

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro



19

AGO / DEZ

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 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 19 agosto-dezembro, 2001

ISSN 1516-6104

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

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

<u>Possibilidade de Diálogo: 11 de setembro e Direitos Humanos</u> <i>Ana Lúcia Nina Bernardes Martins</i>	6
<u>O Erro, o Dolo, a Lesão e o Estado de Perigo no Novo Código Civil</u> <i>Ana Luíza Maia Nevares</i>	24
<u>A Interdisciplinaridade no Ensino Jurídico: A Experiência do Direito Civil</u> <i>Caitlin Sampaio Mulholland</i>	56
<u>Lei e Direito nas Coleções Legais do Antigo Oriente</u> <i>Emanuel Bouzon</i>	65
<u>Princípios Constitucionais Tributários</u> <i>Frances Waleska Esteves da Silva</i>	97
<u>Clonagem Humana: Aspectos Teológico, Ético e Jurídico</u> <i>Manoel Messias Peixinho</i>	125
<u>Crédito Trabalhista: Execução contra Instituição Financeira Insolvente</u> <i>Renato Sobrosa Cordeiro</i>	139
<u>Os Conceitos Norte-Americanos de <i>Creditworthiness</i> e <i>Equityworthiness</i> como Reflexos da Mudança de Paradigma</u> <i>Teresa Cristina Gonçalves Pantoja</i>	157

2. Grupo de Pesquisa em Direito e Democracia

<u>Democracia Deliberativa</u> <i>José Ribas Vieira (coord.), Alexandre Delduque Cordeiro, André Torres, Bianca Stamato Fernandes, Flávio Elias Riche, Guilherme Pereira, Manoel Messias Peixinho, Pablo Sanges Ghetti e Paulo Murillo Calazans.</i>	180
---	-----

Artigos

Possibilidade de Diálogo: 11 de setembro e Direitos Humanos

Ana Lúcia Nina Bernardes Martins*

SUMÁRIO: Introdução; I. DIREITO DAS GENTES: Apresentação de suas características; a. Uma utopia realística e suas condições de realização; b. Por quê povos e não estados?; c. Duas posições originais; d. Princípios da "Law of Peoples" - II. "LAW OF PEOPLES": Extensão territorial e cultural; a. Tolerância de povos não liberais; b. A teoria não-ideal; Agressão; c. Injustiças sociais; d. Dever de assistência; Conclusão; Bibliografia.

Introdução

"Vamos todos juntos numa passarela de uma aquarela que um dia, enfim, descolorirá ..." ¹ A existência desta passarela após 11 de setembro de 2001 nunca esteve tão fugidia. Muito se escreveu sobre o atentado terrorista de 11 de Setembro aos Estados Unidos da América: "*The Day*

* Professora de Direito Internacional Público da PUC-Rio. Mestre em Direito por Harvard Law School e doutoranda em Teoria do Estado e Direito Constitucional na PUC-Rio

¹ Toquinho, "Aquarela".

² The Economist, September 15th-21st 2001, capa; Daniel Eisenberg, *Wartime Recession? in Time Magazine*, Latin American Edition, October 1st, pp. 42.; *Greed over fear. Wall Street is not place, rather than a state of mind* in The Economist September 29th-October 5th, pp. 69; *Bang for the Buck - What kind of tax cuts or spending would do most to boost the economy?* In The Economist September 29th-October 5th, 2001 pp. 36; *Big Government is Back? But how Much? For how long? And with whose assent?* In The Economist September 29th-October 5th 2001, pp. 35, 36. *How low can they go? Central Banks have reduced interest rates to their lowest levels for decades. But have they done enough to revive the sickly world economy?* The Economist October 6th, 2001, pp. 65. *A Clash of Wills*, The Economist October 27th, 2001, p. 32. *The financial Front Line*, The Economist, October 27th, 2001, p. 68. *A Stimulating Debate*, The Economist, October 27th, 2001 p. 13. *The Risks are worsening. The recession may well be deeper and longer than expected; How far down?* The Economist October 20th, 2001, pp. 12 e 69. *How the World has (and hasn't) changed*, The Economist November 2nd, 2001, p. 11. *Lengthening shadows*, The Economist November 10th 2001, p. 32. Michael Mandel *A Slow Road to Recovery*, BusinessWeek, December 10th, 2001, pp. 26/28.

the World Changed", sumariza a primeira edição do *The Economist* sobre o ocorrido.² A mesma publicação classifica os impactos do atentado em tres categorias: tendências que se aceleraram; disposições que se clarificaram (as alianças internacionais para combate ao terrorismo); e fatos que claramente mudaram ou claramente não (como conflitos na Irlanda do Norte ou em Israel).³

O inesperado do ocorrido trouxe consequências em diversas esferas para o governo americano e para a sociedade internacional como um todo. Em decorrência dos desafios que enfrenta, o Presidente Bush necessita arcar com os custos de um governo mais intervencionista – desde pacotes de estímulo à economia, até os gastos com aumento de segurança interna (como por exemplo o recém estabelecido *Office of Homeland Security*), incluindo as necessidades de maior incremento de poderes de polícia por parte do estado.⁴ O debate político passou, diante da situação, a incluir propostas de gastos públicos da ordem de cem bilhões de dólares em projetos de transportes,⁵ bem como controle rigoroso dos mecanismos de financiamento de atividades supostamente terroristas, com cuidadoso monitoramento das transferências financeiras trans-fronteiriças, além de redução nas próprias liberdades civis e políticas da sociedade.⁶

Em suma, o atentado de 11 de setembro situou a Administração Bush em uma verdadeira encruzilhada teórico-política: originalmente representante de um partido fervoroso defensor do liberalismo econômico, vê-se diante de uma conjuntura que demanda soluções intervencionistas sob pena de uma desarticulação política, social e econômica. Como articular estes desafios dentro de uma teoria normativa de proteção de direitos humanos? A tarefa é nova e urgente. Para tanto, utilizarei a análise realizada por John Rawls em sua obra THE LAW OF PEOPLES.

³ *How the World has (and hasn't) changed*, The Economist November 2nd, 2001, p. 11

⁴ *Big Government is Back? But how Much? For how long? And with whose assent?* In The Economist September 29th-October 5th 2001, pp. 35

⁵ *Big Government is Back? But how Much? For how long? And with whose assent?* In The Economist September 29th-October 5th 2001, pp. 35 *How low can they go? Central Banks have reduced interest rates to their lowest levels for decades. But have they done enough to revive the sickly world economy?* The Economist October 6th, 2001, pp. 65. *A Clash of Wills*, The Economist October 27th, 2001, p. 32 (discutindo a aprovação pela Câmara de \$100 Bilhões de dólares em tax cuts).

⁶ *The financial Front Line*, The Economist, October 27th, 2001, p. 68.

Rawls nos leva para um interessante passeio na busca de uma construção liberal que nos permita alcançar paz duradoura em nossa jornada terrestre. Caminhando entre as heranças de Kant e Hegel,⁷ Rawls procura descortinar as fontes de um direito dos povos, possibilitando, assim, um diálogo inteligível em meio à polifonia da sociedade internacional. Na ressaca do atentado, o esforço intelectual de Rawls adquire nova relevância: que diálogo é possível? Em que termos? Com quais procedimentos? Estas representam apenas algumas das questões que a sociedade internacional enfrenta. Argumento que a estrutura procedimental do trabalho de Rawls apresenta uma avenida de investigação intelectual que nos permite construir o diálogo entre sociedades onde qualquer construção normativa substantiva revela-se impossível.

Pretendo, então, nos limites deste trabalho, apresentar os aspectos centrais da teoria de Rawls para a convivência da sociedade internacional exposta em *THE LAW OF PEOPLES*.⁸ Decrevendo essa teoria, procuro ater-me, inclusive, à estrutura do texto tal como realizada pelo autor. Assim, o presente estudo possui duas partes principais. Na primeira, descrevo a teoria de Rawls, sua definição, âmbito de aplicação e os obstáculos concretos à sua concepção normativa. Na segunda, examino a aplicação espacial desta teoria e os obstáculos à sua efetivação tais como apresentados pelo autor.

Rawls explica que esta obra amadureceu no final da década de 80 e início da década de 90, quando o autor proferiu uma *Oxford Amnesty Lecture*⁹ sobre o tema de um direito das gentes – uma concepção de direito e justiça aplicável à sociedade internacional, desenvolvida a partir de uma idéia liberal de justiça.¹⁰ Para tanto, o autor mapeia os povos que compõem a sociedade internacional em categorias, a partir das quais torna-se possível verificar presença de condições para o diálogo.¹¹

⁷ Carlos Santiago Nino, *ÉTICA E DERECHOS HUMANOS*, Capítulo IV: O Novo Desafio Comunitarista ao Liberalismo Kantiano p. 129 (descrevendo o manancial teórico de Kant, Rawls (*construtivismo*) como a possibilidade de descobrir alguma estrutura subjacente ao raciocínio, discurso ou ação morais que possa influir na avaliação substantiva, ao passo que Hegel crítica esta concepção por perverter a ética com formulações de regras universais legalísticas que subtraem aos homens seus vínculos e circunstâncias locais, concebendo-os como egos descontextualizados).

⁸ John Rawls, *The Law of Peoples*, Harvard University Press, 1999.

⁹ Rawls, *Law of Peoples*, Prefácio.

¹⁰ Rawls, *Law of Peoples*, Introdução.

¹¹ Haveria 5 categorias de povos: *reasonable liberal peoples; decent peoples (decent consultation*

Rawls afirma, sem timidez, a personalidade da presente obra: "... it is a work that focuses strictly on certain questions connected with whether a realistic utopia is possible and what are the conditions under which it might obtain... Both *A Theory of Justice and Political liberalism* try to say how a liberal society might be possible. The *Law of Peoples* hopes to say how a world Society of liberal and decent Peoples might be possible."¹²

Sua tarefa é ampliar os limites das possibilidades práticas de realização de seu ideal – neste sentido, o universo que cria traz em si um elemento verdadeiramente lúdico, por meio do qual nossas qualidades se despertam para a construção de melhores condições de vida no globo terrestre. Rawls quer nos mostrar como evitar erros do passado, que teriam sido causados por injustiças políticas, estabelecendo políticas e instituições justas.¹³

O Direito das Gentes é desenvolvido dentro do liberalismo político de Rawls e o autor o caracteriza como uma extensão de uma concepção liberal de justiça doméstica para uma sociedade dos povos.¹⁴ O autor quer assegurar que a política externa de um povo liberal é também razoável para povos decentes. Seguindo Kant em *A Paz Perpétua*, Rawls parte da idéia de um contrato social (hipotético e ahistórico) doméstico e o amplia por meio de uma segunda posição originária entre representantes de diferentes povos.¹⁵

Essencialmente, Rawls indaga se "há princípios de justiça pertinentes for a das fronteiras de regimes democratas?"¹⁶ Seu anseio por um universalismo possível, na trilha Kantiana, o leva a defini-lo em referência a "um domaine limité de questions étiques, celui que concerne la justice des pratiques sociales e non pas la moralité dans son ensemble, ou même le droit et le tort moral."¹⁷ Neste projeto, Rawls assenta a objetividade dos princípios de convivência entre os povos em um processo de construção "... à réfléchir la forme et le contenu du raisonnement pratique correcte." – permitindo um universalismo pluralista.¹⁸

hierarchy e outras); *outlaw states; societies burdened by unfavorable conditions; benevolent absolutisms*, Rawls, *Law of Peoples*, Introdução p.4 (tais categorias são abordadas na parte II deste trabalho).

¹² Rawls, *Law of Peoples* p. 6

¹³ Rawls, *Law of Peoples* p. 6, 7

¹⁴ Rawls, *Law of Peoples* p. 9

¹⁵ Rawls, *Law of Peoples* p. 10

¹⁶ Bertrand Guillarme, Prefácio *IN* John Rawls, *LE DROIT DES GENS*, Editions Esprit, p. 3; Stanley Hoffman, *Mondes idéaux*, in John Rawls, *LES DROIT DES GENS*, Editions Esprit, p. 100.

¹⁷ Guillarme, p. 15.

¹⁸ Guillarme p. 17, 19.

De fato, Hoffman nota que “*le resultat final est ce qu’il nomme*” “*une théorie libérale constructiviste*” *soit la somme de tous ces principes “adopté après mûre réflexion par les sujets raisonnables auxquels s’appliquent ces principes de justice”: son autorité repose sur “les principes et les conceptions de la raison pratique”*.¹⁹ Como poderia, então, tal regime constituir uma concepção moral para um mundo ideal, indaga Hoffman.²⁰

I. DIREITO DAS GENTES: apresentação de suas características

a. uma utopia realística e suas condições de realização

“*Law of Peoples*” é “...uma concepção política particular de direito e justiça que se aplica aos princípios e normas de direito internacional e à prática internacional”.²¹ Os povos que obedecem esta concepção passam a integrar a “*Society of Peoples*”, independente de seu regime político interno, que pode ser um regime liberal constitucional ou um regime não-liberal mas “decente”. Sociedades decentes são as que obedecem “...condições específicas de justiça e direitos políticos (incluindo o direito de seus cidadãos de participar substancialmente da formulação de decisões políticas) e que instam seus cidadãos a honrar uma lei razoavelmente justa para a “*Society of Peoples*.”²²

Diante do pluralismo da sociedade internacional, com diferentes culturas, tradições de pensamento religiosas ou não, Rawls indaga como pode haver um diálogo transfronteiriço que nos reconcilie com nossa condição política e social.²³ Ansiando por um fio condutor da biodiversidade social, Rawls descreve a tarefa da filosofia política como “realisticamente utópica” ao estender os limites da possibilidade política prática nesse projeto de nossa reconciliação.²⁴ Procura essencialmente fornecer instrumentos para que uma sociedade liberal democrática possa dialogar com outras que não o seja e possa mesmo recusar o diálogo com quem se mostre “outlaw”. Afirma o autor o seguinte:

¹⁹ Hoffman p. 114

²⁰ Hoffman p. 120

²¹ Rawls, *Law of Peoples* p.3

²² Rawls, *Law of Peoples* p.3, note 2

²³ Rawls, *Law of Peoples* p.11

²⁴ Rawls, *Law of Peoples* p. 11

Our hope for the future of our society rests on the belief that the social world allows a reasonably just constitutional democracy existing as a member of a reasonably just Society of Peoples. What would a reasonably just constitutional democracy be like under reasonably favorable historical conditions that are possible given the laws and tendencies of society? And how do these conditions relate to the laws and tendencies bearing on the relations between peoples?²⁵

Como, então, ampliar nossos horizontes além das barreiras impostas pela realidade social? Para Rawls, o “fato do pluralismo razoável”²⁶ certamente limita nossas possibilidades práticas, porém, acredita na possibilidade de mudança das instituições políticas e sociais afirmando que “...we have to rely largely on conjecture and speculation, arguing as best we can that the social world we envision is feasible and might actually exist, if not now then at some future time under happier circumstances.”²⁷ Adverte, contudo, que “eventually we want to ask whether reasonable pluralism within or between peoples is a historical condition to which we should be reconciled.”²⁸

Rawls descreve sete condições necessárias para a realização de uma sociedade liberal democrática doméstica e, a seguir, as amplia para incluir uma “*Society of Peoples*”. Senão vejamos²⁹:

- (i) uma concepção *realística* de justiça deve estar baseada de fato em leis da natureza, atingindo a estabilidade que elas permitem (“stability for the right reasons”: cidadãos agindo de acordo com princípios de seu sentido de justiça aprendidos com o crescimento e participação em instituições justas³⁰) - “it takes people as they are (by the laws of nature) and constitutional and civil laws as they might be...”³¹ Tal concepção de justiça deve, ainda, possuir princípios primeiros “workable” e aplicáveis aos arranjos políticos e sociais correntes.³² Esta condição permanece inalterada com relação a “*Society of Peoples*”.³³

²⁵ Rawls, *Law of Peoples* p. 11

²⁶ Rawls, *Law of Peoples* p.12

²⁷ Rawls, *Law of Peoples* p.12

²⁸ Rawls, *Law of Peoples* p.12

²⁹ Rawls, *Law of Peoples* pp.12 a 17

³⁰ Rawls, *Law of Peoples* p.13, note 2

³¹ Rawls, *Law of Peoples* p.13

³² Rawls, *Law of Peoples* p.13

³³ Rawls, *Law of Peoples* p. 17

- (ii) Uma concepção de justiça *utópica* utiliza ideais políticos; princípios e conceitos para especificar uma sociedade razoável e justa. “Há uma família de concepções liberais de justiça,” cada membro possuindo 3 princípios característicos: 1. Enumerar direitos e liberdades próprios de regimes constitucionais; 2. Assinalar prioridades entre tais direitos e liberdades; 3. Assegurar a todos bens básicos que permitam o exercício de liberdades.³⁴ Devem, ainda, satisfazer o critério de reciprocidade – “...*Those proposing them must think it at least as reasonable for others to accept them, as free and equal citizens, and not as dominated or manipulated or under pressure caused by an inferior political or social position.*”³⁵ Da mesma maneira que a condição anterior, esta permanece em uma “*Society of Peoples.*”³⁶
- (iii) A concepção de justiça apresentada deve ser política, contida neste âmbito e não na esfera de doutrinas “compreensivas”, tanto no caso da sociedade doméstica, quanto em uma “*Society of Peoples.*”³⁷
- (iv) Diante do pluralismo, as instituições sociais e políticas devem proporcionar aos cidadãos um sentimento de justiça ao crescerem e participarem na sociedade, permitindo a formação de virtudes políticas – cooperação; tolerância; disposição para o compromisso. Este componente institucional será mais tênue na sociedade internacional, já que uma aderência à “*Law of Peoples*” difere segundo os governos envolvidos. Todavia, deve haver suficiente adesão ao regime normativo de modo a permitir seu funcionamento.³⁸
- (v) Deve haver um “*overlapping consensus of comprehensive doctrines*” que permita um diálogo construtivo, além de uma simples convivência (*modus vivendi*) – tanto domesticamente quanto internacionalmente.³⁹
- (vi) Uma concepção política da idéia de tolerância – importante doméstica e internacionalmente.⁴⁰

Enumeradas as fundações para construção do projeto, Rawls deve, ainda, responder a uma importante questão: “*How likely it is that such a*

³⁴ Rawls, *Law of Peoples* p. 14

³⁵ Rawls, *Law of Peoples* p. 14

³⁶ Rawls, *Law of Peoples* p. 18

³⁷ Rawls, *Law of Peoples* pp. 15, 18

³⁸ Rawls, *Law of Peoples* p. 18

³⁹ Rawls, *Law of Peoples* p. 18

⁴⁰ Rawls, *Law of Peoples* p. 19

Society of Peoples can exist...? Responde o autor: “...*political liberalism asserts that the possibility is consistent with the natural order and with constitutions and laws as they might be. The idea of public reason for the Society of Peoples is analogous to the idea of public reason in the domestic case when a shared basis of justification exists and can be uncovered by due reflection.*”⁴¹

No final da jornada, Rawls espera que tal coordenação e cooperação entre povos diferentes garanta a paz – “*The familiar motives for war would be absent: such peoples do not seek to convert others to their religions, nor to conquer territory, nor to wield political power over another people.*”⁴²

b. Por quê povos e não estados?

