonté Générale raconte l'ontologie de l'enchanteresse misère humaine. C'est le mythe d'eros raconté par Rousseau.

MUNDIALIZAÇÃO NEOLIBERAL: A ATUAL FASE DE INTERNACIONALIZAÇÃO DA ECONOMIA E TRANSFORMAÇÕES NA ORDEM POLÍTICA MUNDIAL

Neoliberal Globalization: the Current Phase of Economic Internationalization and the Transformations of the World Political Order

Elídio Alexandre Borges Marques

Prof. Orientador: José Maria Gomez

Banca Examinadora: José Maria Gomez, Carlos Alberto Plastino e José Paulo Neto

Data da Defesa: 27 de abril de 2001

A atual fase de internacionalização do capital tem ocorrido sob a hegemonia neoliberal e a partir da crise correspondente ao esgotamento, em meados dos anos 70, da onda expansiva do pós-guerra. A derrocada dos regimes burocráticos do Leste aumentou o fôlego do neoliberalismo, que se tornou francamente hegemônico. As mudanças econômicas e políticas em curso permitem afirmar que vivemos um período de transição (para o incerto). A aceleração da internacionalização do capital verificada nas últimas décadas está intrinsecamente ligada ao neoliberalismo, daí poder ser designada mundialização neoliberal. Este processo tem significado em aumento gigantesco da liberdade de circulação dos trabalhadores. Os Estados, primeiros impulsionadores destas políticas, vêem sua margem de manobra reduzida, em termos de política econômica. No entanto, a maior parte dos grandes e mais influentes grupos econômicos continua vinculado às grandes potências, que zelam por seus interesses. As organizações econômicas internacionais, em especial a OMC, assumem um protagonismo sem precedentes no plano político. Ao mesmo tempo, poderio militar, especialmente dos EUA, encerrada a Guerra Fria, volta-se contra a instabilidade, que é crescente em virtude do aumento das desigualdades e do enfraquecimento dos Estados. A fratura crescente entre a lógica econômica e a soberania política é o âmbito no qual se inscrevem algumas das mais graves consequências da mundialização neoliberal, entre as quais podem ser destacados: o aumento dos conflitos de fundo identitário, o esvaziamento das conquistas democráticas e o aumento das desigualdades. Contudo, as transformações em curso não parecem

ter gerado um novo ciclo de estabilidade do capitalismo, ao contrário, crescem a instabilidade política e os movimentos de contestação.

The current stage of capitalism's internationalization has been occurring under the neoliberal hegemony since the crisis that corresponds to the exhaustion, in the middle 70's, of the long expansionist wave post-War. The defeat of the Eastern bureaucratic regimes increased the power of neoliberalism that became clearly hegemonic. The current economical and political changes allow affirming that we live in a transition period (to the uncertain). The acceleration of the capital's internationalization verified in the last decades is intrinsically linked to neoliberalism, so can be called neoliberal mundialization. This process has been signifying a strong increase of the capital's freedom of circulation although the obstacles to the workers circulation are kept. The States, beginners of these policies, have their capacity of manager the economical policy restricted. However, the majority of the biggest and more important economic groups still linked to the most powerful States, which take care of the groups' interests. The international economical organizations, especially WTO, take over a political protagonism never imagined until now. Simultaneously, the military power, especially of the USA, once finished the Cold War, is turned against the instability, that grows because of the increase of inequality and the States' weakness. The growing fracture between the economical system and the political sovereignty is the range where we found some of the seriously consequences of the neoliberal mundialization, among them can be distinguished: the increase of the conflicts linked to identity problems, the decline of the democratic conquests and the increase of inequality. However, the current transformations apparently did not create a new stage of stability in capitalism's development, instead of it grows the political instability and the anti-mundialization movements.

“O PRINCÍPIO DA SUBSIDIARIEDADE E A REDEFINIÇÃO DO PAPEL DO ESTADO NO BRASIL”

The Principle of Subsidiarity and the Redefinition of the Role of the State in Brazil

Mariana Souza Soares Montebello

Prof. Orientador: Francisco Mauro Dias

Banca Examinadora: Francisco Mauro Dias, Nadia de Araujo e Ana Lucia de Lyra Tavares

Data da Defesa: 27 de abril de 2001

Autoridade e liberdade são as duas noções antagônicas que o princípio da subsidiariedade procura harmonizar. Após o fracasso do Estado de Bem-estar Social e a insuficiência do Estado Liberal, ressurgiu a idéia da subsidiariedade estatal como via alternativa, buscando valorizar a capacidade de iniciativa e atuação dos indivíduos e dos entes sociais intermediários ao preocupar-se em deixar que cada nível de autoridade exercite suas próprias competências.