Rawls descreve 3 características dos povos liberais: governos atendem os interesses fundamentais da ordem constitucional democrática; cidadãos permanecem unidos por laços de identidade (“*common sympathies*”); possuem uma natureza moral.⁴³ Além destas características, Rawls considera que o Estado, com sua clássica noção de soberania, deve ser reformulado que a sociedade internacional alcance a paz, especialmente após os fortes golpes que o conceito sofreu com a Segunda Grande Guerra – os tradicionais direitos de guerra (*ius in bellum*) foram alterados e o conceito de autonomia interna irrestrita crescentemente criticado.⁴⁴ Em suma:

“The term ‘peoples’, then, is meant to emphasize these singular features of peoples as distinct from states, as traditionally conceived, and to highlight their moral character and the reasonably just, or decent, nature of their regimes. It is significant that peoples’ rights and duties in regard to their so-called sovereignty derive from the Law of Peoples itself, to which they would agree along with other peoples in suitable circumstances. As just or decent peoples, the reasons for their conduct accord with the corresponding principles. They are not moved solely by their prudent or rational pursuit interests, the so-called reasons of state.”⁴⁵

⁴¹ Rawls *Law of Peoples* p. 19

⁴² Rawls *Law of Peoples* p. 19

⁴³ Rawls *Law of Peoples* p. 23

⁴⁴ Rawls *Law of Peoples* pp. 25, 27

⁴⁵ Rawls *Law of Peoples* p. 27

Estados, portanto, preocupariam-se essencialmente com a obtenção e utilização do poder, movidos por interesses egoísticos – racionalidade substitui razoabilidade. Povos, ao contrário, limitariam seus interesses em conformidade com o razoável, o que exige um critério de reciprocidade.⁴⁶

c. Duas posições originais

Rawls retoma o modelo da posição original, segundo a qual partes em condições razoáveis e justas, sob um “*veil of ignorance*” acordam os princípios normativos básicos de sua convivência em uma sociedade fechada.⁴⁷ Seu presente desafio é estender esta concepção para uma “*Law of Peoples*”:

“...it is a model of representation, since it models what we would regard – you and I, here and now – as fair conditions under which the parties, this time the rational representatives of liberal peoples, are to specify the Law of Peoples, guided by appropriate reasons...subject to a veil of ignorance properly adjusted for the case at hand: they do not know, for example, the size of their territory, or the population, or the relative strength of the people whose fundamental interests they represent.”⁴⁸

Embora retomando o modelo utilizado para sociedades domésticas, há diferenças que merecem destaque. Com relação à sociedade internacional, os povos não possuem uma concepção do “good”, própria de indivíduos. Além disso, os interesses fundamentais dos povos são especificados por sua concepção de justiça e pelos princípios da “*Law of Peoples*”. Povos, assim, escolhem entre diferentes formulações ou interpretações dos 8 princípios abaixo apresentados.⁴⁹

No modelo de posição original elaborado para a sociedade internacional, Rawls sublinha 5 características: (1) povos livres e iguais; (2) racionais (capazes de escolher dentre um leque de princípios guiados por interesses fundamentais de sociedades democráticas e aptos a cooperar e negociar em boa fé); (3) deliberação entre os representantes; (4) deliberações norteadas

pelos corretas razões sob o véu da ignorância; (5) seleção de princípios baseado nas interesses fundamentais; segundo uma concepção liberal de justiça.⁵⁰

Como, então, expressar esses interesses fundamentais dos povos? Segundo uma concepção liberal de justiça, Rawls caracteriza tais interesses como a proteção da independência política e liberdades cultural e cívica; garantia de segurança, território e bem estar de seus cidadãos e seu “amor próprio”.⁵¹

d. Princípios da “*Law of Peoples*”

Inicialmente, Rawls descarta a possibilidade de seu projeto confundir-se com a construção de um governo mundial – que seria na melhor das hipóteses um império frágil e na pior, um despotismo global. Rawls passa, então, a considerar 8 princípios de justiça entre povos livres e democráticos, segundo a história e tradição: (1) liberdade e igualdade entre os povos; (2) obediência ‘as normas convencionais; (3) igualdade na elaboração de tratados; (4) não intervenção; (5) legítima defesa; (6) respeito aos direitos humanos; (7) restrições ‘a conduta de guerra; (8) dever de assistência aos povos necessitados.⁵²

Tais princípios constituem, para Rawls, a carta básica da “*Law of Peoples*”. Povos teriam, ainda, a verdadeira obrigação pela conservação de seu território, tal qual bons gestores de propriedade alheia. Para tanto, fronteiras devem ser estabelecidas, a despeito de o autor ressaltar sua aparente arbitrariedade histórica.⁵³

Além da adoção dos princípios elencados, povos necessitam do estabelecimento de instituições para cooperação; termos de troca comercial justos; assistência mútua.⁵⁴ Somente assim a sociedade internacional atingirá “*stability for the right reasons*” – ou seja, paz duradoura posto que fundada sobre um aprendizado moral dos povos (*moral learning*) e um patriotismo saudável (*proper patriotism*).⁵⁵ Porém, há importantes requisitos a serem observados na busca de tal estabilidade: (1) igualdade

⁴⁶ Rawls *Law of Peoples* pp. 28, 29

⁴⁷ Rawls *Law of Peoples* p. 30

⁴⁸ Rawls, *Law of Peoples* p. 33

⁴⁹ Rawls, *Law of Peoples* p. 40

⁵⁰ Rawls, *Law of Peoples* p. 33, 35

⁵¹ Rawls, *Law of Peoples* p. 34

⁵² Rawls, *Law of Peoples* pp. 36, 37

⁵³ Rawls, *Law of Peoples* p. 39

⁵⁴ Rawls, *Law of Peoples* p. 42

⁵⁵ Rawls, *Law of Peoples* p. 44

de oportunidades; (2) distribuição de renda decente; (3) garantia de seguridade social mínima; (4) garantia de saúde básica; (5) transparência governamental.⁵⁶

II. "Law of Peoples": extensão territorial e cultural

a. Tolerância de povos não liberais

A tarefa do autor, neste ponto de seu trajeto, é bastante clara: "...how far liberal peoples are to tolerate nonliberal peoples. Here to tolerate means not only to refrain from exercising political sanctions – military, economic or diplomatic – to make a people change its ways. To tolerate also means to recognize these nonliberal societies as equal participating members in good standing of the Society of Peoples."⁵⁷ Como estabelecer princípios norteadores de políticas externas de estados liberais em uma sociedade internacional plural?

Rawls inicia a resposta a essa pergunta mapeando a sociedade internacional como modo de estabelecer pontos cardeais para início de diálogos. Senão vejamos: (1) *liberal people*; (2) *decent people* – que podem ser "decent hierarchical people" ou outras; (3) *outlaw states*; (4) *societies burdened by unfavorable conditions*; (5) *benevolent absolutisms*.⁵⁸ Então, o autor inicia o diálogo com as sociedades "decent hierarchical".

"Decent hierarchical societies" são aquelas (a) não belicosas, que reconhecem os meios diplomáticos e comerciais como avenidas próprias para perseguir seus objetivos; (b) garantidoras de direitos humanos para seus membros (vida, liberdade, igualdade, propriedade pessoal); (c) possuidoras de ordenamentos jurídicos que impoem "moral duties and obligations", resultantes de uma idéia de justiça partilhada; (d) conscientes que o Direito funda-se sobre uma "common good idea of justice".⁵⁹ O conceito de "decência" permanece elusivo, tal qual razoabilidade, afirma o autor ser uma categoria que "we give meaning by how we use it."⁶⁰

Membros desta sociedade são, deste modo, decentes e racionais, aceitando termos de uma "Law of Peoples" – "as you and I would accept".⁶¹

⁵⁶ Rawls, Law of Peoples p. 50

⁵⁷ Rawls, Law of Peoples p. 59

⁵⁸ Rawl Law of Peoples p. 63.

⁵⁹ Rawl Law of Peoples pp. 63 a 66.

⁶⁰ Rawl Law of Peoples p. 67.

⁶¹ Rawl Law of Peoples p. 67.

Rawls exemplifica uma sociedade deste tipo por meio de um povo denominado "Kazanistan".⁶² Um povo islâmico, cujo ordenamento jurídico não separa Igreja e Estado. Outras religiões, contudo, são praticadas sem medo de repressão. Este povo respeita os direitos humanos de minorias e de outras religiões, não se utilizando da força como método de conquista. Grupos na sociedade são consultados e seus interesses considerados na elaboração de políticas públicas.⁶³ Este povo certamente não constitui uma sociedade perfeitamente justa, mas "is decent".⁶⁴

b. agressão

Nossa sociedade, realisticamente, é injusta e desigual. Rawls pergunta então o seguinte: "On the assumption that there exist in the world some relatively-well-ordered peoples, we ask in nonideal theory how these peoples should act toward non-well ordered peoples".⁶⁵ Rawls examina dois tipos de teorias não-ideais: uma relacionada com o cumprimento das normas internacionais – o que fazer com os *outlaw states*? Outra preocupada com assitência aos povos menos favorecidos – o que fazer com *burdened states*?

Primeiramente, Rawls examina como tratar o problema do descumprimento das normas internacionais, especificamente haveria um direito de guerra para honrar a observância de tais regras? Atualmente a utilização da força como método de política externa é proibida. Todavia, autoriza-se sua utilização em legítima defesa ou conforme regras institucionais (no caso das Nações Unidas, por exemplo).

Rawls nota que sociedades liberais utilizam-se da força em legítima defesa como meio de proteger liberdades básicas de seus cidadãos e suas instituições políticas.⁶⁶ Da mesma maneira, *decent peoples* e *benevolent absolutisms* possuem este direito – "...any society that is nonaggressive and that honors human rights has the right of self-defense".⁶⁷

Contudo, há regras limitando a conduta na guerra (*ius in bellum*). Assim, (1) o objetivo da guerra é assegurar a paz; (2) *well ordered peoples*

⁶² Rawl Law of Peoples p. 75

⁶³ Rawls Law of Peoples p. 77

⁶⁴ Rawls Law of Peoples p. 78

⁶⁵ Rawls Law of Peoples p. 88

⁶⁶ Rawls Law of Peoples p. 91

⁶⁷ Rawls Law of Peoples p. 92

não lutam entre si, apenas contra *non-well ordered people*; (3) atenção para hierarquia militar e civil durante a guerra; (4) respeito aos direitos humanos de civis e militares; (5) "... foreshadow during the war both the kind of peace they aim and the kind of cooperation they seek"; (6) "...practical means-end reasoning must always have a restricted role in judging the appropriateness of an action or policy." ⁶⁸

Na conduta da guerra, os líderes possuem papel decisivo. Rawls observa que "*the politician looks to the next election, the statesman to the next generation.*" ⁶⁹ A figura do estadista ocupa lugar central no exercício do uso da força com respeito a "*Law of Peoples*".

c. injustiças sociais: dever de assistência

Este aspecto da teoria não ideal aborda a questão das sociedades "... *burdened by unfavorable conditions...*" ⁷⁰ Rawls descreve estas sociedades como não belicosas, porém carentes de tradições políticas e culturais; de capital humano capacitado; e de recursos materiais e tecnológicos para serem *well-ordered*. ⁷¹

Sociedades bem ordenadas teriam um dever de assistir (*duty to assist*) tais sociedades carentes. Rawls estabelece diretrizes para nortear o auxílio da seguinte maneira:

- (1) O objetivo de tal ajuda é realizar e preservar instituições decentes, com base no princípio do *just savings*: (a) estabelecer instituições básicas; (b) interromper o auxílio assim que tais instituições se fortaleçam; (c) o montante da ajuda varia conjecturalmente, porém grandes montantes não são necessários. ⁷²
- (2) A cultura política de uma *burdened society* muitas vezes é a raiz de seu desfavorecimento – "*I believe the causes of the wealth of a people and the forms it takes lie in their political culture and in the religious, philosophical and moral traditions that support the basic structure of their political and social institutions, as well as in the industriousness*

⁶⁸ Rawls Law of Peoples pp. 94 a 96

⁶⁹ Rawls Law of Peoples p. 97

⁷⁰ Rawls Law of Peoples p. 106

⁷¹ Rawls Law of Peoples p. 106

⁷² Rawls Law of Peoples p. 107

and cooperative talents of its members." ⁷³ Todas as sociedades possuem o potencial de tornarem-se *well-ordered*

- (3) estabelecer *targets*, objetivos para o auxílio – a ajuda limita-se a colocar *burdened societies* de pé, para gerirem seus próprios negócios. ⁷⁴

O dever de assistência origina-se em uma afinidade (*affinity*) entre os povos, que permite um sentimento de coesão e proximidade social. ⁷⁵ Rawls afirma que a tarefa do estadista é lutar contra uma potencial falta de afinidade entre povos com tradições diferentes. ⁷⁶ Acredita que cooperação gera mais cooperação e uma verdadeira afinidade de ideais e princípios, além de um mero *modus vivendi*. ⁷⁷

d. Justiça distributiva

Rawls define sua posição sobre este aspecto da desigualdade entre os povos da seguinte forma: "*There are two views about this. One holds that equality is just, or a good in itself. The Law of Peoples, on the other hand, holds that inequalities are not always unjust, and that when they are, it is because of their unjust effect on the basic structure of the Society of Peoples, and on the relations among peoples and among their members.*" ⁷⁸

Em uma sociedade doméstica, Rawls define 3 motivos para nos preocuparmos com a redução de desigualdades: (1) elas ultrapassam o critério da reciprocidade, atingindo necessidades vitais; (2) ocasionam injustiças por meio de discriminação de classe, ferindo o conceito de igualdade básica; (3) ferem igualdade de participação nos processos políticos. ⁷⁹

Na sociedade internacional, Rawls discute os princípios da *resource distribution* e *global distribution* para refutá-los em função do dever de assistência. *Resource distribution principle* assume de sociedades autárquicas onde se deve redistribuir bens de modo a prover todas as sociedades com um mínimo essencial, já que a riqueza de uns sobre os outros seria reflexo de uma distribuição de bens aleatória. *Global distribution*, por sua vez, pres-

⁷³ Rawls Law of Peoples p. 108

⁷⁴ Rawls Law of Peoples p. 111

⁷⁵ Rawls Law of Peoples p. 112

⁷⁶ Rawls Law of Peoples p. 112

⁷⁷ Rawls Law of Peoples p. 113

⁷⁸ Rawls Law of Peoples p. 113

⁷⁹ Rawls Law of Peoples pp. 114, 115.

supõe a existência de sociedades não-autárquicas, mas cuja riqueza ainda assim deriva de uma aleatória distribuição de bens ensejando sua revisão.⁸⁰

Para Rawls, porém, o elemento crucial é a cultura política de um povo (e suas virtudes cívicas). Assim, a riqueza não constitui um produto aleatório de recursos distribuídos ao acaso, mas vida cívica de um povo.⁸¹

O dever de assistência aos menos favorecidos represetaria, portanto, um princípio de transição baseado na assunção das consequências nefastas de desigualdades, mas afastado da idéia de obrigação redistributiva inerente.⁸²

"The Law of Peoples assumes that every society has in its population a sufficient array of human capabilities, each in sufficient number so that the society has enough potential human resources to realize just institutions."⁸³

Neste sentido, *Law of Peoples* contrasta com uma visão cosmopolita de relações internacionais, pois esta última preocupa-se com o bem estar individual enquanto a primeira, a justiça das sociedades.⁸⁴

Conclusão

Caminhamos entre Kant e Hegel, na esperança que cheguemos à construção de um diálogo franco na sociedade internacional, e não apenas um tênue *modus vivendi*. Como, todavia, cruzar a ponte aberta pela cisão entre universalistas e relativistas? Como orquestrar a polifonia moderna? Como reconstruir o *World Trade Center*?

Ao construir um modelo de política externa para povos liberais, Rawls procura responder a estas questões. Deposita sua confiança em um modelo de justiça liberal firmado por representantes de povos em uma situação original de segundo grau. O contrato permanece, portanto, a base deste consenso sobreposto. O problema do pluralismo, objeto de críticas comunitaristas, permanece. Rawls parece contê-lo dentro das categorias de sociedades que formula. Assim, uma construção original seria possível entre povos liberais e decentes (as sociedades bem ordenadas), que passariam, então, a tolerar, na medida do possível, as demais.⁸⁵

⁸⁰ Rawls Law of Peoples p. 116 (citando Charles Beitz, *Political Theory and International Relations*)

⁸¹ Rawls Law of Peoples p. 117

⁸² Rawls Law of Peoples p. 118

⁸³ Rawls Law of Peoples p. 119

⁸⁴ Rawls Law of Peoples p. 119, 120

⁸⁵ Hoffman p. 119

Seria esta visão ideal apta a estruturar uma sociedade marcada pela desigualdade de poder, por heranças históricas significativas, pela ausência de instituições representativas e de normatividade (e *compliance*) globais? Rawls destaca que sua proposta é ideal, hipotética e "ahistórica". Todavia, após as cicatrizes impostas pelo realismo, seria ainda viável uma construção nestes termos? "*L'elaboration d'une théorie idéale à partir de la méthode du contrat social débouche ainsi soit sur l'utopie, soit sur un ensemble minimal de principes acceptable dans le cadre d'un "consensus par recoupement" des regimes "non déraisonnables."*⁸⁶

Hoffman observa que a construção Rawlsiana pressupõem um contrato social entre povos, excluindo, assim, a riqueza de atores individuais (físicos ou jurídicos) que certamente marcam a sociedade internacional.⁸⁷ De fato, uma teoria para a sociedade internacional estaria fadada a abordar centralmente seus aspectos não-ideais.⁸⁸ O consenso que Rawls procura obter entre liberais e decentes é tênue, astênico para enfrentar os ventos plurais internacionais.

De todo modo, Rawls nos brinda com um interessante esforço de construção do diálogo em face do pluralismo global, com todas as suas riquezas e dificuldades. Embora o autor oscile entre a construção de regras procedimentais de deliberação e o estabelecimento de normas substantivas de justiça, nos deixando, assim, sem uma bússula certa, um mínimo que nos permita uma fraternidade enquanto seres humanos há de existir, mas esconde-se, afinal, sob que fundações?

⁸⁶ Hoffman p. 122

⁸⁷ Hoffman p. 121

⁸⁸ Hoffman p. 121

Bibliografia

- The Economist, September 15th-21st 2001, capa.
- Daniel Eisenberg, *Wartime Recession? in* Time Magazine, Latin American Edition, October 1st, pp. 42.;
- Greed over fear- Wall Street is not place, rather than a state of mind* in The Economist September 29th -October 5th, pp. 69;
- Bang for the Buck - What kind of tax cuts or spending would do most to boost the economy?* In The Economist September 29th-October 5th, 2001 pp. 36;
- Big Government is Back? But how Much? For how long? And with whose assent?* In The Economist September 29th-October 5th 2001, pp. 35, 36.
- How low can they go? Central Banks have reduced interest rates to their lowest leves for decades. But have they done enough to revive the sickly world economy?* The Economist October 6th, 2001, pp. 65
- A Clash of Wills*, The Economist October 27th, 2001, p. 32 *The financial Front Line*, The Economist, October 27th, 2001, p. 68.
- A Stimulating Debate*, The Economist, October 27th, 2001 p. 13. *The Risks are worsening, The recession may well be deeper and longer than expected; How far down?* The Economist October 20th, 2001, pp. 12 e 69.
- How the World has (and hasn't) changed*, The Economist November 2nd, 2001, p. 11
- Lenghtening shadows*, The Economist November 10th, 2001, p. 32. Michael Mandel *A Slow Road to Recovery*, BusinessWeek, December 10th, 2001, pp. 26/28.
- The financial Front Line*, The Economist, October 27th, 2001, p. 68.
- Bertrand Guillarme, Prefácio *IN* John Rawls, LE DROIT DES GENS, Editions Esprit, p. 3; Stanley Hoffman, *Mondes ideaux*, in John Rawls, LES DROIT DES GENS, Editions Esprit, p. 100.
- Carlos Santiago Nino, *ETICA E DERECHOS HUMANOS*, Capítulo IV John Rawls, THE LAW OF PEOPLES, Harvard University Press, 1999.
- Marcia Bernardes, *Entre a Ordem Interestatal e a Ordem Cosmopolita: Sobre a possibilidade de um Direito da Humanidade*, in Nadia de Araújo, Guilherme de Almeida orgs, O DIREITO INTERNA-

CIONAL DOS REFUGIADOS: UMA PERSPECTIVA BRASILEIRA, 2001

Ricardo Lobo Torres org., *TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS*, Renovar, 1999

O erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo no novo Código Civil¹

Ana Luiza Maia Nevares*

Sumário: I. Introdução; II. O erro; III. O dolo; IV. A lesão, V. O estado de perigo, VI. Conclusão.

I. Introdução

Afirmou-se que “mais uma vez, o início de um novo século será brindado com um não tão novo Código Civil, fruto do século passado”².

Tal assertiva tem especial pertinência no momento atual da sociedade brasileira, que será regida, a partir de janeiro de 2003, por um novo Código Civil (Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002), oriundo de um Projeto de Lei de 1975.

Com efeito, logo após a promulgação do Código Civil de 1916, inspirado nos ideais revolucionários burgueses de 1789, consagrados no *Code Civil* de 1804, foi preciso editar leis especiais, à margem do diploma codificado, capazes de disciplinar relações não previstas pelo Código e adaptar aquelas já reguladas às novas realidades sociais. De acordo com as lições de Gustavo Tepedino, “os movimentos sociais e o processo de industrialização crescentes do século XIX, aliados às vicissitudes do fornecimento de mercadorias e à agitação popular, intensificadas pela eclosão da Primeira Grande Guerra, atingiram profundamente o direito

¹ Trabalho apresentado na disciplina Grupo Institucional de Pesquisa, ministrada pelo Prof. Gustavo Tepedino na pós-graduação em Direito Civil da UERJ, no primeiro semestre de 2001, com algumas adaptações.

* Professora do Departamento de Direito da PUC-RJ, da Universidade Cândido Mendes-Centro, da Universidade Veiga de Almeida, mestranda em Direito Civil pela UERJ.

² Rose Melo Vencelau, “A Posição do Projeto de Código Civil em face do Negócio Jurídico e as suas modalidades”, trabalho apresentado na Disciplina Grupo Institucional de Pesquisa, ministrada pelo Prof. Gustavo Tepedino na pós-graduação em Direito Civil da UERJ, no primeiro semestre de 2001, original gentilmente cedido pela autora, sem responsabilidade de cátedra.

civil europeu, e também, na sua esteira, o ordenamento brasileiro, quando se tornou inevitável a necessidade de intervenção estatal cada vez mais acentuada na economia”. Dessa maneira, a política legislativa brasileira começa a sofrer alterações já nos anos 20, com o surgimento da denominada legislação especial³.

Após as diversas mudanças operadas no Direito Civil pelas leis especiais, tais como a Lei 8078/90 e a Lei 8069/90, e especialmente pela Constituição Federal de 1988, um novo Código Civil entrará em vigor. Tal diploma legislativo insiste, todavia, em repetir a mesma dogmática ultrapassada do Código de 1916.

De fato, o sujeito de direito continua a ser tratado na mesma concepção individualista de outrora (ou seja, de forma geral e abstrata), que marcou o tecido normativo codificado de 1916, enquanto a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer como fundamento da República a dignidade da pessoa humana, superou o individualismo, passando a eleger a pessoa, na sua dimensão humana, como centro da tutela do ordenamento jurídico (CF, art. 1º, III)⁴.

Nas palavras de Vincenzo Scalisi, a pessoa, que a Constituição eleva a valor de vértice do ordenamento, não é mais o sujeito de direito codificado, formalista e abstrato, apreciável somente em termos patrimoniais e mais propriamente econômico-produtivos, mas sim o sujeito histórico-real, considerado na multiplicidade de suas explicações e manifestações ativas, como também em suas variadas e diversas necessidades, interesses, exigências, qualidades individuais, condições econômicas, posições sociais e, enquanto tal, devendo ser considerado como portador de valores essenciais (dignidade, segurança, igualdade, liberdade) e fundamentais instâncias de promoção e desenvolvimento da pessoa (saúde, trabalho, educação)⁵.

³ Gustavo Tepedino, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”, in *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 4.

⁴ Vale recordar os ensinamentos de Francisco Amaral ao abordar o tema da relação jurídica: “Qualquer que seja a teoria adotada, a personalista ou a normativista, certo é que se deve repersonalizar o direito civil, vale dizer, acentuar que a pessoa humana deve ocupar o primeiro lugar, o centro do sistema privado. Mas não o homem abstrato do liberalismo econômico, que fundamentou o direito civil no século XIX, dos códigos civis francês e alemão “mas o homem concreto da sociedade contemporânea, na busca de um humanismo social comprometido”. O direito é, essencialmente, um sistema axiológico, devendo considerar-se o homem como o valor primeiro”. Francisco Amaral, *Direito Civil: Introdução*, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, 3ª edição, p. 165.

⁵ Vincenzo Scalisi, “Persona umana e successioni, itinerari di un confronto ancora aperto”, in *La civilistica Italiana dagli anni '50 ad oggi tra crisi dogmatica e riforme legislative*, Congresso dei Civilisti Italiani, Venezia 23-26 Giugno 1989, Padova, Cedam, 1991, p. 140 (tradução livre).

Assim, o novo Código Civil não encerra uma substancial mudança no Direito Civil Brasileiro, pois reproduz os mesmos valores e fundamentos do Código Civil de 1916, alterando a forma de tratamento de seus institutos⁶. Pode-se afirmar, portanto, que a teoria geral do direito, em seu mais novo diploma legal, não cumpriu a sua primeira função: “restaurar o primado do homem”⁷.

Resta-nos, portanto, interpretando o Direito Civil à luz dos valores constitucionais⁸, continuar buscando a construção de um direito mais humano, em conformidade com a opção do constituinte de 1988, que estabeleceu primazia às situações existenciais no ordenamento jurídico brasileiro.

Além dessa tarefa, é preciso, ainda, estudar os institutos da civilística na nova disciplina introduzida pelo Código Civil de 2002. Nesta sede, pretende-se analisar alguns dos defeitos do negócio jurídico, a saber, o erro, o dolo, a lesão e o estado de perigo. Os dois últimos não foram consagrados pelo Código Civil de 1916, mas já eram objeto de estudo da nossa doutrina mais especializada⁹.

II. O erro

O erro consiste em defeito do negócio jurídico, tratando-se de vício do consentimento que acarreta a anulabilidade do negócio, consoante o disposto no art. 171, II, do Código Civil de 2002.

Na disciplina dos defeitos do negócio jurídico, equipara-se a

⁶ Das duras críticas. Segundo Gustavo Tepedino, o novo Código Civil é retrógrado e demagógico. Retrógrado porque “nascerá velho principalmente por não levar em conta a história constitucional brasileira e a corajosa experiência jurisprudencial, que protegem a personalidade mais do que a propriedade, o ser mais que o ter, os valores existenciais mais do que os patrimoniais” e demagógico porque “engenheiro de obras feitas, pretende consagrar direitos que, na verdade, estão tutelados em nossa cultura jurídica pelo menos desde o pacto de outubro de 1988”. Gustavo Tepedino, “O Novo Código Civil: duro golpe na recente experiência constitucional brasileira”, in *Revista Trimestral de Direito Civil*, vol. 7, Editorial, p. iv.

⁷ Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 165.

⁸ Como marco teórico da escola do direito civil-constitucional, ver Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, 3ª edição, Gustavo Tepedino, “Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil”, cit. e Maria Celina Bodin de Moraes, “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, in *Direito, Estado e Sociedade*, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas da PUC-Rio, n. 1, 2ª ed., Rio de Janeiro, jul/dez 1991, pp. 59-73.

⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol I, Rio de Janeiro, Forense, 2000, 19ª edição, p. 347/351 e, do mesmo autor, *Lesão nos Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, 6ª edição.

ignorância ao erro. No entanto, conceitualmente, tais institutos não se confundem. O erro é a noção falsa que o agente tem de qualquer dos elementos do negócio jurídico, enquanto a ignorância é a ausência completa de conhecimento¹⁰. Como bem acentua Washington de Barros Monteiro, na ignorância a mente está *in albis*, no erro o que nela está registrado é falso¹¹.

Incorre em erro, portanto, aquele que, “por desconhecimento ou falso conhecimento das circunstâncias, age de um modo que não seria a sua vontade, se conhecesse a verdadeira situação”¹².

De acordo com a disposição do art. 138 do Código Civil de 2002, somente será admitida a anulação por erro quando este poderia ser percebido por pessoa de diligência normal, em face das circunstâncias do negócio. Deve ser, portanto, reconhecível. Não havia tal exigência no Código de 1916.

Ao discutir a escusabilidade¹³ do erro, tendo em vista as disposições do Código Civil de 1916, assinala Pontes de Miranda que a doutrina

¹⁰ Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 484.

¹¹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, São Paulo, Saraiva, 1997, 35ª edição, p. 191. Salienta o Autor que em alguns dispositivos da Parte Especial cuida o Código Civil de 1916 de casos particulares de ignorância, mencionando os artigos 1.036, 1.102 e 1.751, que, no Código Civil de 2002, correspondam aos art. 850, art. 443, 2ª parte, e art. 1974. No mesmo sentido e citando os mesmos artigos Francisco Amaral, ob. cit., p. 484.

¹² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol I, cit., p. 326.

¹³ A partir das disposições do Código Civil de 1916, diverge a doutrina quanto à necessidade de ser o erro escusável para a anulação do negócio jurídico. Segundo Clovis Bevilacqua, não basta que o erro seja substancial, sendo necessário que seja, ainda, escusável, ou seja, baseado em uma razão plausível, ou ser tal que uma pessoa de inteligência comum e atenção ordinária o possa cometer. Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. 1, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves, 1940, 6ª edição, p. 334. No mesmo sentido, Francisco Amaral, ob. cit., p. 487, Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 194, J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, 8ª edição, p. 297. Na jurisprudência: “Civil. Compra e Venda de ações de concessionária telefônica. Anulação do negócio baseada na desproporção entre o valor patrimonial das ações e o preço pago. Erro, dolo e lesão. 1. Não pode invocar erro substancial (CC, art. 87) o comerciante que, ao alienar suas ações da concessionária telefônica, não se comporta com a diligência própria de sua profissão, verificando o valor real do bem. Falta de prova que o comprador omitiu, intencionalmente, tal valor (CC, art. 94). E falta de prova, igualmente, do valor corrente e da necessidade de alienar, elementos objetivo e subjetivo que compõem a figura da lesão. 2. Apelação desprovida” Apelação Cível nº 598011096, julgado pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em 25/02/1998 relator Des. Araken de Assis, in www.tj.rs.gov.br em 08/04/2001. “Civil. Anulação de Negócio Jurídico, Compra e Venda de ações. Lesão. Inexistência de prova do elemento objetivo. Ainda que admitida a aplicação do instituto da lesão, banido do direito positivo brasileiro, a rescisão do contrato lesionário não dispensaria prova da desproporção entre o valor do negócio e o justo preço ao tempo do contrato. Erro substancial e dolo afastados. Não se anula negócio jurídico

tentou sustentar que, para se atender aos interesses dos dois contraentes do negócio, era preciso consagrar o requisito da escusabilidade, da reconhecibilidade, ou da probabilidade do erro¹⁴.

Silvio Rodrigues, ao comentar o dispositivo do Código Civil italiano que, tal como o novo Código civil brasileiro, consagra o requisito da reconhecibilidade para a anulação do negócio jurídico por erro, observa que tal disciplina aproxima muito o erro do dolo. No entanto, considera justa. Leciona o autor que na questão do erro

“se defrontam dois interesses colidentes, a saber, o daquele que errou e que pretende desfazer o ato jurídico gerado no erro, e o de terceiro que, de boa-fé, contratou com a vítima do erro, e que deseja que prevaleça o negócio jurídico. Ora, tendo de escolher a quem atribuir o prejuízo, o legislador italiano prefere atribuí-lo à vítima do erro, em vez de sacrificar a pessoa que, de boa-fé, acreditou na declaração. Se os dois contraentes estavam de boa-fé e um errou, não há razão para descarregar sobre os ombros do outro o prejuízo da anulação. Contudo, se aquele que contratou com a vítima do erro estava de má-fé, conhecia o erro da outra parte ou poderia descobri-lo se agisse com normal

por erro ou dolo quando a capacidade de discernimento do autor revela que o engano só poderia resultar de negligência, imprudência ou imperícia sua. Sentença mantida. Apelação Cível nº 598373165, julgado pela 9ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 12/05/1999, relatora Des. Mara Larsen Chechi, in www.tj.rs.gov.br em 08/04/2001. No mesmo sentido são os ensinamentos de Silvio Rodrigues, lecionando que a omissão de referido pressuposto na lei decorre do fato de o legislador entender que ele se encontra implícito no conceito de erro, sendo, portanto, supérfluo insistir. S. RODRIGUES. *Direito Civil*, Vol. 1, São Paulo, Saraiva, 1995, 25ª edição., p. 189, citando o seguinte aresto: “O erro que dá causa à anulação do contrato é o erro escusável, cumprindo a esse propósito examinar as condições pessoais da parte que o alega. Não o pode invocar, em relação ao terreno comprado e que não serve para a construção, em virtude de recuo determinado pela Municipalidade, o construtor, que deve, por força de sua atividade, estar a par das deliberações da Prefeitura no tocante à sua especialidade” (RF 90/438). Contrariamente, manifesta-se Pontes de Miranda, sustentando que a escusabilidade não é pressuposto da anulabilidade para o Código Civil de 1916. Leciona o Autor que “erro pode haver, digno de se considerar elemento do suporte fático dos artigos 86-91, ainda que inescusável; porque essa inescusabilidade é na dimensão ética e não na dimensão jurídica”, acrescentando que a sanção de invalidade do ato jurídico abstrai da culpa e da inescusabilidade, o que não exclui a possibilidade de reparação em virtude de ato ilícito, quando este foi a manifestação viciada, por culpa do agente, com fundamento no art. 159 do Código Civil. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, Rio de Janeiro, Borsoi, 1954, p. 311/314.

¹⁴ Pontes de Miranda, ob. cit., p. 313.

diligência, não mais faz jus à proteção do ordenamento jurídico. Neste caso, o negócio é anulado, em benefício da vítima do engano”¹⁵.

Não é qualquer espécie de erro que vicia a vontade, acarretando a anulabilidade do negócio jurídico. De acordo com o art. 138 do Código Civil de 2002, são anuláveis os negócios jurídicos quando as declarações de vontade emanarem de *erro substancial*.

Erro substancial é “aquele de tal importância que, se fosse conhecida a verdade, o consentimento não se externaria”¹⁶. Dito diversamente, é a causa determinante¹⁷ do negócio jurídico, pois, se o agente conhecesse as verdadeiras circunstâncias, não o teria praticado. A própria lei define o erro substancial em seu art. 139.

O erro quanto à natureza do ato (ou erro *in negotio*)¹⁸ é aquele que incide sobre a sua categoria jurídica¹⁹ (CC/02, art. 139, I). Nas lições de Pontes de Miranda, tal espécie de erro ocorre quando os figurantes manifestaram-se pela conclusão do negócio jurídico, mas houve divergência, quanto à espécie de negócio, no que cada um manifestou. Há discrepância entre o significado objetivo do ato e o significado que lhe atribuiu, subjetivamente, o manifestante: o consenso sobre o conteúdo do negócio é somente aparente, porque se funda em erro²⁰. Como

¹⁵ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 1, cit. p. 191. Note-se, todavia, que o requisito da reconhecibilidade não exclui o da escusabilidade, para aqueles que o admitem. Assim, na disciplina do Código Civil de 2002, ainda cabe a controvérsia sobre a escusabilidade do erro.

¹⁶ Silvio Rodrigues, ob. cit., p. 187.

¹⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 328.

¹⁸ “Ação de anulação de doação. Erro essencial “in negotio”. Suficiência da prova produzida. Julgamento de procedência. Confirmação. Todos os meios de prova, inclusive presunções e indícios, são idôneos para demonstrar a ocorrência do erro “in negotio”, vício de vontade capaz de acarretar a invalidade do negócio jurídico. Doação cujo consentimento foi captado pelo sobrinho à tia, uma senhora de cerca de 76 anos, poucos dias após e ainda sob a dor da morte do marido, num quadrante em que a capacidade volitiva da disponente estava combalida e inteiramente desfavorável à prática de ato tão gravoso, tanto mais até porque era o único imóvel residencial da mesma que, retirada da cama para assinar a escritura, na crença e na confiança de estar firmando papéis para o INPS, logo foi levada a um asilo, aonde não voltou para vê-la o beneficiário da liberalidade. Sentença que bem aplicou essa diretriz, chegando à conclusão que merece confirmação pelos próprios termos. Apelo provido”. Apelação Cível nº 1993.001.00533, julgada pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 08/06/1993, relator Des. Laerson Mauro, votação unânime, in www.tj.rj.gov.br em 08/04/2001.

¹⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado, Parte Geral*, Tomo IV, cit., p. 287.

²⁰ *Id. ibidem*.

exemplos, é possível citar o caso do alienante que transfere a coisa a título de venda enquanto o adquirente a recebe como doação²¹, ou da pessoa que quer alugar e a outra parte entende tratar-se de venda a prazo, ou quando uma das partes quer emprestar e a outra entende receber uma doação²².

O erro quanto ao objeto principal da declaração é aquele que recai sobre a identidade do objeto, ou seja, quando o objeto do negócio jurídico não era aquele que estava no pensamento do agente²³ (CC/02, art. 139, I). Silvio Rodrigues sugere excelente exemplo: “uma pessoa troca uma residência por um terreno situado em determinada rua, o qual sabe o interessado, vale R\$ 200,00 o m²; ultimado o negócio, verifica que tal terreno efetivamente se situa em rua daquele nome, mas em pequeno vilarejo do interior e não na cidade que tinha em vista, e que o mesmo valia R\$ 20,00 o m²”²⁴. Ou, ainda, se alguém adquire um quadro de um troca-tintas vulgar, supondo tratar-se de tela de pintor famoso²⁵, ou no caso de uma pessoa se propor a alugar a sua casa da cidade e o outro contratante entender que se trata de sua casa do campo²⁶.

Poderá o erro recair sobre qualidades essenciais do objeto principal da declaração, quando tais qualidades são de ordem a influir na determinação

²¹ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 1, cit., p. 187.

²² Pontes de Miranda, ob. cit., p. 287/288.

²³ Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 486.

²⁴ Silvio Rodrigues, ob. cit., p. 187.

²⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. 1, cit., p. 328. Na jurisprudência: “Compra e venda de quadro a óleo. Erro essencial. Anulabilidade. 1. Em face de três perícias realizadas no quadro, por casas de leilão européias, verificou-se que o quadro não fora pintado pelo artista alemão cujo nome constava na tela. Sem dúvida alguma, o motivo determinante da aquisição foi o fato de o quadro ter sido pintado por Von Zugel, tanto assim que o recibo de compra e venda aponta, exatamente, esta circunstância. Portanto, não resta a menor dúvida sobre o erro essencial a que foi conduzido o comprador, que, à evidência, não teria realizado o negócio se soubesse que o quadro era falso. Sendo assim, a consequência, nos termos do art. 86, do Código Civil, é a anulação do negócio jurídico, com a volta ao “status quo ante”. 2. Por outro lado, não pode haver condenação por dano moral do autor em face dos réus, que assim pretendem em reconvenção, a uma porque a correspondência entre ambos ficou no campo restrito das partes, não tendo publicidade, e a duas porque em nenhum momento o autor afirmou ter sido induzido a erro pelos réus, senão que, objetivamente, o quadro era falso, como, de fato, o é, e que por isto pretendia a resolução do contrato. Incabível dano moral nestas condições. 3. Sentença confirmada”. Apelação Cível nº 1996.001.03063, julgada pela 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 25/06/1996, relator Des. Gustavo Kuhl Leite, votação unânime, in www.tj.rj.gov.br em 08/04/2001.

²⁶ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 294.

da vontade e se supunham existentes²⁷ (CC/02, art. 139, I). Nesta hipótese, a razão do consentimento foi a certeza de que o objeto possuía determinada qualidade que, posteriormente, se verificou ausente²⁸. Tal qualidade importa tanto para quem manifesta a vontade, quanto o objeto mesmo²⁹. É o que ocorre quando uma pessoa adquire objetos prateados, pensando serem de prata quando, na verdade, são de metal inferior³⁰, ou no caso da compra de uma estatueta de osso, pensando que era de marfim³¹, ou quando alguém adquire candelabros antiquíssimos e depois de os ter adquirido, certifica-se de que eram de fabricação recente, uma vez que a vetustez do objeto era elemento essencial, determinante do

²⁷ Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, cit., p. 334. Esta modalidade de erro se assemelha aos vícios redibitórios, defeitos ocultos da coisa que a tornam imprópria para o uso a que se destina, ou lhe diminuem o valor. No entanto, cumpre distinguir: “o erro é de natureza subjetiva, referindo-se às qualidades que o agente imaginava que a coisa tivesse, os vícios são de natureza objetiva, constituindo-se concretamente na ausência de qualidades que a coisa deveria ter”. Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 486/487. Além disso, são diversos os respectivos fundamentos, pois “na redibição, o fundamento é a garantia que o vendedor tem de assegurar ao comprador contra os defeitos ocultos da coisa e que a tornam imprestável ao fim a que se destina; no erro, a anulação tem por base o consentimento imperfeitamente fornecido no momento da constituição do ato”. Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 194.

²⁸ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 1, cit., p. 188. Na jurisprudência: “Vício de consentimento. Erro substancial. Negócio jurídico anulado. O autor pretendia adquirir imóvel de, no mínimo 200 m² e isto declarou ao corretor que lhe indicou determinado apartamento que viria atender a esta sua pretensão. Dado o sinal do preço, verificou o promitente adquirente que o imóvel continha apenas 163 m² de área. Em princípio, tal circunstância poderia ser apontada como erro acidental, que não afetaria a validade do ato. Todavia, a doutrina reconhece que, se de um lado o erro acidental, de fato, não afeta a validade do ato, por outro, se a qualidade e a quantidade são tomadas como razão determinante do ato, o erro sobre elas passa à categoria de erro substancial e, em sendo assim, passível de ser anulado o negócio, a teor do art. 86 c/c art. 87 do CC. Comprovado que o autor pretendia adquirir imóvel com aquela metragem, induziram-lhe a erro quando lhe apresentaram apartamento, dizendo-o atender a esta exigência. Há evidente erro substancial que interessa a qualidade (metragem) a ele essencial, advindo daí, anulabilidade do ato, o credor poderia, como o fez, levar o cheque representativo do sinal do preço da compra e venda a protesto, motivo pelo qual não se lhe pode condenar em dano moral, porque, à época exerceu um direito que lhe era concedido pela lei, qual seja, levar a protesto o cheque que o devedor de então se negava a pagar. Provenimento do recurso para declarar ineficaz o cheque e determinar cancelamento dos atos do Oficial do Protesto, mas não para ser condenado em dano moral”. Apelação Cível nº 1997.001.00368, julgado pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro em 08/04/1997, relator Des. Gustavo Kuhl Leite, votação unânime, in www.tj.rj.gov.br em 08/04/2001. Na realidade, o aresto transcrito retrata uma hipótese de dolo, em virtude do induzimento a erro.

²⁹ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, cit., p. 294.

³⁰ *Id. ibidem*.

³¹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. 1, cit., p. 328.

negócio³², ou ainda no caso de alguém comprar uma vaca qualificada como prenha, como tal recebida e quitada e, após a conclusão do negócio, descobrir que a vaca não estava efetivamente prenha³³.

O erro poderá, ainda, recair sobre a pessoa a quem se refere a declaração de vontade, desde que tenha influído nesta de modo relevante (CC/02, art. 139, II). Trata-se de hipótese em que o agente erra na identidade, física ou moral, da pessoa, ou nas suas qualidades essenciais. Nas lições de Pontes de Miranda, a falta de qualidade ocorre quando sem ela a pessoa sai da categoria que se teve em vista ao manifestar-se a vontade. Dito de outro modo, é a qualidade que se faz essencial para o negócio jurídico de que se trata³⁴.

Esta modalidade de erro tem especial relevância no casamento, onde há disciplina própria, consoante os artigos 1556 e 1577 do Código Civil de 2002, nos atos a título gratuito, como na doação e no testamento, em todos aqueles onerosos celebrados *intuitu personae* e naqueles fundados na confiança, como no mandato, na prestação de serviços e no contrato de sociedade³⁵.

A possibilidade de anulação do negócio jurídico em virtude do erro de direito foi expressamente permitida no inciso III do art. 139 do novo Código Civil, ao estabelecer que é substancial o erro quando, sendo de direito e não implicando recusa à aplicação da lei, for o motivo único ou principal do negócio jurídico.

³² Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 193. O Autor sugere, ainda, o seguinte exemplo: alguém adquire candelabros de prata, porque lhe foi assegurado terem pertencido a uma celebridade; posteriormente, capacita-se de que, embora exata a procedência, os candelabros são de cobre prateado. Nesse caso, o ato é válido, porque a razão determinante da compra havia sido a circunstância de haver pertencido o objeto, em outros tempos, a personagem célebre. *Id. ibidem*.

³³ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 310. Pontes de Miranda leciona que a referência do art. 87 ao erro sobre as qualidades essenciais do objeto importa em exclusão da irrelevância dos motivos, que os sistemas jurídicos têm como imprescindível à segurança do tráfico. A justificação está em que tais qualidades importam tanto, para quem manifesta a vontade, quanto o objeto mesmo: o motivo torna-se relevante. Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, cit., p. 297.

³⁴ Pontes de Miranda, *ob. cit.*, p. 292.