Muito embora suas raízes remontem ao pensamento grego e perpassem a evolução das idéias políticas, a elaboração dogmática desse princípio é tributária da Doutrina Social da Igreja Católica. Recentemente reavivada ao ter sido consagrada como princípio geral do Direito Comunitário, a subsidiariedade encontra-se na ordem do dia dos debates de Direito Público contemporâneo, revelando-se como vetor a orientar a redefinição das responsabilidades estatais.

No âmbito da Reforma do Estado levada a efeito no Brasil, seus influxos fazem-se especialmente presentes a partir da adoção de políticas de cunho descentralizador que visam a redefinir o papel do Estado, reduzindo seu tamanho e optando pela primazia da iniciativa privada sobre a estatal. Assim, o princípio da subsidiariedade norteia programas em vias de implementação no país, legitimando tendências de desregulamentação do setor econômico, de expansão da esfera pública não-estatal, de desestatização e, por fim, de assunção pelo Estado de perfil eminentemente regulador.

Autorité et liberté sont les deux notions antagoniques que le principe de subsidiarité cherche harmoniser. Après l'échec de l'État-Providence et l'insuffisance de l'État Libéral, l'idée de subsidiarité réapparaît comme

voie alternative qui réclame valoriser la capacité d'initiative et l'agissement des individus et des groupes sociaux intermédiaires, en laissant à chaque niveau d'autorité l'exercice de ses propres compétences.

Quoique ses routes remontent à la pensée grecque et passent auprès de l'évolution des idées politiques, l'élaboration dogmatique de ce principe est tributaire de la Doctrine Sociale de l'Église Catholique. Récemment ravivée en tant que principe général de Droit Communautaire, la subsidiarité est devenue un thème actuel de Droit Public qui oriente la redéfinition des responsabilités étatiques.

Dans le cadre de la Réforme de l'État au Brésil, ses influences se présentent notamment à partir de l'adoption de politiques de décentralisation en cherchant redéfinir le rôle de l'État par la réduction de sa dimension et par la primauté de l'initiative privée sur l'étatique. Ainsi, le principe de subsidiarité guide programmes en train d'implantation dans le pays et légitime des tendances de dérèglementation du secteur économique, d'expansion de la sphère publique non-étatique, de privatisation et, finalement, de développement du rôle des autorités administratives indépendantes.

MULTICULTURALISMO E GLOBALIZAÇÃO: DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS AO ESTADO NACIONAL

Multiculturalism and Globalization: Contemporary Challenges to the Nation State

Carolina de Campos Melo

Prof. Orientador: José Maria Gomez

Banca Examinadora: Profs. José Maria Gomez, Gisele Guimarães Cittadino e Enrique Larreta

Data da Defesa: 27 de abril de 2001

O Estado Nacional encontra-se em revisão. Por um lado, o esforço homogeneizador inerente a sua formação é questionado pela perspectiva multicultural, a qual reivindica as diferenças culturais como algo a ser não apenas respeitado, mas também incentivado. Postula-se assim, a projeção de uma forma diversa de cidadania que contemple as particularidades dos grupos sociais e que, ao mesmo tempo, seja capaz de

manter a coesão social nos limites do Estado de Direito. Por outro lado, o Estado Nacional passa a ser alvo de reexame no plano externo no bojo dos processos de globalização. Não se decreta sua morte, mas os graus de modificação em sua autonomia, legalidade, territorialidade e soberania. Neste sentido, também uma nova forma de cidadania é vislumbrada: esta não mais se restringe aos limites territoriais, mas é calcada nos direitos humanos como elemento de pretensão global. Defende-se, por fim, a concomitância da cidadania nacional, multicultural e global.

The nation state is under revision. By one hand, the homogenizing effort of its formation is questioned by the multicultural view, which claims for cultural differences not only to be respected but also encouraged. The projection of a diverse form of citizenship that contemplates the particularities at the same time that guarantees the social cohesion under the rule of law is postulated. By the other hand, the nation state is also being revisited on the external perspective under the processes of globalization. Its death is not determined, but the degrees of changes on its autonomy, legality, territoriality and sovereignty. Also in this case, a new form of citizenship has to be implemented on the basis of human rights. The concurrence of the national, multicultural and global citizenship is defended.