³⁵ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 193/194; Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 486. Na jurisprudência: "Anulação de ato constitutivo de sociedade comercial. Erro essencial quanto à pessoa dos sócios, que, como depois se demonstrou, eram pessoas ligadas a atividades criminosas, com prisão preventiva decretada. Procedência do pedido que se confirma nesta instância recursal". Apelação Cível nº 1995.001.00401, julgada pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 28/03/1995, relator Des. Carpena Amorim, votação unânime, in www.tj.rj.gov.br em 19/07/2001.

O erro de direito é aquele que diz respeito à existência de uma norma jurídica, quando, por exemplo, o agente pressupõe que uma lei esteja em vigor, mas na verdade foi revogada³⁶. Dito diversamente, o erro de direito consiste na ignorância, ou falso conhecimento da norma, e na sua interpretação errônea³⁷, tratando-se da hipótese em que o agente emite declaração de vontade no pressuposto falso de que procede segundo o preceito legal, e que não realizaria o ato se estivesse perfeitamente informado³⁸.

O Código Civil de 1916 não admite expressamente que o erro de direito possa anular o negócio jurídico. Por esta razão, muitas discussões são travadas na doutrina. Segundo Clovis Bevilacqua, o Código Civil de 1916 apenas se refere ao erro de fato, pois ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece³⁹.

No entanto, essa não é a opinião de boa parte da doutrina brasileira. Espínola, baseando-se em Coviello, admite a possibilidade de anulação do negócio jurídico em razão do erro de direito, sustentando que "uma coisa é dizer que a lei tem força obrigatória independentemente do conhecimento que dela hajam os que lhe estão sujeitos; e outra afirmar possa ser invocado o erro de direito, como pressuposto de certos fatos, dos quais a lei faz derivar alguma consequência jurídica"⁴⁰.

Argumenta o segundo Autor que é preciso fazer uma distinção quanto ao fim que se tem em vista ao invocar o erro de direito: se o propósito é subtrair-se às consequências da inobservância da lei, ou seja, subtrair-se a uma pena, nulidade ou decadência, o erro de direito não pode ser invocado; mas, se o fim é demonstrar que falta ou existe o pressuposto querido pela lei, para o fato jurídico, não havendo nada em contrário, cumpre admitir a regra de poder ser invocado o erro ou a ignorância de direito, como qualquer outra ignorância ou erro⁴¹.

³⁶ Maria Helena Diniz, *Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, São Paulo, Saraiva, 2001, 7ª edição, p. 90.

³⁷ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 196.

³⁸ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 330.

³⁹ Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil commentado*. Vol. I, cit., p. 333.

⁴⁰ Coviello, *apud* Eduardo Espínola & Eduardo Espínola Filho, *A Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro*, Vol. 1º, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, 3ª edição, p. 78.

⁴¹ Coviello, *apud* Eduardo Espínola & Eduardo Espínola Filho, *ob. cit.*, p. 79. Admitindo a possibilidade de anulação do ato jurídico em virtude de erro de direito, manifestam-se, dentre outros, J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*. Vol. II, cit., p. 295/296, Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 194/196, Maria Helena Diniz, *A Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, cit., p. 88/91, Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*. Vol 1, cit., p. 330/332.

A partir de tal orientação, é possível invocar o erro de direito como causa de anulação do negócio jurídico, pois este acarreta a existência de uma manifestação de vontade viciada por uma falsa noção da realidade, caracterizando uma falta de pressuposto exigido pela lei para a validade do negócio jurídico.

De acordo com as lições de Maria Helena Diniz, “não se levará, portanto, em conta *error juris* quando se almejar suspender a eficácia legal, para livrar-se das conseqüências de sua inobservância; mas, se se tiver por escopo evitar efeito de ato negocial, cuja formação teve interferência de vontade viciada por aquele erro, nada impedirá que se o alegue”⁴².

O Código Civil de 2002, portanto, consagrou a corrente doutrinária que admite a anulação do negócio jurídico por erro de direito, desde que este tenha sido a causa determinante do ato, o motivo único e principal a determinar a manifestação de vontade.

O erro poderá ser acidental. Trata-se daquele que recai sobre os motivos do ato ou sobre as qualidades secundárias do objeto ou da pessoa⁴³, não invalidando o negócio jurídico. Presume-se que o agente não agiria de forma diferente se estivesse ciente do erro.

É o que preceitua o art. 142 do novo Código Civil, determinando que o erro de indicação da pessoa ou da coisa, a que se referir a manifestação de vontade, não viciará o negócio quando, por seu contexto e pelas circunstâncias, se possa identificar a coisa ou pessoa cogitada.

Como exemplo, é possível citar uma disposição testamentária que se refira a uma pessoa determinada, estabelecendo como sua qualificação o fato de ser casada, quando, na verdade, é solteira. Ou, ainda, na hipótese de o contrato de compra e venda estabelecer que *A* vendeu a *B* o prédio da Rua tal, nº 50, quando de fato o número do prédio é 51 e o prédio de nº 50 não pertence ao vendedor⁴⁴. Em tais hipóteses, é fácil provar que o que houve foi erro na indicação da pessoa ou da coisa, insuficientes para invalidar o negócio jurídico.

No entanto, de acordo com o disposto no art. 140 do Código Civil de 2002, o erro quanto aos motivos viciará a manifestação de vontade, se estes

forem elevados a razão determinante do negócio⁴⁵. Tal disposição defere às partes a possibilidade de promoverem o erro acidental a erro relevante⁴⁶.

Assim, se há uma doação somente porque o donatário se apresentou como o que salvou o filho do doador e, na verdade, não foi ele quem realizou o salvamento, a doação poderá ser anulada por erro quanto aos motivos. Da mesma forma, o erro sobre o movimento de negócios de um estabelecimento não é substancial; mas, se as partes convencionarem que esta é a razão determinante do contrato, o erro sobre tal assunto é promovido de acidental a substancial, podendo anular o negócio jurídico⁴⁷.

O novo Código Civil prevê o erro de cálculo, que apenas autoriza a retificação da declaração de vontade. Notícia Clovis Bevilacqua que o Projeto primitivo do Código Civil de 1916 e o revisto, como o de Felício dos Santos e o de Coelho Rodrigues, referiam-se ao erro de conta ou de cálculo como espécie do erro acidental, dando ao prejudicado o direito de retificá-lo dentro de certo prazo⁴⁸. Tal espécie, consagrada em ordenamentos estrangeiros, como o português e o italiano⁴⁹, foi suprimida do Código Civil de 1916, tendo ressurgido no Diploma Civil de 2002.

Estabelece o art. 141 do novo Código Civil que a transmissão errônea da vontade por meios interpostos é anulável nos mesmos casos em que o é a declaração direta. Equipara-se, portanto, ao erro a transmissão defeituosa da vontade⁵⁰, quando o indivíduo não a transmite diretamente, manifestando seu consentimento através de instrumentos como correio, telégrafo, fax, dentre outros⁵¹, ou por interposta pessoa, como um

⁴⁵ O art. 140 do Código Civil de 2002 reproduziu a disciplina do art. 90 do Código Civil de 1916, alterando a redação: o termo *causa* foi substituído por *motivo*. Tal modificação pode ser considerada como eficiente, uma vez que evita confusão com a *causa* como o escopo ou a razão jurídica do fenômeno negocial, admitida como elemento do negócio jurídico em outros ordenamentos jurídicos.

⁴⁶ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 1, cit. p. 192.

⁴⁷ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 1, cit. p. 192. “Se a aquisição de um fundo de comércio teve por motivo determinante a perspectiva de boa e numerosa freguesia, garantida e apontada pelo vendedor no próprio contrato, tem-se aí o que se denomina em direito o pressuposto ou a razão determinante do negócio. Não se caracterizando aquela perspectiva, o contrato é anulável por erro”. RT, 231/189 *Id. ibidem*.

⁴⁸ Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I, cit., p. 338.

⁴⁹ Código Civil Português, art. 249, Codice Civile, art. 1430.

⁵⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 330.

⁵¹ Admite que o instrumento seja o telefone, em que pese ser considerada presente a pessoa que contrata pelo telefone, J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 317/318.

⁴² Maria Helena Diniz, *A Lei de introdução ao Código Civil Brasileiro Interpretada*, cit. p. 91.

⁴³ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 328; Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. I, cit., p. 332.

⁴⁴ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, cit., p. 325.

mensageiro ou núncio, e o veículo utilizado não transmite fielmente a vontade, fazendo surgir divergência entre o agente e a outra parte⁵².

Silvio Rodrigues, que sustenta a necessidade de escusabilidade do erro, argumenta que, se a mensagem foi mal transmitida pelo mensageiro, há que se apurar se houve culpa *in eligendo* ou mesmo *in vigilando*, pois em caso afirmativo não pode tal erro infirmar o ato por ser *inescusável*⁵³.

De acordo com as lições de Carvalho Santos, este dispositivo só se aplica quando a diferença entre a declaração emitida e a comunicada seja procedente de mero acaso ou de algum equívoco, não se aplicando à hipótese em que o intermediário intencionalmente comunica à outra parte uma declaração diversa da que lhe foi confiada. Neste caso, a parte que escolheu o emissário fica responsável pelos prejuízos que tenha causado à outra por sua negligência na escolha feita⁵⁴, ressalvada a possibilidade de o mensageiro responder em face daquele que o elegeu.

Vale ressaltar que o art. 141 só se refere à pessoa que é interposta pelo manifestante da vontade, não se aplicando nos casos em que a interposta é pessoa do destinatário da declaração e erra: neste caso, o negócio jurídico vale tal como foi feita a comunicação à interposta pessoa, e não como foi transmitida por essa ao destinatário⁵⁵.

Por fim, determina o novo Código Civil, em seu art. 144, que o erro não prejudica a validade do negócio jurídico quando a pessoa, a quem a manifestação de vontade se dirige, se oferecer para executá-la na conformidade da vontade real do manifestante. A mesma regra encontra-se presente no Código Civil Português e no Código Civil Italiano⁵⁶, tendo sido recomendada por Pontes de Miranda de *lege condenda*⁵⁷.

Sem dúvida, trata-se de disposição que privilegia a conservação das avenças, encerrando uma possibilidade de temperar-se a teoria subjetiva na interpretação dos negócios jurídicos, consagrada pelo novo Código Civil, em seu art. 112, com mitigações, em virtude da disposição do art. 113 do mesmo diploma legislativo, que determina a interpretação dos negócios conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração.

⁵² Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 197.

⁵³ Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 1, cit., p. 191.

⁵⁴ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 321.

⁵⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, cit., p. 309.

⁵⁶ Código Civil Português, art. 248, Codice Civile, art. 1432.

⁵⁷ Pontes de Miranda, ob. cit., p. 319.

III. O dolo

Nas lições de Clovis Bevilacqua, o dolo "é o artifício ou expediente astucioso, empregado para induzir alguém à prática de um ato que o prejudica, e aproveita ao autor do dolo ou a terceiro"⁵⁸. Consiste em mecanismos maliciosos que induzam o agente em erro ao manifestar a sua vontade. Enquanto o erro é espontâneo, derivado do próprio psiquismo do agente, o dolo é o erro intencionalmente provocado⁵⁹.

Note-se que na definição do autor acima citado, para caracterizar o dolo, é preciso que haja prejuízo para aquele que manifesta a vontade induzido em erro. No entanto, como bem assinala Carvalho Santos, a melhor doutrina afasta do conceito de dolo qualquer exigência do prejuízo que venha a sofrer o indivíduo enganado, bastando que o artifício tenha sido empregado para induzir uma pessoa a realizar um negócio que não teria sido celebrado sem a malícia, resultando para o autor do dolo ou para terceiro uma vantagem⁶⁰.

De acordo com o art. 145 do Código Civil de 2002, é preciso que o erro derivado do dolo seja a causa determinante do negócio. Dito diversamente, é preciso que o dolo tenha sido a força propulsora da manifestação da vontade viciada.

Dá a distinção entre dolo principal e dolo acidental. Apenas o primeiro vicia o negócio jurídico. O dolo acidental é aquele que não induz diretamente a manifestação da vontade, uma vez que o ato seria realizado independentemente da malícia do interessado, mas em outras condições. Por esta razão, o dolo acidental não é causa de anulabilidade do negócio, ensejando, tão somente, a satisfação de perdas e danos pelas condições menos vantajosas estabelecidas no negócio para o declarante da vontade viciada (Código Civil de 2002, art. 146).

O dolo pode estar consubstanciado tanto em ações comissivas quanto em comportamentos omissivos (CC/02, art. 147)⁶¹. Os usos do

⁵⁸ Clovis Bevilacqua, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*, Vol. 1, cit., p. 339.

⁵⁹ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 199; Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 489.

⁶⁰ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 329.

⁶¹ "Direito Civil. Vício de Vontade. Dolo. Anulação do Negócio Jurídico, Comete dolo, viciando a vontade negocial, aquele que aliena um lote de terreno, imóvel destinado à construção, ocultando à parte adquirente que a área fora antes declarada *non aedificandi* por ato da autoridade municipal. Tratando-se, então, de vício de vontade, o efeito comportável é a anulabilidade do negócio jurídico, a ser decretada pelo Juiz, na ação própria, com fundamento nos arts 92 e 94

comércio e a boa-fé podem equiparar o silêncio a uma ação dolosa nos negócios jurídicos bilaterais, por furtar ao conhecimento do outro contratante uma circunstância de natureza tal que, se conhecida, naturalmente obstará a formação do contrato⁶².

Dessa maneira, assim como o dolo positivo, o dolo negativo deve ser a causa determinante do ato, já que a omissão dolosa pode tanto ser principal como accidental.

A doutrina distingue o *dolus bonus* do *dolus malus*. Somente o segundo anula o negócio jurídico, tratando-se da espécie em que há a vontade de iludir para viciar o consentimento.

O *dolus bonus* consiste numa espécie de dolo tolerado, utilizado no mundo dos negócios, como os exageros utilizados na publicidade comercial⁶³, a valorização da coisa pelo vendedor, o fato de o comprador exagerar os defeitos do objeto a ser adquirido, etc⁶⁴. Como leciona Washington de Barros Monteiro, são admissíveis essas manifestações no giro diário dos negócios, porque, com um pouco de diligência, um pouco de perspicácia, podem ser dissipadas, desde que os exageros não sejam acompanhados de artifícios⁶⁵.

No entanto, a partir do advento do Código de Defesa do Consumidor, é preciso atentar para a proibição da propaganda enganosa (Lei 8.078/90, art. 37). De acordo com os ensinamentos de Cláudia Lima Marques, "a característica principal da publicidade enganosa, segundo o CDC, é ser suscetível de induzir ao erro o consumidor"⁶⁶. Dessa maneira, a Lei 8.078/

90 não "dá salvo-conduto para o exagero", que só será tolerado se não for capaz de induzir o consumidor em erro⁶⁷.

O dolo pode ser oriundo de terceiro (CC/02, art. 148). Para os efeitos deste artigo, deve ser entendido como terceiro somente quem não intervém nem direta, nem indiretamente no negócio, sendo contraente tanto aquele que estipula em pessoa quanto o que intervém no ato por meio de representante⁶⁸.

O negócio jurídico só será anulado em virtude de dolo de terceiro, que deve ser dolo principal, quando a parte a quem aproveite o dolo tenha ou deva ter conhecimento do mesmo. A parte ludibriada, ainda que subsista o negócio, terá ação de reparação de danos contra o terceiro (CC/02, art. 148)⁶⁹.

Não se considera terceiro o representante legal ou convencional de uma das partes. Uma vez atuando no limite de seus poderes, considera-se o ato praticado pelo próprio representado. Se o representante age com dolo, e este é dolo principal, o ato será anulável. Sendo accidental, o ato subsistirá, ensejando a reparação de perdas e danos. De acordo com o art. 149 do Código Civil de 2002, a lei distingue as hipóteses de representação legal e convencional. No primeiro caso, o dolo do representante legal só obriga o representado a responder civilmente até a importância do proveito que teve; no segundo, sendo o dolo de representante convencional, o representado responderá solidariamente com ele por perdas e danos. O representado, por sua vez, terá ação regressiva contra o representante.

do Código Civil. Sentença correta. Apelo improvido." Apelação Cível nº 1996.001.04647, julgada pela 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, relator Des. Laerson Mauro, votação unânime, in www.tj.rj.gov.br em 27/04/2001. "Apelação Cível. Contrato de Compra e Venda. Erro substancial. Anulação de ato jurídico. Se a parte compromete-se, mediante contrato, expressamente clausulado, a vender o ponto comercial e sua razão social, livre e desembaraçado de quaisquer ônus, taxas, impostos, dívidas judiciais ou extrajudiciais e, em data anterior ao contrato, já era sabedora, através de notificação cartorária, existirem protestos sobre o bem, age de má-fé, induzindo a erro a contratante, pelo que o negócio jurídico deve ser anulado. A alegação de ser o bem de família, não passível de arresto, deve quedar devidamente comprovada, o que na hipótese não ocorre. Recurso improvido". Apelação Cível nº 1997.001.04525, julgada pela 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 25/11/1997, relator Des. Luiz Zveiter, votação unânime, in www.tj.rj.gov.br em 08/04/2001.

⁶² J. M. de Carvalho Santos, ob. cit., p. 343.

⁶³ Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 490.

⁶⁴ Washington de Barros Monteiro, *Curso de Direito Civil, Parte Geral*, cit., p. 203.

⁶⁵ Washington de Barros Monteiro, ob. cit., p. 203.

⁶⁶ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998, 3ª edição, p. 347.

⁶⁷ Antônio Herman de Vasconcellos Benjamin, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto*, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2000, 6ª edição, p. 290/291.

⁶⁸ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 347.

⁶⁹ O art. 148 não se aplica a todas as espécies de atos jurídicos (note-se que, de acordo com o art. 185 do CC/02, aplicam-se, no que couber, as disposições concernentes ao negócio jurídico àqueles atos jurídicos lícitos, também denominados atos jurídicos estrito senso, na esteira da dicotomia negócio jurídico e ato jurídico estrito senso, ambos espécies da maior categoria de ato jurídico). De acordo com as lições de Pontes de Miranda, "nas manifestações de vontade não-receptícias, não há figurantes um em frente ao outro; de modo que não há as "partes" a que se refere o art. 95. Donde ter-se de entender o art. 95 como só referente aos atos jurídicos em cujo suporte fático há manifestações bilaterais de vontade, ou manifestação receptícia da vontade". Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Tomo IV, cit., p. 338 (art. 95 do CC/16, correspondente ao art. 148 do CC/02). Dessa maneira, os atos unilaterais, como a aceitação e a renúncia de herança, a promessa de recompensa e outros, podem ser anulados por dolo de terceiro em quaisquer circunstâncias. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit. p. 333.

O Código Civil de 2002, da mesma forma que o Diploma de 1916, consagra o princípio de que ninguém pode se beneficiar da própria malícia (CC/02, art. 150). Se as duas partes procederam com dolo, nenhuma delas poderá alegá-lo para anular o negócio jurídico.

Na aplicação do referido princípio, discute-se se é possível compensar o dolo principal com o dolo accidental.

A melhor doutrina é aquela que responde pela afirmativa. Carvalho Santos leciona que esta solução se coaduna perfeitamente com o dispositivo em exame, pois, dispondo de modo geral, não exclui tais compensações, acrescentando que: “se se meditar também que, de conformidade com o art. 92 o dolo essencial torna anulável o ato jurídico, e que, em face do art. 93, o dolo accidental unicamente obriga à satisfação de perdas e danos, e se se tiver presente os termos deste artigo 97, quando diz que nenhuma parte pode alegar o dolo para anular o ato, ou reclamar indenização, necessariamente se concluirá que o Código aqui prevê ambas as hipóteses, isto é, do dolo essencial (caso em que a parte não poderá pedir a nulidade do ato) e do dolo accidental (caso em que não poderá reclamar indenização)”⁷⁰.

Acrescenta o Autor que “pouco importa que uma parte tenha procedido com dolo essencial e a outra apenas com o accidental. O certo é que ambas procederam com dolo, não havendo boa-fé, a defender”⁷¹.

Compensa-se, ainda, o dolo por omissão com o dolo por comissão e vice-versa⁷².

IV. A lesão

A lesão contratual é a desproporção que ocorre entre as prestações de um contrato, no momento de sua celebração, oriunda do aproveitamento, por uma das partes contratantes, da situação de inferioridade em que se encontrava a outra⁷³.

⁷⁰ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 352. O art. 92 do CC/16 corresponde ao art. 145 do CC/02, o art. 93 do CC/16 corresponde ao art. 146 do CC/02 e o art. 97 do CC/16 corresponde ao art. 150 do CC/02.

⁷¹ J. M. de Carvalho Santos, *Código Civil Brasileiro Interpretado*, Vol. II, cit., p. 352.

⁷² Clovis Bevilacqua, *Código Civil Brasileiro comentado*, Vol. I, cit., p. 343.

⁷³ Caio Mário da Silva Pereira define a lesão como “o prejuízo que uma pessoa sofre na conclusão de um ato negocial, resultante da desproporção existente entre as prestações das duas partes”. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 347. Anelise Becker conceitua a lesão da seguinte forma: “Lesão é a exagerada desproporção de

Trata-se de instituto jurídico que, ao longo de sua evolução, sempre esteve vinculado à idéia de equidade e de justiça contratual, ensejando a rescisão do negócio celebrado ou, para evitá-la, a exigência de complementação do preço.

Por esta razão, sua importância esteve arrefecida na ciência jurídica marcada pelo liberalismo econômico, tendo em vista a concepção dos homens como indivíduos livres e essencialmente iguais na sociedade, prescindindo da intervenção do Estado em suas relações. O contrato, resultado do acordo livre de vontades, era considerado o desejado pelas partes, o justo para os contratantes, não havendo necessidade da existência de mecanismo que “fiscalizasse” as prestações pactuadas.

Dessa forma, a lesão não foi contemplada no Código Civil de 1916, inculcado sob a égide da doutrina voluntarista, exaltando a autonomia privada no ordenamento jurídico brasileiro⁷⁴.

No entanto, as concepções que marcaram o liberalismo não tardaram a fraquejar.

A idéia de igualdade e liberdade dos homens, concebendo o contrato como o justo e o almejado pelas partes, foi sendo repensada, pois a experiência demonstrou que tal concepção privilegiava os economicamente mais fortes, que dominavam o campo das relações contratuais, impondo sua vontade, em detrimento dos economicamente mais fracos.

valor entre as prestações de um contrato bilateral, concomitante a sua formação, resultado do aproveitamento, por parte do contratante beneficiado, de uma situação de inferioridade em que então se encontrava o prejudicado”. Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 1.

⁷⁴ Segundo Clovis Bevilacqua, é admissível a rescisão dos contratos lesivos “nas épocas em que o Estado necessita de exercer uma tutela mais direta e contínua sobre a vida privada dos indivíduos, porque esses não se sentem assaz fortes contra a prepotência e contra a cobiça, e porque entre as classes sociais há um verdadeiro contraste. Partindo de que a igualdade civil está assegurada definitivamente, e ponderando que “as facilidades das comunicações e o desenvolvimento das indústrias colocam o vendedor na posição de escolher o momento da venda”, o autor defende a segurança e a estabilidade das transações que “devem ser entregues à lei da oferta e da procura”. Clovis Bevilacqua *apud* Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, 6ª edição., p. 97. Em que pese a ausência da lesão no Código Civil de 1916, é possível mencionar arestos que a consagraram. Neste sentido, “Pedido de anulação de Promessa de Venda fundada em dolo. Sentença que rompe o contrato e manda voltar ao estado anterior, fundada em lesão. Desproporção do valor do bem, em muito excedente ao preço corrente. Dolo de aproveitamento. Alegação de que foi pago o preço pretendido, sendo o negócio entre parentes. Partes vendedoras que são senhoras idosas. Apelo insiste que nada foi provado, embora fosse o preço convertido em reais, pelo contador, resultando quantia ínfima relativa à venda de uma casa. Apelo desprovido. Matéria bem colocada na sentença, que aplicou a teoria da lesão, exposta por Caio Mário da Silva Pereira. O elemento

Eventos, como os conflitos entre o proletariado e os detentores dos bens de produção e as Grandes Guerras, acentuados pela evolução social e pela crescente industrialização em massa, inauguraram a fase intervencionista do Estado na economia.

A política do *laissez faire, laissez passer*, que marcou a concepção de um Estado liberal mínimo, foi substituída por uma atuação mais contundente do Estado nas relações econômicas, criando mecanismos que reduzissem as desigualdades sociais, regulando, inclusive, o próprio conteúdo das relações contratuais, como ocorre, por exemplo, naquelas trabalhistas.

A tendência do direito, portanto, passou a ser a intervenção do Estado nas relações contratuais, possibilitando um maior equilíbrio entre as partes no negócio, que era impossível de ser alcançado na exaltação máxima da liberdade contratual. Nessa ordem de idéias, o ambiente estava propício para o ressurgimento⁷⁵ do instituto da lesão⁷⁶, justamente em virtude de sua idéia central, ou seja, da equidade e da justiça contratual.

Assim, a lesão foi ganhando espaço na medida em que o Estado liberal ia cedendo espaço ao Estado social, preconizando valores e princípios para a construção de uma sociedade mais justa.

Paulatinamente, a lesão foi sendo retomada no ordenamento jurídico brasileiro. Primeiramente, nos diplomas de natureza penal (Lei 1521/1951, art. 4º, letra b. Tal diploma legal substituiu o Decreto-lei nº 869/1938), depois passando a ser introduzida nas tentativas de reformulação do Direito Civil Brasileiro, e, com força total, no Código de Defesa do Consumidor, consoante o disposto no art. 6º, inciso V, 1ª parte, art. 39, inciso V e art. 51, inciso IV.

A relevância do instituto da lesão é ainda melhor entendida quando se compreende a atual concepção da autonomia privada. No início poder absoluto dos indivíduos, esta foi sendo, paulatinamente, cerceada, para que se coadunasse com os fins sociais que passaram a ser impostos pelo Estado social, sendo, hoje, concebida como um poder-função. Assim, a

objetivo ficou devidamente provado, que é o preço vil da negociação, bem como a forma de pagamento, a longo prazo. Ato anulável corretamente aceito, embora constando o termo rescindir", Apelação Cível nº 1995.001.07707, julgada pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 23/04/1996, votação unânime, relator Des. Fernando Whitaker, in www.tj.rj.gov.br, em 27/04/2001.

⁷⁵ Fala-se em ressurgimento da lesão no ordenamento jurídico brasileiro, pois tal instituto foi contemplado pelas Ordenações Filipinas, no Livro IV, Título XIII.

⁷⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, cit., p. 193.

lição de Luis Renato Ferreira da Silva, estabelecendo que "a moderna noção de autonomia da vontade implica que se a-veja como um poder-função. Ou seja, deixa de estar voltada tão-somente para os fins individuais do titular, para englobar fins mais gerais, ou, indo-se mais longe, fins necessários, que se impõem à vontade. A liberdade do indivíduo remanesce, mas os limites dela são o círculo social que tem finalidades coletivas que extrapolam o individual"⁷⁷

A partir da tábua axiológica prevista na Constituição Federal de 1988, a autonomia privada como poder-função é facilmente reconhecida. A livre iniciativa é consagrada como fundamento da República, ao lado dos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, IV) e da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III). O artigo 170 da Carta Magna estabelece que a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os princípios enumerados nos incisos I a IX do dispositivo mencionado, dentre eles a defesa do consumidor, do meio ambiente e a redução das desigualdades sociais e regionais.

Nesse sentido, são os ensinamentos de Pietro Perlingieri:

"A autonomia privada não é um valor em si e, sobretudo, não representa um princípio subtraído ao controle de sua correspondência e *funcionalização* ao sistema das normas constitucionais. Também o poder de autonomia, nas suas heterogêneas manifestações, é submetido aos juízos de licitude e de valor, através dos quais se determina a compatibilidade entre ato e atividade de um lado, e o ordenamento globalmente considerado, do outro."⁷⁸

Não é mais possível manter intocável o princípio da força obrigatória dos contratos. Este, corolário do princípio da autonomia privada, se coadunava com a concepção da vontade como fonte única e legítima da criação de direitos e obrigações, com a idéia de que os homens são livres e capazes para gerir seus próprios interesses, com perfeita igualdade na sociedade. Uma vez destruído este quadro e havendo a funcionalização

⁷⁷ Luis Renato Ferreira da Silva, *Revisão dos Contratos: do Código Civil ao Código do Consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 31.

⁷⁸ Pietro Perlingieri, *Perfis de Direito Civil*, cit., p. 277 (grifei).

da autonomia privada aos escopos sociais, a possibilidade de revisão dos contratos passou a ser imperiosa. Diversos fatores, concomitantes ou não à formação contratual, podem acarretar o desvio do caminho a ser seguido pela autonomia da vontade, ensejando a revisão do pacto.

Note-se que conceber a autonomia privada como funcionalizada aos valores sociais, não significa dizer que esta não mais existe ou perdeu sua importância, mas sim afirmar que a tutela de tal prerrogativa deve ser qualitativamente diversa daquela que lhe foi dispensada pela ciência jurídica marcada pelos ideais liberais.

É preciso compreender que o termo *lesão* foi usado pelo Direito para designar determinado instituto, tendo, portanto, na linguagem jurídica, sentido técnico, que não se confunde com o significado do termo *lesão* no sentido genérico.

O novo Código Civil disciplinou o instituto da *lesão* em seu art. 157, dispondo que ocorre *lesão* quando uma pessoa, sob premente necessidade ou por inexperiência, se obriga à prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

Pode-se dizer que a *lesão* se caracteriza pela confluência de dois elementos: um objetivo e outro subjetivo, que são tratados de forma diversa pelos diferentes ordenamentos jurídicos que disciplinam o instituto.

O elemento objetivo configura-se na desproporção das prestações estabelecidas no contrato, podendo ser determinado a partir de uma tarifa previamente estabelecida na lei, como um parâmetro quantitativo para a caracterização da *lesão* (metade do valor, sete doze avos, etc.) ou ser um conceito aberto⁷⁹, exigindo tão somente que as prestações sejam desproporcionais, a ser definido, no caso concreto, pelo juiz.

A utilização de um conceito aberto, tal como determina o Código Civil de 2002, é muito mais eficaz para a verificação da *lesão*, pois permite que a desproporcionalidade das prestações seja analisada caso a caso, apurando-se a justiça contratual daquela situação em concreto. Nessas hipóteses, é de se ressaltar o papel primordial do juiz, pois ficará a seu critério, após analisar os elementos trazidos pelo autor e réu da demanda, a caracterização do negócio como lesivo.

O momento para a verificação da *lesão* é o da celebração do negócio. O contrato é lesivo na sua gênese, na sua formação. Esta assertiva é

⁷⁹ Luis Renato Ferreira da Silva, *Revisão dos contratos*, cit., p. 79.

indubitável, bastando responder à seguinte indagação: em que momento da vida contratual são estabelecidas prestações desproporcionais para um dos contratantes? A resposta é inevitável: no momento da celebração. A *lesão* não pode ocorrer ao longo da execução das obrigações ajustadas, o que não quer dizer que seus efeitos não possam ser produzidos posteriormente à celebração do negócio.

Fica claro, portanto, que os efeitos da *lesão* podem surgir no curso do contrato, mas a desproporção já deve poder ser identificada no momento de sua formação. Daí a disposição do § 1º do art. 157 do novo Código Civil, determinando que a apreciação da desproporção será feita segundo os valores vigentes ao tempo em que foi celebrado o negócio jurídico, impedindo que o suposto prejudicado invoque a posterior perda de poder aquisitivo da quantia recebida, devido à inflação, por exemplo⁸⁰.

Ocorrendo a desproporção entre as prestações no decorrer da avença, não pode o intérprete se socorrer da *lesão* contratual. Deverá valer-se da Teoria da Imprevisão ou da Quebra da Base do Negócio Jurídico, que fundamentam a revisão contratual em virtude de fatos supervenientes que gerem o desequilíbrio das prestações do contrato.

Assim, é preciso distinguir: se a desproporcionalidade das prestações e, em conseqüência, a excessiva onerosidade pode ser depreendida das próprias disposições contratuais, há *lesão*; se a excessiva onerosidade surge em virtude de fatos supervenientes à celebração do negócio, não há que se falar em *lesão*, devendo ser invocada a Teoria da Imprevisão ou da Quebra da Base do Negócio Jurídico para embasar a revisão contratual⁸¹.

⁸⁰ Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, cit, p. 89. Este exemplo poderia ensejar uma hipótese de revisão contratual baseada na Teoria da Quebra da Base do Negócio Jurídico, mas nunca na *lesão*, pois no momento da celebração do contrato, não havia desproporção entre as prestações.

⁸¹ Em alguns casos, a jurisprudência vem confundindo as causas de revisão contratual: "Ação ordinária. Modificação de contrato de leasing. Teoria da *lesão*. Preliminares de nulidade da sentença. Nada impede que o autor, ao pedir a modificação do critério de correção das parcelas do contrato, requeira o depósito incidental das prestações vencidas, para que, depois, sendo acolhido o pedido, sobre elas incida o novo indexador. Não se trata, propriamente, de uma ação consignatória, pelo que não há que se falar em inépcia inicial, por acumulação indevida e diversidade de ritos. Também se rejeita a preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, já que não pretendeu o autor consignar as prestações, para se alforriar da obrigação. No mérito, impõe-se a revisão do contrato, em nome da teoria da *lesão* (inciso V do art. 6º do CDC), já que ocorreu fato superveniente pouco provável, e que rompeu, profundamente a base econômica do contrato. Rejeição das preliminares e desprovemento do recurso" (grifei) Apelação Cível nº 2000.001.1515, 10ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,

Segundo Darcy Bessone, considerar a lesão puramente a partir de um critério objetivo de desproporção das prestações, desencadearia grande instabilidade nas relações contratuais, pois não há um valor previamente fixado para as coisas, salvo em casos de tabelamento⁸².

Assim, segundo o Autor acima citado, foi se tornando vitoriosa uma forma mista, a um tempo objetiva e subjetiva, que concilia a reparação da injustiça resultante da lesão com a conveniência social de segurança das relações jurídicas: além da desproporção das prestações, exige-se que esta resulte da exploração da necessidade, inexperiência ou leviandade de uma das partes⁸³.

Quanto ao lesado, caracteriza-se o elemento subjetivo a partir de suas condições de inferioridade na contratação que, de acordo com o Código Civil de 2002, são determinadas pela premente necessidade, ou por inexperiência do contratante. Tais circunstâncias devem estar relacionadas exclusivamente à contratação, ou seja, àquele determinado contrato, pois uma pessoa pode ser considerada em estado de inferioridade para certos negócios, em razão de suas próprias condições pessoais, ou em razão de circunstâncias do momento da celebração, e não ser considerada como tal para outros.

A necessidade do contratante não está relacionada às condições econômicas do mesmo. Como bem acentua Anelise Becker, o instituto

unânime, julgado em 28/03/2000, atuando como relator Des. Sylvio Capanema, in www.tj.rj.gov.br em 26/07/2000. Pela ementa, constata-se a confusão das causas de revisão contratual. Em casos como o acima julgado, a valorização do dólar enseja revisão contratual em virtude da Teoria da Base do Negócio Jurídico, prevista no art. 6º, inciso V, 2ª parte do Código de Defesa do Consumidor. Na concepção correta: "Negócios Jurídicos Bancários. Contratos de abertura de crédito. Ação revisional. 1) Incidência do Código de Defesa do Consumidor sobre os contratos financeiros. 2) Controle de cláusulas contratuais abusivas estipuladoras de encargos financeiros com base no Código de Defesa do Consumidor. 3) Limitação dos juros contratuais, no caso concreto, com base na cláusula geral de lesão (art. 51, IV do CDC). 4) Impossibilidade de cobrança de juros por Instituições Financeiras acima do limite legal. 5) Vedação de Capitalização mensal dos juros. 6) Impossibilidade de cumulação de comissão de permanência e correção monetária. 7) Redução da multa contratual para dois por cento, forte na Lei 9.298/96. 8) A Revisão, com base na cláusula geral de lesão, e estendida aos negócios jurídicos emitidos antes da implantação do plano real (01/07/94). Sentença mantida. Apelação do Banco requerido desprovida e Apelação da Autora parcialmente provida". Apelação nº 599488657, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul órgão julgador: Primeira Câmara de Férias Cível, julgado em 29/12/1999, relator Exmo Sr. Dr. Paulo de Tarso Vieira, in www.tj.rs.gov.br, em 31/07/2000. (grifei).

⁸² Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, São Paulo, Saraiva, 1997, 4ª edição., p. 209.

⁸³ *Id. Ibidem*.

da lesão está relacionado à justiça comutativa e não à distributiva, não sendo instituto para corrigir as desigualdades sociais⁸⁴. A necessidade deve estar relacionada à impossibilidade de evitar o contrato, o que independe da capacidade financeira do lesado⁸⁵. Do mesmo modo, a inexperiência deve estar relacionada ao contrato, consistindo na falta de conhecimentos ou habilidades relativos à natureza da transação. É facilmente verificável nas situações em que há uma inexperiência técnica do lesado, como nas relações de consumo, onde o consumidor é sempre considerado vulnerável perante o fornecedor (Lei 8078/90, art. 4º, I).

A inexperiência deve ser analisada com cautela, para verificar se ultrapassou os limites razoáveis e passou a ser leviandade, como por exemplo, em situações em que as pessoas "fecham negócios" sem a presença e o auxílio de advogados, quando poderiam perfeitamente procurá-los.

O elemento subjetivo quanto ao lesado não é presumido, salvo nos casos expressos em lei, como nas relações de consumo, devendo, portanto, ser demonstrado pela parte que alega.

Quanto à parte que causa a lesão, caracteriza-se o elemento subjetivo na exploração ao lesado. Trata-se do elemento denominado pela doutrina de dolo de aproveitamento, que, de acordo com a lição de Caio Mário da Silva Pereira, "se configura na circunstância de uma das partes aproveitar-se das condições em que se encontre a outra, acentuadamente a sua inexperiência, a sua leviandade ou o estado de premente necessidade em que se ache no momento de contratar"⁸⁶.

Assinala Luís Renato Ferreira da Silva que, nos ordenamentos onde se estabelece a exploração como requisito da lesão, os juristas discutem o sentido que deve ser dado ao intuito da exploração: basta o conhecimento pela parte que causa a lesão das condições de inferioridade do lesado na contratação, ou é preciso que além do conhecimento, haja a intenção de aproveitar-se dessa inferioridade⁸⁷?

Arremata o Autor que "parece que tem sido suficiente, para tanto, o conhecimento da situação de inferioridade, até porque, de modo diverso,

⁸⁴ Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, cit., p. 121/122.

⁸⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, cit., p. 165.

⁸⁶ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 349.

⁸⁷ Luís Renato Ferreira da Silva, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 83.

estar-se-ia como que a tornar impeditivo o uso do instituto, tamanha a dificuldade em demonstrar o *animus doloso* na espécie”⁸⁸.

Dessa maneira, o dolo de aproveitamento deve assumir uma feição objetiva, no sentido de ser presumido, quando houver uma desproporção exagerada entre as prestações, à custa da situação de inferioridade de uma das partes, uma vez que não se admite que um contratante de boa-fé exija do outro prestações desproporcionais. Se o fez, é porque se aproveitou da situação de inferioridade em que então se encontrava o lesado.

Esta foi a posição adotada pelo novo Código Civil, que nada dispôs sobre a caracterização do dolo de aproveitamento, concluindo-se que o elemento subjetivo a ser caracterizado é tão somente o da parte lesada, que há de ter contratado sob premente necessidade ou inexperiência.

Há, portanto, presunção relativa quanto ao abuso ou exploração do contratante beneficiado, pois, repita-se, não é possível supor que um contratante de boa-fé estabeleça prestação desproporcional a ser cumprida pela outra parte. Dessa maneira, a lesão poderá ser afastada, se o contratante beneficiado provar que não havia situação de inferioridade e/ou que não aproveitou ou explorou aquela situação⁸⁹.

Quanto aos contratos sujeitos à lesão, anota Caio Mário da Silva Pereira que a lesão pode estar presente em todo contrato bilateral e oneroso.⁹⁰ Os contratos bilaterais se caracterizam pelo sinalagma, isto é,

⁸⁸ Luis Renato Ferreira da Silva, *Revisão dos Contratos*, cit., p. 83. Parece ser este o entendimento de Caio Mário da Silva Pereira: “Não há mister que o beneficiado induza o agente a praticar o ato, levando-o à emissão de vontade por algum processo de convencimento, nem que tenha a intenção de explorá-lo. Basta que se aproveite conscientemente daquela situação de inferioridade, ainda que momentânea do agente, e com ele realize negócio de que aufera lucro anormal”. Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. I, cit., p. 349.

⁸⁹ Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, cit., p. 119, acrescentando que: “Embora seja possível que alguém contrate com um necessitado *sem se aproveitar de sua necessidade*, não há lógica em sustentar que alguém se aproveita ou explora quem não se encontra em situação de inferioridade” (grifos da Autora). Ainda nos ensinamentos de Anelise Becker, citando exemplo dado por Saiget, é possível vislumbrar hipótese em que não há exploração da situação de inferioridade de um dos contratantes: “O proprietário de uma casa tem, na parte posterior do imóvel, um pátio de terra que não utiliza. Um de seus vizinhos atravessa afligente situação econômica, e ele deseja ajudá-lo oferecendo-lhe uma pequena quantia em dinheiro. Aquele, porém, por amor próprio e dignidade, não quer recebê-la como uma esmola e oferece-se para transformar o referido pátio num jardim. Objetivamente, pode existir uma notável desproporção entre as prestações e, de acordo com o critério objetivo, haveria mesmo lesão. A partir do ponto de vista ora proposto, entretanto, não, pois não existiu “aproveitamento” da necessidade da outra parte; ao contrário, o proprietário do terreno agiu impulsionado apenas por um propósito altruísta de prestar ajuda a seu vizinho.”, ob. cit., p. 116. (grifos da Autora).

⁹⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, cit., p. 174.

pela dependência recíproca das obrigações geradas pelo contrato, onde uma obrigação é a razão de ser da outra, verificando-se uma interdependência essencial entre as prestações⁹¹. Onerosos são os contratos em que ambas as partes visam à obtenção de vantagens ou benefícios, impondo-se encargos reciprocamente em benefício uma da outra⁹². O contrato bilateral e oneroso suscita prestações correlatas, sendo a relação entre vantagem e sacrifício decorrente da própria estrutura do negócio jurídico⁹³.

Alguns arrolam, como elemento para caracterizar a lesão, a existência de um contrato comutativo⁹⁴, pois, neste tipo de contrato, conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, “as prestações de ambas as partes são de antemão conhecidas, e guardam entre si uma relativa equivalência de valores”⁹⁵, havendo certeza quanto às mesmas. Não se exige que esta equivalência seja real, bastando que haja equivalência subjetiva quanto às prestações.⁹⁶

Exclui-se a incidência da lesão nos contratos aleatórios⁹⁷. Afirma Orlando Gomes que neles “há incerteza para as duas partes sobre se a vantagem esperada será proporcional ao sacrifício”⁹⁸. O risco é inerente a sua formação, dependendo o conteúdo da prestação da ocorrência de um evento incerto.