DIREITOS INDIVIDUAIS NA CONSTITUIÇÃO ANGOLANA E A CONSTRUÇÃO DA CIDADANIA

Individual Rights in the Constitution of Angola and the Construction of Citizenship

Bento Salazar André

Prof. Orientador: José Ribas Vieira

Banca Examinadora: José Ribas Vieira, Ana Lúcia de Lyra Tavares e Francisco Mauro Dias

Data da Defesa: 30 de abril de 2001

No âmbito de trabalho acadêmico, pretendemos participar do processo de pensar na reelaboração de um projeto que permita aos Estado

africanos ter um modelo democrático e libertário a exemplo das sociedades modernas como garantia e defesa dos direitos individuais. O fim dos regimes de partido único, o esgotamento do autoritarismo e a participação da cidadania serão apontados como desafio central de nossa dissertação. Assim, todo o nosso trabalho terá como premissa o fim dos regimes autoritários, o que permitirá a criação de regimes democráticos adaptáveis à realidade social, cultural e de desenvolvimento. A questão do Estado-Nação será abordada de maneira a despertar o interesse pelo debate. O problema da tentativa de estabilidade democrática em África insere-se num contexto muito complexo, onde se combinam as dificuldades inerentes à transição de um Estado excessivamente ideologizado, em que se manifestam vícios como autoritarismo, corrupção, paternalismo, impunidade, etc., como acontece nos países que experimentam a transição de uma economia relativamente planificada e centralizada para uma economia de mercado, acompanhada de mudanças políticas e institucionais. A dissertação tem como objetivo ajudar na obtenção de elementos que permitam formular uma política eficaz para a construção de um Estado de direito e justo que possa garantir o mínimo existencial como o trabalho, a liberdade e uma pátria. É um trabalho teórico, do tipo qualitativo, no qual se faz uma revisão da literatura doutrinária disponível que aborda a teoria geral dos direitos individuais no plano constitucional. Como quadro de referência serão utilizados dois modelos teóricos: o primeiro deriva da premissa de que a eficácia dos direitos individuais de carácter social pode ser analisada numa perspectiva do direito natural e no quadro global de sua evolução histórica; o segundo deriva da necessidade de conhecer as relações ideológicas, sociais e culturais produzidas no contexto das sociedades em estudo. O trabalho busca descrever os fatores sociais, culturais e políticos que podem promover padrões de comportamento dos agentes políticos com vista à construção de um modelo democrático capaz de atender às atuais exigências da sociedade. Dessa maneira, consultamos os textos e autores buscando: a) entender as normas e regras que caracterizam as prescrições e defesa dos direitos individuais em Angola, comparando-as com a de outros países; b) discutir e compreender as influências sociais, económicas e culturais sobre os padrões das políticas das sociedades africanas em geral e angolana em particular, no que tange às possibilidades de exercício dos direitos individuais como suporte da democracia; c) permitir a

continuidade de realização de estudos e pesquisas mais aprofundados sobre os direitos individuais e a democratização das sociedades, de acordo com os níveis de desenvolvimento sócio-económico e cultural. Questões relevantes na configuração dos padrões democráticos serão discutidas ao longo do trabalho, especialmente aquelas relativas à cidadania participativa e aos fatores de mudanças sociais. Para finalizar, recomendamos que só com a mudança estrutural - que atribui maiores poderes - e o respeito pela igualdade de direitos e o respeito pela cidadania, se poderá concorrer para a construção de sociedades justas, solidárias e de bem-estar em África.

In the ambit of academic work, we intended to participate of the process of thinking in the re-elaboration of a project that allows to the African State to have a democratic model base on the example of the modern societies as warranty and defense of the individual rights. The end of the regimes of only party, the exhaustion of the authoritarianism and the participation of the citizenship will be pointed as central challenge of our dissertation. Like this, all our work will have as premise the end of the authoritarian regimes, what will allow the creation of adaptable democratic regimes to the reality social, cultural and of development. The subject of the State-Nation will be approached in way the awakening the interest for the debate. The problem of the attempt of democratic stability in Africa interferes in a very complex context, where they combine the inherent difficulties excessively to the transition of a State "dreamed", in that they show addictions as authoritarianism, corruption, paternalism, impunity, etc., as it happens at the countries that try the transition of an economy relatively planned out and centralized for a market economy, accompanied of political and institutional changes. The dissertation has as objective helps in the obtaining of elements that will allow formulating an effective politics for the construction of a right State and fair that can guarantee the existential minimum as the work, the freedom and a homeland. It is a theoretical work, of the qualitative type, in which is made a revision of the doctrinaire literature available that approaches the general theory of the individual rights in the constitutional plan. As reference picture will be used two theoretical models: the first drift of the premise that the effectiveness of the individual rights of social character can be analyzed in a perspective of the natural right and in the global picture of your historical evolution; the