No entanto, em alguns casos, é possível invocar a lesão nos contratos aleatórios. Se o contrato é apenas aparentemente aleatório, o que ocorre quando o risco é do conhecimento de uma das partes, não há que se falar em impossibilidade de invocar a lesão. Nestes casos, aplica-se a disposição do art. 461 do Código Civil de 2002. Conforme leciona Caio Mário da Silva Pereira, “o risco de perder ou ganhar pode ser de um ou de ambos, mas a incerteza do evento tem de ser dos contratantes, sob pena de não subsistir a obrigação”⁹⁹. É justamente a incerteza que elimina a possibilidade de aproveitamento de uma parte em prejuízo da outra.¹⁰⁰

⁹¹ Orlando Gomes, *Contratos*, Rio de Janeiro, Forense, 1998, 18ª edição, p. 71.

⁹² Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 1996, 10ª edição, p. 37.

⁹³ Orlando Gomes, ob. cit., p. 74.

⁹⁴ Ex: Silvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 1, cit., p. 217, Luiz Roldão de Freitas Gomes, *Contrato*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, p. 165, ao corroborar conceito de Paulo Oriente Franciulli, Darcy Bessone, *Do Contrato, Teoria Geral*, cit., p. 205.

⁹⁵ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, cit., p. 39.

⁹⁶ Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, cit., p. 93.

⁹⁷ O Código Civil Italiano exclui expressamente a ação de rescisão em virtude da lesão nos contratos aleatórios (*Codice Civile*, art. 1448)

⁹⁸ Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 74.

⁹⁹ Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. III, cit., p. 40.

¹⁰⁰ Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, cit., p. 174.

Nos contratos aleatórios, a contraprestação pode ser desproporcional ao valor da prestação¹⁰¹. Porém, para que o contrato seja excluído da incidência da lesão, esta desproporcionalidade só pode ser constatada no momento da ocorrência do evento. Se for possível avaliar a desproporção das prestações no momento da contratação, a lesão poderá ser invocada.

Assim, o contrato aleatório poderá ser lesivo se, ao se valorarem os riscos, estes forem inexpressivos para uma das partes, em contraposição àqueles suportados pela outra, havendo exploração da situação de inferioridade de um dos contratantes pelo outro, beneficiado no momento da celebração do negócio.

Dessa maneira, a lesão poderá ser invocada nos contratos aleatórios “quando a vantagem que obtém uma das partes é excessiva, desproporcional em relação à álea normal do contrato”¹⁰², devendo estar caracterizada a situação de inferioridade de uma das partes e o aproveitamento desta pelo contratante beneficiado, quando o ordenamento assim o exigir.

Conclui-se, portanto, que para a incidência da lesão, é necessário que o contrato seja bilateral (comutativo ou aleatório) e oneroso.¹⁰³

Vale ressaltar que a anulação não será decretada em virtude da lesão, se for oferecido suplemento suficiente ou se a parte favorecida concordar com a redução do proveito (CC/02, art. 157, § 2º).

V. O estado de perigo

Prevê, ainda, o Código de 2002, em seu art. 156, o estado de perigo como defeito do negócio jurídico. Da mesma forma que a lesão, o estado de perigo não foi contemplado pelo Código Civil de 1916¹⁰⁴.

¹⁰¹ Orlando Gomes, *Contratos*, cit., p. 74.

¹⁰² Anelise Becker, *Teoria Geral da Lesão nos Contratos*, cit., p. 98.

¹⁰³ Assinala Anelise Becker que o problema do excesso de juros no mútuo (contrato unilateral que será oneroso quando feneratício) diz respeito à usura pecuniária. Anelise Becker, ob. cit., p. 93. A usura pecuniária se caracteriza pelo ganho obtido no empréstimo em dinheiro, sendo a usura real o ganho excessivo em qualquer outro negócio - espécie de lesão. Ambas constituem espécies do crime de usura.

¹⁰⁴ Em que pese a ausência do estado de perigo no Código Civil de 1916, é possível mencionar arestos que o consagraram, como neste voto vencido do Des. Semy Glanz: “Apelação Cível. Ordinária. Anulação de ato jurídico. Contrato particular de confissão de dívida, com dação em pagamento. Valoração da prova: inteligência do art. 333, I do CPC. Simulação. Não é possível invocar simulação em próprio benefício. Arts 102 e seguintes do Código Civil. Pedido improcedente. Sentença confirmada. Recurso desprovido. Ementa do voto vencido do Des.

Caracteriza-se o estado de perigo quando alguém, premido pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano conhecido pela outra parte, assume obrigação excessivamente onerosa.

Pode-se dizer que o estado de perigo se aproxima da coação moral. Em ambas as hipóteses, o agente não tem condições de manifestar sua vontade livremente. A diferença entre os institutos está na origem da ameaça e do perigo que permeiam as circunstâncias da contratação. Na coação, a ameaça ou violência provém de uma pessoa interessada na prática do ato; no estado de perigo, a ameaça provém de simples circunstâncias de fato que exercem notável influência sobre a vontade do agente¹⁰⁵.

O estado de perigo também se aproxima da lesão. Com efeito, a semelhança entre os dois institutos é notória. Ambos são caracterizados por dois elementos: um objetivo e outro subjetivo.

O elemento objetivo no estado de perigo é a assunção de obrigação excessivamente onerosa que, tal como ocorre na lesão, deve ser verificado no momento da realização do negócio. No entanto, como leciona Humberto Theodoro Júnior, no estado de perigo, o elemento objetivo não pode estar limitado ao desequilíbrio das prestações, pois este defeito do negócio jurídico pode ser verificado em negócios unilaterais, nos quais a prestação assumida seja unicamente da vítima (remissão de dívida, promessa de recompensa, doação, cessão gratuita, renúncia de direitos etc,... e até testamento)¹⁰⁶. Note-se que o instituto do estado de perigo poderá ser invocado, quando cabível, aos atos jurídicos estrito senso, em virtude do que dispõe o art. 185 do Código Civil de 2002.

Semy Glanz: Oferta de garantia sob a forma de confissão de dívida. Induzimento a erro. Contrato celebrado em auxílio de irmã, sendo esta devedora. Procuração em causa própria, com poderes de alienar imóvel da outorgante, simples garantidora da dívida. Contrato celebrado em estado de perigo. Negócio anulável”. Apelação Cível nº 1995.001.02876, julgada pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro em 05/12/1995, relator Des. Celso Guedes; votação por maioria, in www.tj.rj.gov.br em 19/07/2001.

¹⁰⁵ Francisco Amaral, *Direito Civil, Introdução*, cit., p. 495. Como leciona Teresa Ancona Lopes, “o fato danoso pode-se originar de um acontecimento natural, de ação humana, voluntária ou involuntária, pode inclusive ter sido provocado pela própria pessoa exposta ao perigo. O fato do perigo ter sido provocado pelo contratante que se aproveita do negócio distingue o estado de perigo da coação, porquanto neste vício o perigo é usado como meio de obter a declaração. Teresa Ancona Lopes, “O negócio jurídico concluído em estado de perigo”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Silvio Rodrigues*, São Paulo, Saraiva, 1989, p. 318.

¹⁰⁶ Humberto Theodoro Júnior, “Negócio Jurídico. Existência. Validade. Eficácia. Vícios. Fraude. Lesão”, in *Revista dos Tribunais*, volume 780, ano 89, outubro de 2000, p. 26.

Já o elemento subjetivo em relação à vítima, tanto no negócio lesivo, quanto naquele celebrado em estado de perigo, caracteriza-se pela situação de inferioridade em que a parte lesada realiza o ato. A diferença encontra-se na qualificação desta situação de inferioridade, que no estado de perigo deve ser caracterizada pela necessidade de salvar-se, ou a pessoa de sua família, de grave dano, e na lesão pode assumir feições diversas, como a contratação em estado de necessidade, por inexperiência, por leviandade, ou em virtude de dependência, estado mental ou fraqueza de caráter, contemplando o novo Código Civil de 2002 apenas as circunstâncias da necessidade e da inexperiência.

Bem andou o novo Código Civil ao permitir a caracterização do estado de perigo quando o dano se refere a pessoa não pertencente à família do declarante, adotando neste caso o juízo de equidade, ao determinar que em tais situações decidirá o juiz segundo as circunstâncias (CC/02, art. 156, parágrafo único). Isto porque o afeto existente entre as pessoas não se circunscreve ao âmbito familiar, podendo estar perfeitamente configurado o estado de perigo se uma pessoa querida da vítima se encontra na iminência de sofrer um grave dano.

Em relação à parte beneficiada, o elemento subjetivo no estado de perigo se caracteriza pelo dolo de aproveitamento. Neste ponto, o Código Civil de 2002 diferencia o tratamento conferido à lesão e ao estado de perigo. Na primeira, não é necessário estar configurado expressamente o dolo de aproveitamento, bastando estar comprovada a desproporção das prestações contratadas, em virtude do estado de necessidade ou inexperiência em que se encontrava o lesado. Diz-se, portanto, que no novo Código Civil a lesão é objetiva. Ressalta-se, porém, que a parte beneficiada poderá provar que o negócio não é lesivo, alegando a inexistência de situação de inferioridade ou o não aproveitamento da mesma. Já no segundo, o conhecimento pela outra parte do estado de perigo em que se encontrava a vítima é essencial à configuração do instituto. Em caso de desconhecimento do mesmo, não há o que se falar em anulação do negócio, uma vez que a parte beneficiada não estará agindo de má-fé.

Quanto ao dano que se deseja evitar com a celebração do negócio, este poderá ser contra a pessoa tanto fisicamente, quanto moralmente¹⁰⁷. Além disso, não deve ainda ter sido verificado, pelo menos comple-

tamente, no momento da declaração de vontade, pois, caso contrário, de nada adiantaria a conclusão de tal negócio¹⁰⁸.

Assim, o dano deve ser atual ou iminente e grave. Dano atual ou iminente é aquele que já está acontecendo ou que está prestes a acontecer. Não se caracteriza o estado de perigo se o perigo já passou ou se é futuro. Já a gravidade deve ser avaliada caso por caso, levando-se em conta as circunstâncias da vítima.

De acordo com as lições de Teresa Ancona Lopes, para caracterizar o estado de perigo basta que o declarante *pense* que está em perigo, devendo esta suposição ser do conhecimento da outra parte. Se há um perigo efetivo e real ignorado pela vítima, o estado de perigo não estará configurado, pois a certeza de estar em perigo é elemento essencial na caracterização deste tipo de defeito¹⁰⁹.

Como exemplos do estado de perigo, é possível citar: a) o sujeito que assaltado por ladrões oferece recompensa vultosa para quem lhe salve da violência; b) o sujeito que, encontrando-se em um barco que está afundando, igualmente se compromete a pagar quantia exorbitante ao seu salvador; c) o doente que, no auge da moléstia, acorda com o médico honorários exorbitantes; d) o genitor que oferece toda a sua fortuna àquele que salvar seu filho das chamas de um incêndio; e) o marido que paga vultosa quantia de resgate no caso de seqüestro de sua esposa; f) os depósitos em dinheiro que exigem os hospitais, para que o paciente possa ser atendido numa emergência¹¹⁰.

Por fim, para o estado de perigo, o novo Código Civil não prevê a regra consubstanciada no § 2º do art. 157 pertinente à lesão, determinando que não se decretará a anulação do negócio se a parte favorecida concordar com a redução do proveito. Evidentemente, as partes, no processo de anulação em virtude do estado de perigo, podem acordar uma diminuição do proveito, conservando o contrato.

No entanto, não se justifica o tratamento diferenciado. A legislação deve atender ao princípio de conservação dos contratos, estabelecendo regras que o satisfaçam, garantindo maior segurança jurídica às relações

¹⁰⁸ Teresa Ancona Lopes, ob. cit. p. 311.

¹⁰⁹ Teresa Ancona Lopes, ob. cit. p. 317.

¹¹⁰ J. M. Leoni Lopes de Oliveira, *Direito Civil, Teoria Geral do Direito Civil*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, Vol. 2, 2ª edição, 2000, p. 852/853.

contratuais. Assim, em virtude da mesma *ratio legis*, será possível aplicar a regra consubstanciada no § 2º do art. 157 do novo Código Civil aos casos de contratos celebrados em estado de perigo.

VI - Conclusão

A partir da análise acima, pode-se concluir que o novo Código Civil aprimora o tratamento conferido ao erro e ao dolo, de acordo com paradigmas estrangeiros e com as observações doutrinárias elaboradas ao longo da vigência do Código Civil de 1916.

Quanto à lesão e ao estado de perigo, pode-se dizer que tais institutos representam as grandes novidades trazidas pelo novo Código Civil no rol dos defeitos do negócio jurídico. Como assinalado anteriormente, a consagração da possibilidade de anulação do negócio jurídico em virtude da lesão e do estado de perigo demonstra uma preocupação do legislador com a justiça contratual, rompendo com o rigor do princípio consubstanciado no brocardo *pacta sunt servanda*.

No entanto, quanto à lesão, pode-se dizer que tal instituto pode desempenhar um papel ainda maior na revisão dos contratos. De fato, a lesão sempre esteve vinculada ao aspecto econômico do contrato, ou seja, ao valor das prestações, e dessa forma foi concebida no novo Código Civil. Não obstante a sua importância nesta seara, a equidade contratual não pode estar concentrada somente no desequilíbrio econômico do contrato. Como afirma Cláudia Lima Marques, referindo-se ao Código de Defesa do Consumidor, que consagra a lesão em seus artigos 6º, V, 1ª parte, 39, V e 51, IV, § 1º, "a noção há de ser mais ampla, pois o que se quer é o reequilíbrio total da relação contratual, inclusive de seu nível de tratamento leal e digno, única forma de manter e proteger as expectativas legítimas das partes, que são a base funcional que origina a troca econômica"¹¹¹.

A partir dos princípios da boa-fé objetiva e da confiança, consagrados na Lei 8078/90, em perfeita consonância com os princípios constitucionais, especialmente com aquele insculpido no art. 3º, I, da Carta Magna, o instituto da lesão sofre uma despatrimonialização no Código de Defesa do Consumidor, na esteira do que ocorre com o Direito Civil como um todo. Com efeito, o Direito Civil deve ser interpretado e reconstruído

¹¹¹ Cláudia Lima Marques, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, cit., p. 134.

segundo os valores da pessoa, em consonância com a opção constitucional de elevar a fundamento da República a dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, inciso III), tutelando de forma qualitativamente diversa as situações patrimoniais, que devem ser adequadas aos valores existenciais¹¹².

A lesão, portanto, deve ser invocada em qualquer hipótese onde haja uma desproporção das prestações, não podendo estar vinculada apenas à desproporcionalidade econômica do contrato, ou seja, ao valor das prestações, ensejando o reequilíbrio da relação contratual como um todo.

Dessa maneira, a lesão permite trazer para o equilíbrio contratual não só a igualdade econômica das prestações, mas também a equivalência social e humana do contrato, preocupando-se com o comportamento digno e leal dos contratantes na relação contratual, que deve respeitar a boa-fé objetiva.

A partir desta nova concepção do instituto, o tratamento dispensado aos negócios viciados pela lesão deve ser alterado. A anulação do negócio lesivo, só evitada se ajustado o justo preço, deve dar lugar à conservação do contrato, retirando-se a cláusula lesiva e integrando-se a lacuna quando necessário, como preconiza a Lei 8078/90. De acordo com tal diploma legal, o contrato só é anulando quando, apesar dos esforços de integração, decorrer ônus excessivo para uma das partes (CDC, art. 51, § 2º).

Assim, em virtude da tábua axiológica prevista na Constituição Federal de 1988, especialmente em razão do princípio da dignidade da pessoa humana (CF/88, art. 1º, III), que irradia a prevalência das situações existenciais no ordenamento civil, retomando o conceito de Direito Civil como aquele do cidadão, e do solidarismo constitucional (CF/88, art. 3º, I), a lesão não pode mais ser considerada como um instituto que preconize somente a igualdade econômica do contrato, devendo ser recepcionada pelo ordenamento da forma despatrimonializada como foi concebida no Código de Defesa do Consumidor, ensejando a revisão contratual em qualquer hipótese de desproporção das prestações.

É, dessa maneira, instituto de grande valia para a reformulação do Direito dos Contratos à luz da ordem civil-constitucional, privilegiando não só a equivalência econômica das prestações, mas, principalmente, aquela humana e social do contrato, valorizando a dignidade, lealdade e confiança dos contratantes, que devem nortear a relação contratual.

¹¹² Sobre a despatrimonialização do Direito Civil: Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil*, cit., p. 33/34.

A Interdisciplinaridade no Ensino Jurídico: A Experiência do Direito Civil

Caitlin Sampaio Mulholland*

“O direito não pode se descobrir dentro de si como discurso, como transcendência, mas fora de si: faz-se Direito a partir do mundo e para o mundo”.

Pedro Duro

1. O ensino jurídico brasileiro, em particular o de Direito Civil, há muito se encontra engessado em velhos modelos didáticos e metodológicos surgidos e desenvolvidos em séculos passados e que objetivam única e exclusivamente a reprodução de fórmulas caducas, repetidas incansavelmente por aqueles que abraçam a carreira do magistério. O ensino jurídico não constrói, portanto, novos saberes; apenas reproduz um Direito “dado”¹.

O método puramente expositivo e a falta de uma instigação à argumentação levam o professor-jurista a esquecer-se de olhar para além do horizonte e buscar novas maneiras de desenvolver o seu trabalho, sem tornar-se uma espécie de epítome de conservadorismos acrílicos.

A falta desta visão criteriosa, ou, ainda, o desestímulo na busca da conciliação entre o Direito e a realidade que nos envolve, faz com que o curso de Direito Civil se torne, em não raras vezes, uma mera leitura monotônica do Código Civil, revelando comodismo na ausência de uma busca por críticas reflexivas. O Direito Civil confunde-se assim com o próprio Código Civil, herdando-se a pretensão napoleônica de que o ensino de Direito Civil se esgotaria no *Code*.

* Professora da PUC-Rio e da Universidade Cândido Mendes. Mestre em Direito Civil pela UERJ.
¹ Rosalice Fidalgo PINHEIRO, “Ensino Jurídico na Graduação: Ainda Como os Nossos Pais? Modelo, Conformismo e Repetição na Metodologia do Ensino Jurídico”, pp. 211-254, in L. E. FACHIN (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, Renovar, Rio de Janeiro, 2000.

Neste cenário, a função do jurista passa a ser de reprodução do Direito legislado, estabelecido, sem interferir na sua essência. Ao jurista caberia simplesmente a função de subsumir as normas pré-condicionadas ao caso concreto, fazendo desta atividade o local asséptico da avaloratividade e promovendo a continuidade burocrática das definições imutáveis².

Como resultado desta não interferência, o Direito não consegue dar respostas aos novos problemas que surgem diariamente. O distanciamento da realidade social e do ensinamento “reproduzido” têm como consequência primeira uma grave falha educacional: o bacharel em Direito aprende somente a conceituar e classificar³, acriticamente, e tem nas palavras do professor-jurista a convicção da verdade absoluta.

O grande problema que surge deste cenário, todavia, é que a função do jurista não mais se adequa à realidade social. De fato, a continuidade do ensino jurídico nos moldes em que é realizado há séculos não mais é capaz de trazer à baila respostas aos novos questionamentos. Para ilustrar este descompasso, quando do ensino da Teoria dos Contratos, os alunos são levados a crer de forma absoluta que o contrato faz lei entre as partes que livremente se manifestam, sendo o seu conteúdo, portanto, obrigatório. A visão da nova teoria contratual ou dos novos princípios informadores dos contratos, relativizadores dos princípios clássicos da teoria contratual, é raramente (ou, se tanto, rapidamente) analisada.

Desta maneira, as teorias clássicas, tradicionais, são consolidadas, facilitando-se a perpetuação de normas rígidas e estabelecendo a criação de um Direito fechado em si próprio e interpretado dentro de seu sistema cerrado. Neste sentido, atesta Pedro Duro que

“os argumentos de autoridade e o império da dedução fizeram do Direito dogmática, cujo apogeu se reconhece no positivismo científico. Deixou-se de pensar a vida na sua globalidade: esqueceu-se a filosofia”⁴.

² L. E. FACHIN, “Limites e Possibilidades do Ensino e da Pesquisa Jurídica: Repensando Paradigmas”, in *Revista Estado, Direito e Sociedade*, Departamento de Direito da PUC-Rio, nº 15, ago-dez. 1999, pp. 61-71.

³ Pedro DURO, “Uma Nova Contextualização do Direito: a Transdisciplinaridade”, *mimeo*, p. 3, sustenta que “um paradigma classificatório, necessariamente dogmático e tópico, dá segurança ao discurso, mas não permite saltos epistemológicos, porque está fechado sobre si mesmo, é um discurso de si próprio”.

⁴ P. DURO, “Uma Nova Contextualização”, cit., p. 4.

2. De fato, há muito se tem falado da crise por que passa o direito civil e sua sistemática e da perda da noção do Código Civil como centro valorativo do ordenamento jurídico privado. A quebra da dicotomia direito público-direito privado⁵, o movimento da descodificação⁶ através da proliferação de leis esparsas – algumas se constituindo como verdadeiros microssistemas⁷ –, o intervencionismo estatal nas relações privadas – a “publicização” do direito privado, chamado por Josserand de dirigismo contratual – e a percepção da incapacidade do direito civil clássico de tutelar as novas relações jurídicas de forma equitativa e justa, são alguns dos elementos que se unem para potencializar esta idéia de crise e até mesmo da morte do direito civil⁸.

A percepção de que o sistema jurídico, por ser unitário e, portanto, sistemática e hierarquicamente estabelecido, não poderia mais ser analisado e interpretado em blocos estanques e separados, levou à conclusão de que, quando diante de um sistema fundado em uma norma superior – a Constituição – há que se respeitar os princípios e valores que dela emanam,

⁵ A chamada *summa divisio* do direito estabelecia duas ordens distintas, impermeáveis, cada qual sendo regulada a sua maneira. Enquanto o direito privado se referia aos direitos individuais e inatos do homem, o direito público teria a função de tutelar os interesses gerais da sociedade através do Estado, que deveria se abster de qualquer tipo de incursão na órbita privada dos indivíduos.

⁶ Em relação ao processo conhecido como descodificação, Joaquín Arce FLÓRES-VALDEZ, *El derecho civil constitucional*, Civitas, Madrid, 1986, p. 60, assinala que “[l]a descodificación se entiende como el fenómeno de proleferación indicado, pero las leyes especiales o sectoriales obedecen, no tanto a la regulación específica de una materia que se encuentra ya contemplada en líneas generales en el Código como al afán de regular materias extrañas al mismo, sustrayendo a su esfera completas relaciones y respondiendo a principios autónomos o antitéticos al mismo Código, en tal caso se producirla, como primera consecuencia, la de hacer perder al Código civil su tradicional prerrogativa de Derecho general y, lo que puede resultar de mayor gravedad para el Derecho civil, la temida “consolidación de los desmembramientos”.

⁷ Natalino IRTI, em sua já citada obra *L'età della decodificazione*, in *Revista de Direito Civil*, v. 10, Ed. RT, São Paulo, outubro-dezembro, 1979, p. 26, remete-nos a uma análise histórica do surgimento destes chamados microssistemas, sustentando que “a ben vedere, le leggi, che si sogliono ancora denominare ‘speciali’ sottraggono a mano intere materie o gruppi di rapporti alla disciplina del codice civile, costituendo micro-sistemi di norme, con proprie ed autonome logiche”. E continua o autor, assinalando que “il processo di consolidazione, svolgendosi dalla legge eccezionale alla legge speciale, e, poi, da questa a corpi di norme permanentemente ed organicamente dedicati alla disciplina di una categoria di rapporti, non può non mettere in dubbio la stessa validità del codice civile come diritto generale”.

⁸ De fato, Joaquín Arce FLÓRES-VALDEZ, em sua obra *El derecho civil constitucional*, cit., já nos leva a esta conclusão ao assinalar (pp. 51-52) que “[e]n su conjunto, patrimonialización, socialización y descodificación han permitido a algunos obtener la conclusión de la ‘crisis’ del Derecho Civil actual, y hasta sentenciar la ‘muerte’ del mismo, al propiciarse la ruptura entre el Derecho civil tradicional y el moderno”.

sob pena de se ver descaracterizado o sentido de sistema do ordenamento. A contraposição dicotômica perderia assim o seu sentido, na medida em que absolutamente todas as normas jurídicas, sejam elas de orientação de direito público, sejam de direito privado, se fundam em uma norma hierarquicamente superior que dá fundamento a todas as outras.

Desta maneira, desloca-se o eixo valorativo do sistema do Código Civil – como ordenador das relações privadas – para a Constituição, fonte dos princípios fundamentais do ordenamento jurídico. Neste sentido, de acordo com Maria Celina Bodin de Moraes,

“acolher a construção da unidade (hierarquicamente sistematizada) do ordenamento jurídico significa sustentar que seus princípios superiores, isto é, os valores propugnados pela Constituição, estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição direito público-direito privado”.⁹

O Código Civil perde a sua feição de “constituição” da vida privada¹⁰, sendo substituído em seu papel de unificador do sistema de direito privado pela Constituição Federal e seus princípios, normas e valores superiores¹¹,

⁹ M. C. BODIN DE MORAES, “A caminho de um direito civil constitucional”, in *Direito, Estado e Sociedade*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas, n. 1, 2ª ed., julho-Dezembro de 1991, p. 63.

¹⁰ Michele GIORGIANNI, “O direito privado e suas atuais fronteiras”, trad. bras. M. C. de Cicco, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, jan. de 1998, p. 37. Neste sentido também, Teresa NEGREIROS, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 198 estabelece que “[u]ma vez posto o indivíduo (...) no centro dos sistemas sociais – político, econômico, filosófico...-, o direito privado, conceituado como o complexo normativo de direitos individuais oponíveis ao Estado, reveste-se de um conteúdo fundante de toda a ordem político-social”. E continua a autora (p. 169) assinalando a abertura do sistema jurídico, sustentando que “[d]esaparece a idéia do Código Civil como ‘constituição da vida privada’, verdadeira metáfora do sistema fechado, surgindo a Constituição como centro, não apenas formal, mas valorativo da unidade do sistema como um todo”.

¹¹ Teresa NEGREIROS, *Fundamentos*, cit., p. 166, lembra que a aplicação direta de princípios constitucionais às relações privadas não era comum. A função dos princípios constitucionais era simplesmente de interpretação e de integração. Neste sentido, sustenta a autora que “[n]estes novos quadros, precisamente porque o sistema jurídico não é mais conceitualizado como axiomático-dedutivo, e portanto fechado, os princípios funcionam como os elementos do sistema jurídico capazes de conectá-lo a outros sistemas: o social, o cultural, o ético... Somente a partir do momento em que se reconheceu a abertura do sistema jurídico, o seu enraizamento cultural, é que os princípios puderam ser reconhecidos como chave para a aplicação-realização do Direito, e não mais como mecanismos de integração supletiva do que então se reputava como um sistema autônomo, neutro e auto-referente”.

que embasam todo o ordenamento jurídico e inauguram um novo Estado social, fundado no princípio máximo da dignidade da pessoa humana (art. 1º; III, CF). A este respeito, Bruno Lewicki assinala que

“enxergá-la [a Constituição] como uma mera carta política constitui grave miopia, quando não uma inequívoca tentativa de restringir os avanços proporcionados por esse texto, fundado em valores que divergem radicalmente do liberalismo absentista que orientou a feitura do Código Civil”.¹²

Um destes valores considerados como centrais na concepção do novo Estado Social é, como já citado, a dignidade da pessoa humana¹³, alçada a fundamento da República no art. 1º, III, da Constituição Federal. A dignidade é um valor intrínseco à essência da pessoa humana - único ser que compreende um valor interno, superior a qualquer preço, que não admite substituição equivalente. Este valor servirá como norte na interpretação e aplicação de normas jurídicas, sendo sempre considerado na proteção e tutela dos direitos da personalidade do homem e nas suas relações jurídicas, proporcionando assim a base para a realização dos objetivos do Estado democrático de direito.

Os enunciados e institutos clássicos do direito privado estão sendo, desta forma, superados pelo tempo e se mostram, em não raras ocasiões, insuficientes para explicar as novas transformações pela qual passa o direito civil, mais notadamente a teoria dos contratos. De fato, afasta-se do

¹² B. LEWICKI, “Panorama da boa-fé objetiva”, in *Problemas de direito civil-constitucional*, org. G. Tepedino, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, pp. 66-67.

¹³ Immanuel KANT, como se sabe, sustenta que o homem é um fim em si mesmo e jamais poderá ser considerado um meio para se atingir uma finalidade, na medida em que inerente à concepção de pessoa a dignidade lhe é atribuída. Esta noção foi estabelecida através da segunda fórmula de seu imperativo categórico, a qual exprimia que “age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio”. Segundo Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Madrid, Civitas, 1986, p. 29, “cuando Kant formula el imperativo categórico conforme al cual se demanda que, justamente porque el hombre como persona en sentido técnico tiene una dignidad, se le coloque por encima de todo lo que puede ser utilizado como medio y se le trate como fin en sí mismo, y Hegel el teorema del derecho diciendo que cada uno debe ser tratado por el otro como persona, no hacen otra cosa – dice Karl Larex – que traducir al lenguaje de su Ética unas consideraciones genuinamente cristianas y las consecuencias que de ellas se derivan para el Derecho”.

âmbito tutelado pelo direito civil aquilo que representava a sua identidade – a proteção do indivíduo frente ao Estado – e transfere-se esta tutela para a Constituição Federal, modificando-se a função originária do direito civil. Neste sentido, afirma Gustavo Tepedino que

“tal ordem de coisas, própria do Estado liberal, altera-se profundamente no Estado intervencionista do século XX, onde a atenção do legislador se desloca para a função social que os institutos privados devem cumprir, procurando proteger e atingir objetivos sociais bem definidos, atinentes à dignidade da pessoa humana e à redução das desigualdades culturais e materiais (...)”.¹⁴

Desta forma, a norma constitucional assume no direito civil a função de, validando a norma jurídica ordinária aplicável ao caso concreto, modificar, à luz de seus valores e princípios, os institutos tradicionais do direito privado. Estes valores constitucionais não só irão determinar as escolhas legislativas e interpretativas dos operadores do direito, como também serão aplicados diretamente às situações privadas.

3. Tendo em vista esta nova orientação no estudo e interpretação do Direito Civil, a função do novo jurista passa a ser a de criticar o direito vigente e construir o novo, através de uma ação transformadora e evolutiva. Portanto, é através do discurso crítico que se torna possível a transformação do ensino. Neste sentido Pedro Duro sustenta que

“o discurso é, sobretudo, um caminho: um caminho atribulado de quem se confronta com um pensamento novo, se deixa encantar por ele, aprofunda-o e reconstrói-o. É, também, a assunção de um risco, porque reflexão pessoal sobre a reflexão de outros que percorreram caminhos mais longos”.¹⁵

Isso não significa que deve o jurista dedicar-se unicamente à interdisciplinariedade. O conteúdo programático das disciplinas é

¹⁴ G. TEPEDINO, *Temas de direito civil*, Rio de Janeiro, Renovar, 1999, 1a. ed., p. 201.

¹⁵ P. DURO, “Uma Nova Contextualização”, cit., p. 6.

estabelecido no sentido de que seja transmitido aos alunos, futuros bacharéis, indicações mínimas para o desenvolvimento argumentativo de sua aprendizagem. O que deve ser combatido é a transmissão cega de ideologias ultrapassadas, sem levar em conta as mudanças paradigmáticas sofridas pela sociedade contemporânea¹⁶. Neste sentido, sempre se guardará um lugar para a investigação e o ensino jurídico dogmáticos, somente que agora deve ser reconstruída a nova dogmática de forma aberta e enriquecida através da interdisciplinaridade.

A interdisciplinaridade nada mais é do que a comunicação global entre disciplinas autônomas. Pode ser entendida de duas maneiras distintas: como um novo paradigma científico, privilegiando o tratamento de problemas enxergados em seu conjunto e rejeitando o tratamento disciplinar autônomo¹⁷; ou como consequência de um paradigma aberto e da necessidade de expansão das disciplinas nas diversidades científicas.

Esta interdisciplinaridade estabelece a necessidade do professor-jurista de praticar a sua dogmática e ao mesmo tempo pensar a respeito de sua disciplina e enxergar criticamente posições que não mais se coadunem com a realidade, compreendendo os seus limites e buscando novas saídas através da interrogação de outras realidades científicas.

Isto será concretizado através da consideração do Direito como um todo, rompendo-se as barreiras entre os diferentes ramos do Direito – e também entre outras ciências – no sentido de possibilitar ao aluno a percepção do mundo jurídico como resultado agregado de fatores ideológicos, sociais, políticos, culturais e históricos¹⁸.

Se isto não for praticado, qualquer forma de ensinamento e aprendizado encontrar-se-á reduzida pela falta da necessária perspectiva histórica e sociológica, que poderá tornar inútil qualquer tentativa de conceituação e classificação. Esta constatação nos leva à conclusão de que todos os fenômenos sociais – incluso o Direito – são social e historicamente condicionados, sendo, por este motivo, impassíveis de universalização.

Deste modo, à evidência de que o conhecimento jurídico vem sendo produzido de maneira fragmentada, forma-se um conhecimento limitado,

¹⁶ R. F. PINHEIRO, "Ensino Jurídico na Graduação", cit., p. 218.

¹⁷ P. DURO, "Uma Nova Contextualização", cit., p. 7, ensina que "a disciplina é substituída pelo tema".

¹⁸ Neste sentido, P. DURO, "Uma Nova Contextualização", cit., p. 8, estabelece que "o direito deve ser considerado na sociedade, eticamente, politicamente e economicamente".

ao mesmo tempo que se produz um emaranhado de informações e noções análogas, desagregadas e até mesmo antagônicas, todas tidas como legítimas representações da realidade.

Não é mais possível o estudo do Direito em blocos estanques, como se cada ramo bastasse por si só. É necessário abrir-se gavetas que se encontram fechadas há muito tempo, ou seja, é necessário ter-se uma visão interdisciplinar do Direito, promovendo o conhecimento global. A interdisciplinaridade é o instrumento que passará a reconstruir os paradigmas científicos¹⁹ e repensar a ciência jurídica. Assim, Pedro Duro estabelece que

"o Direito abre-se à interdisciplinaridade, porque a vertigem da História assim o obriga. Já não é possível construir uma ciência sobre a Justiça, fechada sobre si mesma".²⁰

De outro lado, a complexidade das matérias sobre as quais irá o Direito se pronunciar obriga o jurista a ter conhecimento especializado de outras ciências, sem as quais não lhe seria possível estabelecer um discurso jurídico adequado àquela realidade. O jurista deverá ser, por este motivo, o mais eclético dos cientistas.²¹

Não basta mais ao jurista o conhecimento apenas superficial da realidade para a compreender. A crescente complexidade das áreas sobre as quais o Direito intervém – como por exemplo, a biotecnologia – obriga o investigador a se habituar com as outras ciências, usando-as como elementos auxiliares do Direito, complementando o aprendizado jurídico e, em não raras ocasiões, modificando percepções jurídicas tradicionais.

Em conclusão, deve ser buscado o sentido de unidade científica na diversidade. Através de uma visão de conjunto, o jurista dará sentido aos conhecimentos e informações dissociados que recebe, de tal modo que possa reencontrar a identidade do saber jurídico na multiplicidade de conhecimentos.

¹⁹ P. DURO, "Uma Nova Contextualização", cit., p. 7, sustenta que "o objecto é necessariamente contextualizado, necessariamente lido, necessariamente subjectivado. E só pode existir para nós enquanto existir através de nós. É esta postura, simultaneamente humilde e ambiciosa, que caracteriza o novo paradigma científico – válido para as ciências naturais e fruto de uma revolução científica que terá começado com a mecânica quântica de Einstein, válido para as ciências sociais que tardiamente seguiram as ciências naturais em busca de um método seguro e tardiamente se aperceberam do caráter autofágico do método até então adoptado".

²⁰ P. DURO, "Uma Nova Contextualização", cit., p. 9.

²¹ P. DURO, "Uma Nova Contextualização", cit., p. 7.

Bibliografia

- DURO, Pedro. "Uma Nova Contextualização do Direito: a Transdisciplinaridade", *Working Paper*, Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2000.
- FACHIN, Luiz Edson. "Limites e Possibilidades do Ensino e da Pesquisa Jurídica: Repensando Paradigmas", in *Revista Direito, Estado e Sociedade*, Departamento de Direito da PUC-Rio, nº 15, ago/dez. 1999, pp. 61-71.
- FERREIRA DA CUNHA, Paulo. *Pensar o direito*. Tomo II. *Da modernidade à postmodernidade*. Almedina, Coimbra, 1991.
- FLÓREZ-VALDÉZ, Joaquín Arce y. *El Derecho Civil Constitucional*. Madrid, Cuadernos Cívitas, 1986.
- GIORGIANNI, Michele. "O Direito Privado e as suas Atuais Fronteiras", trad. bras. Maria Cristina de Cicco, in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 747, Janeiro de 1998, pp. 35-55.
- IRTI, Natalino. "L'età della decodificazione", in *Revista de Direito Civil*, v. 10, Revista dos Tribunais, São Paulo, Outubro-Dezembro de 1979, pp. 15-33.
- LEWICKI, Bruno. "Panorama da boa-fé objetiva", in *Problemas de direito civil constitucional*, org. Gustavo Tepedino, Rio de Janeiro, Renovar, 2000, p. 66/67
- MORAES, Maria Celina Bodin de. "A Caminho de um Direito Civil Constitucional", in *Direito, Estado e Sociedade*, PUC-Rio, Rio de Janeiro, Revista do Departamento de Ciências Jurídicas, n. 1, 2ª ed., Julho-Dezembro de 1991, pp. 59-73.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-Fé*, Rio de Janeiro, Renovar, 1998.
- PÉREZ, Jesús González. *La Dignidad de la Persona*, Madrid, Civitas, 1986.
- PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. "Ensino Jurídico na Graduação: Ainda Como os Nossos Pais? Modelo, Conformismo e Repetição na Metodologia do Ensino Jurídico", in L. E. FACHIN (coord.), *Repensando fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*, 1 ed., 2 tiragem, Renovar, Rio de Janeiro, 2000, pp. 211-254.
- TEPEDINO, Gustavo. *Temas de Direito Civil*. Rio de Janeiro, Renovar, 1999,

Lei e Direito nas Coleções Legais do Antigo Oriente

Emanuel Bouzon

1. As coleções jurídicas cuneiformes

Quando, em 1902, a expedição arqueológica francesa dirigida por J. de Morgan encontrou, em Susa, uma estela com prescrições legais atribuída ao rei Hammurabi, pensaram seus descobridores estar diante do código legal mais antigo da humanidade. Trata-se de uma estela de diorito com 2,25m de altura, encontrando-se, em sua parte superior, um alto-relevo em que se vê um homem, certamente um rei, em atitude humilde com a mão levantada diante de uma divindade, provavelmente o deus solar Šamaš¹. Essa divindade, sentada em um trono, entrega ao rei as insígnias do poder. A inscrição estende-se por cerca de 51 colunas, escritas com sinais cuneiformes do período paleobabilônico. A estela apresenta uma rasura de cerca de sete colunas na sua parte inferior, feita, provavelmente, pelos próprios elamitas, ao carregarem a estela para Susa, quando do assédio e destruição da Babilônia, sob o comando de Šutruknaunte, no início do século XII a.C. (cf. Edzard, a, p.199; Klengel, b, p.145). Os descobridores da estela levaram-na para o Museu do Louvre, em Paris, e o epigrafista da expedição, Vincent Scheil, em poucos meses de trabalho, conseguiu detectar a sua natureza, decifrar sua escrita e apresentar uma

¹ Alguns assiriólogos pensam tratar-se do deus principal de Babel, Marduk. Cf. Gadd (p.90); Klengel (a, p.144); Klima (p.244).

boa tradução para o texto². Scheil dividiu a estela em 282 parágrafos e estabeleceu como princípio divisor dos diferentes parágrafos a partícula acádica *šumma* = "se", que se encontra no princípio de cada prescrição legal. Como hipótese de trabalho, estipulou, também, que a parte rasurada teria contido 35 parágrafos³; porém, sabe-se, hoje, que se perderam mais de 35 parágrafos. A descoberta dessa estela foi muito importante não só para os historiadores do direito comparado, mas, principalmente, para a Assiriologia, que, na época, estava dando os primeiros passos como disciplina independente. A estela de Hammurabi representa justamente um texto exemplar de gramática e escrita paleobabilônicas.

Não demorou muito tempo, contudo, para que os especialistas percebessem não serem as prescrições legais da estela de Hammurabi as mais antigas leis da humanidade. Em 1907, F. Thureau-Dangin publicava algumas inscrições do Ensi de Lagaš, Uruinimgina, por meio das quais se podia perceber a preocupação desse governante com relação ao direito e à justiça (cf. Thureau-Dangin, 1907, p.42s; Steible, 1982, p.137s; Cooper, 1986). Essas inscrições não constituem coleções legais, uma vez que elas eram, geralmente, classificadas como textos de uma reforma social (cf. p. ex. Kramer, 1963, p.79-83). A tendência hodierna, contudo, é antes considerá-las como obras de caráter propagandista com a finalidade clara de justificarem os direitos de um usurpador ao trono (cf. Liverani, 1988, p.199s.; Postgate, 1994, p.268s.; Pettinato, 1991, s.234).

Após a Segunda Guerra Mundial, uma expedição arqueológica iraquiana descobriu, em suas escavações em uma localidade chamada Tell Harmal,⁵ nos anos de 1945 e 1947, duas tábuas de argila escritas com sinais cuneiformes datadas do período babilônico antigo. Essas tábuas encontram-se, hoje, no museu do Iraque, inventariadas com as siglas IM

² Essa tradução da estela foi publicada em *Mémoire de la Délégation en Perse*, Paris, 1908, v. X.

³ Os parágrafos rasurados nas colunas XVII-XXIII da estela de Hammurabi podem, hoje, ser reconstruídos a partir de fragmentos e duplicatas que arqueólogos encontraram nos últimos anos. Como os parágrafos perdidos são, certamente, mais de 35, como propôs Scheil, costuma-se introduzir os parágrafos reconstruídos com letras em vez de algarismos, como fazem, por exemplo, G. R. Driver e J. C. Miles em *The Babylonian Laws*, II, p. 34-43.

⁴ Uruinimgina é a nova leitura do nome de Urukagina, proposta por W. G. Lambert em *Or NS 39* (1970, p.419). Uruinimgina governou Lagaš, aproximadamente, entre os anos 2351 e 2342 a.C.

⁵ Sobre a localização de Tell Harmal e sobre os trabalhos arqueológicos nesse sítio, ver: *Sumer*, n.2, p.12-13, 22-29, 1946; n.4, p.137s, 1948.