second flows of the need of knowing the relationships ideological, social and cultural produced in the context of the societies in study. The work search to describe the factors social, cultural and political that can promote patterns of the political agents' behavior with view to the construction of a democratic model capable to assist to the current demands of the society. Of that it sorts things out, we consulted the texts and authors looking for: a) to understand the norms and rules that characterize the prescriptions and defense of the individual rights in Angola, comparing them with the one of other countries; b) to discuss and to understand the influences social, economical and cultural in general on the patterns of the politics of the African societies and Angolan in matter, in what it plays to the possibilities of exercise of the individual rights as support of the democracy; c) to allow the continuity of accomplishment of studies and researches more deepened about the individual rights and the democratization of the societies, in agreement with the levels of socioeconomic and cultural development. Important subjects in the configuration of the democratic patterns will be discussed along the work, especially those relative ones to the participated citizenship and the factors of social changes. To conclude, we recommended that only with the structural change - that attributes larger powers - and the respect for the equality of rights and the respect for the citizenship, it could compete for the construction of societies fair, solidarity and of well being in Africa.

O MOVIMENTO DO CONSUMIDOR NO BRASIL COMO EFETIVO EXERCÍCIO DE CIDADANIA NA ERA GLOBALIZADA

The Consumer Movement in Brazil as an Effective Exercise of Citizenship in the Era of Globalization

Luiz Gustavo Viana Araújo

Prof. Orientador: Alejandro Bugallo Alvarez

Banca Examinadora: Alejandro Bugallo Alvarez, Maria Celina Bodin de Moraes e Carla Izolda Fiuza da C. Marshall

Data da Defesa: 8 de junho de 2001

Foi intuito do presente trabalho discutir o caráter pluridimensional da globalização, com ênfase nos reflexos deste processo sobre a forma

como passam a ser articuladas e conceituadas as relações de consumo, abordando-se, paralelamente, o instituto da cidadania. Assim, diante dos novos horizontes que a globalização inaugura, questionamos as teses que preconizam a supremacia absoluta do mercado, e que defendem também a proposta de dissociação necessária entre economia e política. Adicionalmente, a partir da recusa em se aceitar a lógica inexorável do mercado, e sua consagração como árbitro capaz de conferir e regular democracia e cidadania, fizemos uma análise da viabilidade do exercício da cidadania no ambiente mercadológico, concluindo-se pela relevância do papel do movimento consumidor na busca da obtenção de relações de consumo responsáveis, pautadas em princípios éticos, visando sobretudo, transformar o consumidor em um protagonista ativo na luta pelos seus direitos.

The purpose of this work is to present the many contradictory aspects of globalization and its impact on people's lives as consumers and as members of the community. Taking into account all the different changes globalization may have brought us, doubts regarding the markets supremacy and the fine line between politics and economics inevitable arise. Plus, considering one refuses to accept the market's inflexible logic and believes the globalization can play the role of a judge able to regulate and adjust democracy and society as we know it, a detailed analysis of role of the consumer in today's market proves an increasing demand for professionalism, ethics and better services, from the industry, by the consumer, the better informed this consumer becomes. Hence the industry is obliged to improve its standards since people are aware of their rights not setting for less.

ARTIGOS

Entorno da Natureza Humana em Kelsen: A Liberdade e a Ordem

Adrian Sgarbi

CrITÉrios para a Reparação do Dano Moral

Carlos Nelson Konder

Eles, os recursos, vistos por um advogado
(Reflexões em Matéria de Recursos Cíveis)

Carlos Roberto Barbosa Moreira

Modernidade e Democracia Participativa
em Habermas e Hannah Arendt

Denise Vitale Ramos Mendes

Casamento: Habilitao e Celebrao
no Direito Internacional Privado Brasileiro

Nadia de Araujo e Daniela Trejas Vargas

Os Juros na Constituio Federal de 1988

Omar Gomes Monteiro de Araújo

Defesa da Concorrência no Brasil: Uma abordagem histórica

Patrícia Regina Pinheiro Sampaio

ESTUDOS DE DIREITO COMPARADO

A Recepo Legislativa do Efeito Vinculante pelo Direito Brasileiro

Antonio Carlos de Almeida Diniz

O Direito à Privacidade e a Divulgao de Dados Pessoais

Mariane Sardenberg Sussekind

NOTÍCIAS E INFORMAÇÕES

Resumos e abstracts das Dissertaes de Mestrado defendidas no Programa de Pós-graduao em Teoria do Estado e Direito Constitucional do Departamento de Direito da PUC-Rio no 1o semestre de 2001.