51059 e IM 52614. O assiriólogo A. Goetze foi quem primeiro identificou-as, tendo-as denominado tábuas A e B. Goetze percebeu que as duas tábuas abrigavam uma única coleção jurídica e que, de alguma maneira, completavam-se; contudo, notou que as diferenças ortográficas e gramaticais nelas existentes não lhe permitiam datá-las de uma mesma época (cf. Goetze, 1956, p.5s).⁶ Ainda que ambas tenham sido escritas em língua acádica, não se trata de cópias oficiais da coleção jurídica registrada, mas de tábuas usadas para treinamento de escribas. A tábua A, a maior das duas, está quase completa, mas é de difícil leitura devido ao tipo de escrita usado e a algumas lacunas verificadas no texto (cf. Goetze, 1956, p.3); por sua vez, a tábua B não está com sua parte inferior em bom estado de conservação. Uma vez que a localização do sítio arqueológico Tell Harmal, uma pequena localidade ao sul da atual Bagdad (cf. Taha Baquir, 1949, p.35s), corresponde provavelmente à da antiga cidade de Šuduppum, que pertencia ao reino de Ešnunna, Goetze denominou esse conjunto de prescrições jurídicas de Leis da Cidade-Reino de Ešnunna⁷. Embora nenhum texto original desse conjunto legal seja hoje conhecido, admite-se, como período de composição das leis de Ešnunna, o reinado de Naramsin ou de seu irmão Daduša, portanto, entre os anos 2254 e 1787 a.C. (Bouzon, 2001b, p.26s).⁸

Desde o ano 1919, a assiriologia conhecia, também, uma outra coleção jurídica (cf. Lutz, 1919, Plate 100-102), escrita em língua suméria, atribuída ao semita Lipit-İštar, quinto rei da dinastia de Isin⁹. O texto cuneiforme dessa coleção conservou-se em quatro tábuas de argila, três das quais foram encontradas nas escavações norte-americanas de Nippur,¹⁰ tendo sido a quarta publicada por M. Civil (1965, p.1-12).¹¹

⁶ De acordo com as camadas arqueológicas em que as tábuas foram encontradas, Goetze datou a tábua A no reinado de Daduša e a tábua B em um período um pouco mais tardio.

⁷ Para uma vista panorâmica da história da cidade-reino de Ešnunna, ver: Frankfort-Lloyd-Jacobsen (p.196s.); Bouzon (2001, p.15-26).

⁸ É hoje totalmente ultrapassada a opinião de Goetze, autor que propunha como tempo de composição dessas leis o reinado de Bilalama, um contemporâneo de Šu-ilišu de Isin (cerca de 1984-1975 a.C.). O próprio Goetze, em seu texto de 1956, abandona *bí-la-ila-a-ma* como possível leitura para a lacuna de A, I, 2, conforme propusera em *Sumer*, n.4, p.63-91, 1948.

⁹ Lipit-İštar reinou nos anos de 1934 a 1924 a.C. Ele é reconhecido no prólogo e epílogo dessa coleção como seu autor. Cf. Edzard (1957, p.93-98) e Liverani (1988, p.326s).

¹⁰ Os textos cuneiformes dessas tábuas foram publicados por Lutz na obra acima citada.

¹¹ Uma pequena parte do prólogo foi encontrado por H. de Genouillac no Louvre e publicada em *TCL 14,34*.

A primeira edição dessa coleção foi publicada por Steele em 1948.¹² A coleção jurídica de Lipit-Ištar apresenta a mesma estrutura literária da estela de Hammurabi, possuindo prólogo, corpo de leis e epílogo.

O conhecido sumerólogo Samuel N. Kramer publicou, em 1952,¹³ uma coleção de prescrições jurídicas atribuídas ao rei Ur-Nammu, fundador da Terceira Dinastia de Ur¹⁴. Essa coleção parece ter sido disposta, também, conforme o esquema Prólogo, Prescrições, Epílogo¹⁵. Infelizmente, são poucos os testemunhos que conservaram o texto dessa coleção de direito em escrita cuneiforme: apenas três tábuas de exercício de escribas, datadas do período babilônico antigo. A tábua A é originária da cidade de Nippur (Kramer, 1954, p.40-51; Finkelstein, 1968-1969, p.66-82; Roth, 1997, p.13-22); a tábua B, de Sippar, uma cidade do norte (Yildiz, 1968-1969, p.87-97 + Tab. II-IV), e a tábua C, de Ur, localizada ao sul da Babilônia (Gurney & Kramer, 1965, p.13-19).

O texto YOS 1,28 (Clay, 1915) constitui um outro interessante testemunho da tradição jurídica do período paleobabilônico. Trata-se de uma tábua cuneiforme conservada em estado bastante lacunar, proveniente de Nippur e um pouco mais antiga que a coleção jurídica de Lipit-Ištar (cf. Klíma, RLA, 3, p.250¹⁶). A tábua em questão conservou nove prescrições, nem sempre de fácil compreensão, cuja temática encontra paralelos em coleções jurídicas mais recentes (cf. Klíma, RLA, 3, p. 251.). O texto dessas prescrições está escrito em língua suméria, sendo que elas foram compostas em estilo casuístico, introduzidas pela partícula *tukumbi* = "se".

Deve-se mencionar também, neste contexto, a série bilingüe *Ana ittišū* (Landsberger, 1937). Essa coleção composta de textos para uso de

¹² Para outras traduções dessa coleção, ver: Kramer (p.159s.); Szelchler, RA 51(1957, p.57s.; 177s.); 52 (1958, p. 74s.); Lutzmann (p. 23s); Roth (1997, p.23-35); Klíma, RLA 3 (p.248s).

¹³ Cf. Or NS 23, 1952, p.40-48. A. Falkenstein publicou textos suplementares em Or NS 23 (1952, p.49-51).

¹⁴ O tempo de reinado de Ur-Nammu deve ser situado entre os anos de 2111 a 2094 a.C. Para a história de Ur III, ver Edzard, Fischer Weltgeschichte 2, p.129-264. Alguns autores julgam que se deva atribuir essa coleção ao sucessor de Ur-Nammu, Šulgi (2094-2047 a.C.), conforme propõe Kienast (1994, p.18).

¹⁵ O epílogo não foi conservado em nenhuma das tábuas cuneiformes que transmitiram essa coleção.

¹⁶ Klíma pensa tratar-se de uma coleção de leis vigente no norte da Babilônia. Essa opinião é, contudo, insustentável, já que a tábua é originária de Nippur. Cf. Edzard (1957, p. 98, nota 473).

aprendizagem na escola babilônica (É.DUB.BA.A) é, hoje, conhecida principalmente graças às cópias neoassírias de tábuas cuneiformes antigas encontradas na biblioteca do rei assírio Assurbanipal. Essa série foi, provavelmente, compilada em Nippur no período babilônico antigo e prestava-se ao uso didático na É.DUB.BA dessa cidade (Landsberger, 1937, p.III; Klíma, RLA 3, p.251). A maior parte da obra consta de formulários, que, certamente, serviam de modelos para introduzir os escribas principiantes na arte de compor contratos e outros documentos jurídicos; mas essa série transmitiu, também, textos que podem ser classificados como prescrições legais. Assim, na tábua 7, III, 23- IV, 22, encontram-se sete prescrições, as quais a literatura especializada costuma chamar de leis sumérias da família. Do ponto de vista formal, elas são formuladas em estilo casuístico e introduzidas pela partícula acádica *šumma* = "se". As duas primeiras prescrições tratam do caso de um filho que se nega a reconhecer seu pai ou sua mãe (MSL I, p.101f; táb. 7, III, 22-33); as duas seguintes abordam o caso de rejeição ilegal de um filho por parte de seus pais (MSL, I, p.102, táb. 7, III, 34-45); a quinta e a sexta prescrições mencionam casos em que a dissolução de um casamento é punida (MSL, I, p.103, táb. 7, IV, 1-12); e a última prescrição considera o caso da perda de um escravo alugado (MSL, I, p.103s., táb. 7, IV, 12-23). Em uma tábua cuneiforme, proveniente de Assur, cujo texto pode ser considerado um acréscimo à tábua 7 da Série *Ana ittišū*, foram conservadas cinco prescrições as quais registram regulamentações sobre moratórias em casos de dívidas¹⁷. Um fragmento de Assur, KAV 8, que Landsberger classifica como um Apêndice à quarta tábua da série (MSL, I, p.V; 68s), transmite três prescrições relativas a ferimentos em bois, análogas a prescrições veiculadas nas coleções jurídicas de Lipit-Ištar e de Hammurabi (cf. CH §§ 246-248; CL §§ 34-37).

Em inscrições reais, listas de datas, cartas e documentos jurídicos do período babilônico antigo encontram-se mencionados atos reais, cuja finalidade era, sem dúvida, restaurar a ordem e a justiça na sociedade babilônica (cf. Edzard, p.68s.; 93-98; Kraus, 1984, p.1-109; Bouzon,

¹⁷ Cf. MSL, I, p.105, táb. 7, Anhang III, I'-19'. Essas cinco prescrições constituem, sem dúvida, o ponto central desse texto. É interessante notar-se aqui que os juros previstos são, como nas leis de Ešnunna e como na estela de Hammurabi, de 33 1/3 % em casos de empréstimos em cevada e de 20% em casos de prata.

1995, p.11-30). Tais atos descrevem, sempre, uma intervenção do rei na sociedade e na economia do reino e significam uma suspensão temporária do direito vigente e de direitos adquiridos. Essa instituição paleobabilônica é normalmente descrita pela formulação suméria *nì.si.sá gar e*, muitas vezes também, em acádio, por *mišaram*¹⁸ ou *«imdatam»¹⁹ šakānum*. Deve-se aqui, certamente, interpretar os termos acádios *mišarum* e *«imdat šarrim*, no período paleobabilônico, como um tipo de decreto real que institua um estado de exceção, cuja finalidade principal era, sem dúvida, sanar problemas econômicos (Bouzon, 1995, p.19s). Esses tipos de decretos reais representaram, pois, para a sociedade babilônica, verdadeiros atos de anistia, que anularam determinados contratos de compra e venda e perdoaram dívidas contraídas com o Estado e com o setor privado. Mas esses decretos atingiam, apenas, dívidas provenientes de impostos ou de hipotecas, jamais dívidas contraídas para fins especulativos (Bouzon, 1995, p.28).²⁰ Todos os testemunhos do período babilônico antigo parecem, contudo, limitar o uso da formulação *«imdat šarrim* para descrever tais atos reais ao reinado de Rim-Sîn; mais tarde, tais decretos seriam expressos pelo termo *mišarum* (cf. Bouzon, 1995, p.29; Charpin, 1992; Charpin, 1991). No fim do período paleobabilônico, esses decretos tornaram-se mais abrangentes e deram origem aos editos reais. Hoje, pode-se compreender melhor o significado e o alcance social de tais medidas reais graças ao conhecimento dos textos de editos de dois reis da dinastia de Hammurabi, Samsuiluna (1749-1721 a.C.) e Ammisaduqa (1646-1626 a.C.)²¹. As determinações jurídicas desses editos são formuladas em estilo casuístico, sendo introduzidas, geralmente, pela expressão *lú ša* ou *munus ša*, ou às vezes, também, pela partícula acádia *šumma*.

Do período posterior a Hammurabi, a tradição jurídica da antiga Mesopotâmia conhece, ainda, uma tábua cuneiforme com prescrições legais do período neobabilônico.²² Trata-se de uma tábua de argila

¹⁸ Sobre o significado de *mišarum*, v. CAD, "M II", p.116s.

¹⁹ Sobre o significado de *«imdatum*, v. CAD, TM, p.194s.

²⁰ Compare tb. TCL 10, 40A, 19-20.

²¹ Uma tradução alemã com comentários desses editos encontra-se em Kraus (1984, p.154s).

²² O texto cuneiforme dessa tábua de argila foi publicado por Peiser em SPAW, Berlin 1889, p.823-828 + táb. VI-VII. O texto foi, também, trabalhado por B. Meissner, SPAW, Berlin 1918, p.280s, e por G. R. Driver & J. C. Miles, *The Babylonian Laws*, II, Oxford 1955, p.324s. Cf. tb. V. Korosec, *Keilschriftrecht*, HO I, E, III, Leiden (1964, p. 188s); H. Petschow (RLA 3, p.276s). As traduções mais recentes dessa coleção são a alemã publicada por R. Borger, em TUAT, I, p.92-95, e a inglesa de M. T. Roth, *Law Collections*, p.143-149.

conservada no British Museum, sob a sigla BM 56.606, cujo tipo de escrita cuneiforme situa o seu tempo de composição nos séculos sétimo ou sexto da era pré-cristã. Essa tábua cuneiforme traz, contudo, uma cópia do texto e não o seu original; é, por isso, praticamente impossível determinar-se a data exata em que foi redigida essa coleção neobabilônica. A tábua de Londres conservou seis colunas com cerca de 15 prescrições, que tratam de propriedade de campos, de casamento e de heranças. A coleção, como foi conservada, não apresenta nem prólogo nem epílogo, e suas diferentes prescrições jurídicas são introduzidas pela construção relativa *amēlu ša* ao invés da forma costumeira, com uma frase condicional introduzida por *šumma*.

A Assiriologia conhece, ainda, uma coleção jurídica proveniente de Assur e identificada, geralmente, como as leis assírias. Essa coleção foi transmitida, essencialmente, por 14 tábuas cuneiformes originárias de Assur e conservadas, hoje, no Museu de Berlim. Elas foram redigidas por meio de uma escrita cuneiforme do período conhecido como assírio médio e devem ser datadas, provavelmente, no tempo do reinado de Tigletpileser I.²³ O assiriólogo alemão O. Schroeder publicou, em 1920, nove dessas tábuas,²⁴ e E. Weidner, em 1937, as outras cinco.²⁵ Recentemente, J. N. Postgate (1979, p.19s) publicou uma tábua cuneiforme proveniente de Nínive, com prescrições jurídicas, que, provavelmente, pertenceu, também, à coleção jurídica do período assírio médio. A tábua A, que P. Koschaker (1921, p.81) denominou "Rechtsspiegel für Frauen", é a melhor conservada e trata, em todas as suas prescrições, da mesma temática: direitos e obrigações das mulheres. As prescrições jurídicas das outras tábuas abrangem diferentes áreas do direito, como direito de propriedade, escravos, dívidas etc. Essas tábuas não se conservaram, contudo, tão bem como a tábua A.²⁶

²³ O reinado de Tigletpileser I deve ser datado nos anos 1115-1076 a.C.

²⁴ Tábua A (VAT 10000), p.1-14; B (VAT 10001), p.14-18; C (VAT 1093), p.20-21; D (VAT 9575), p.18; E (VAT 9839), p.19; F (VAT 10100), p.19; G (VAT 10266), p.89; H (VAT 11684), p.89; J (VAT 11153), p.106-107.

²⁵ AFO 12 (1937-1939), p.46-54; tábua K (VAT 14388), Pl. V; L (VAT 14426), Pl. III; M (VAT 13221), Pl. VI; N (Assur 23078) Pl. VII; O (Assur 5732) Pl. V.

²⁶ Uma edição clássica dessa coleção de leis médio-assírias é ainda a de G. R. Driver & J. C. Miles, *The Assyrian Laws*, Oxford, 1935. Uma tradução francesa com comentários mais recente é a de G. Cardascia, *Les Lois Assyriennes*, Paris, 1969. Uma nova edição dessa coleção é a de C. Saporetti, *Le Leggi Medioassire*, Malibu, 1979. A tradução de R. Borger, TUAT I, p.92-95, trabalha apenas com a tábua A. Completa é a tradução inglesa de M. T. Roth, *Law Collections*, p.153-209.

Fora do mundo assiro-babilônico, conhecem-se, hoje, uma coleção jurídica hitita (cf. Friedrich, 1959) e as leis bíblicas.²⁷

2 Tipologia e pressupostos sociais

As diversas coleções jurídicas apresentam algumas diferenças essenciais de tipologia, tanto no aspecto formal como no social. Em relação à forma literária, os diversos parágrafos legais são, normalmente, formulados em estilo casuístico,²⁸ constando de uma prótase, com a descrição do caso, e de uma apódose com a determinação da sanção prevista para aquela determinada infração (cf. Bottéro, 1987, p.207s). Ainda quanto ao aspecto formal, pode-se observar que algumas coleções legais apresentam-se sob uma estrutura tripartida em prólogo-corpo de leis- epílogo, como no caso das coleções atribuídas a Ur-Nammu,²⁹ Lipit-Ištar e a Hammurabi. Outras coleções foram transmitidas sem prólogo nem epílogo, como as leis de Ešnunna, as leis médio-assírias e as leis hititas. Essa diferença não constitui, certamente, apenas um problema de transmissão, mas, como será visto adiante, ela indica uma diferença de gênero literário. Em aberto, permanece ainda o problema de como se explicarem a origem e o uso de prescrições casuísticas nessas coleções legais.³⁰

Uma simples análise do conteúdo dos diferentes corpos jurídicos mostra, outrossim, que existem pressupostos sociais distintos em diversas prescrições dessas coleções legais cuneiformes. Assim, enquanto os “códigos” de Ur-Nammu e de Lipit-Ištar trabalham com uma concepção de sociedade bipartida entre homens livres e escravos, as leis de Ešnunna e a estela de Hammurabi dividem a sociedade paleobabilônica em três grupos sociais: o *awilum*, o *muškênum* e o *wardum*. Ao *awilum* pertencia

o homem livre, com todos os direitos de um cidadão, sendo que esse grupo constituía a camada mais ampla, embora muito diferenciada, da sociedade babilônica (cf. Röllig, p.233-236). O segundo grupo é referido, na estela de Hammurabi, sistematicamente, pelo sumerograma MAŠ.EN.KAK; já as leis de Ešnunna invertem o sumerograma para MAŠ.KAK.EN;³¹ nos demais textos do período babilônico antigo é, em geral, preferida a escrita silábica para o título *muškênum*.³² Conhece-se, hoje, muito pouco sobre a natureza e função desse grupo na sociedade do período babilônico antigo;³³ porém, os textos dessa época parecem classificá-lo como uma camada própria da sociedade paleobabilônica, situada entre os homens livres e os escravos. Especialmente as coleções jurídicas da época registram uma dependência marcante do *muškênum* em relação ao rei e ao palácio. A camada mais baixa da sociedade babilônica era constituída pelos escravos, os quais representavam, contudo, tanto na sociedade suméria como na paleobabilônica, uma minoria. Eles eram recrutados principalmente em guerras e razias que tomavam lugar nas regiões montanhosas,³⁴ e seu papel como força de trabalho na sociedade babilônica não pode ser considerado relevante (cf. Bouzon, 1990, p.37-53). Na documentação de Ur III (2111-2003 a.C.), começam a aparecer, também, menções a um novo tipo de escravidão, em que homens livres onerados por dívidas vendiam suas esposas, seus filhos ou a si mesmos como escravos para pagar, com o trabalho servil de sua família, essas obrigações (cf. Falkenstein, 1956, p.84).³⁵ A estela de Hammurabi parece reconhecer, em seu parágrafo 117, a legitimidade desse costume, mas limitando em três anos o tempo dessa modalidade de escravidão.³⁶

³¹ Sobre a discussão do significado desse sumerograma, v. Kraus (1973, p.110). A equivalência desse sumerograma com o termo acadico *muškênum* é testemunhada pelas listas. Cf. MSL 9,241; 12, 238; OECT 4, 153, II, 46.

³² Cf., p. ex., ARM II, 55,29: 61,25; 80,10; III,79,9; V,25,7; 81,5; 86,2.

³³ Cf. CAD M II, p. 272; AHw, p.684, traduz o termo como *Palasthöriger*, portanto, alguém dependente do palácio. Cf. tb. Kraus (1973, p.110s); Bouzon (2001, p.36s.); Bouzon, *O Código de Hammurabi*, p. 33s. Para uma ajuda bibliográfica, v. Bouzon, *O Código de Hammurabi*, p.35, n. 124.

³⁴ Note-se, por exemplo, que o sumerograma GÊME, que indica a *escrava*, é formado pelos sinais cuneiformes MÍ= mulher e KUR= montanha, o que parece sugerir que a escrava era uma mulher trazida das montanhas.

³⁵ Sobre o problema do endividamento de grande parte da população livre da Babilônia e suas conseqüências sociais, ver Bouzon (1995, p.22s; 2000, v.I, p.47-69).

³⁶ Cf. §§ 196-205. Aqui, a pena imposta é medida tanto pela sua gravidade como pela posição social da vítima.

²⁷ Pode-se citar, nesse contexto, as leis do chamado *Livro da Aliança*, o corpo de leis deuteronômicas e o corpo de leis da Obra sacerdotal de história (cf. Crüseman, 1992; Auch, 1990, ex. 20, 22, 23, 33; Osumi, 20, 22bb, 23, 1991; Otto, 1991, p.421-27; Otto, 1993, ex. 20, 22b, 23, 33, p.153-165).

²⁸ Os corpos legais bíblicos apresentam, também, um outro tipo de formulação, conhecida como apodítico, cujo melhor exemplo é aquela usada no decálogo (cf. Alt, 1959, p.302s). Nas coleções cuneiformes, podem-se citar provavelmente, como exemplos de formulação apodítica, os §§ 14, 15 e 16 das Leis de Ešnunna (cf. Bouzon, 2001, p.81s.; Otto, 1989, p.57s).

²⁹ Nas tábuas cuneiformes que transmitiram o “Código” de Ur-Nammu, conservou-se, apenas, o prólogo; originariamente, contudo, havia certamente, também um epílogo.

³⁰ Ver a discussão acerca desse problema em Renger (1994, p.41s).

Nas prescrições relativas ao campo do direito penal, detecta-se, também, uma distinção essencial entre as coleções jurídicas mais antigas e a estela de Hammurabi, as leis bíblicas e as leis assírias. Ur-Nammu (§§ 19-22) e Ešnunna (§§ 42-48; 53-58) adotaram um sistema de composição legal em relação às lesões corporais. De acordo com esse sistema, o autor da infração devia ressarcir a sua vítima, ou os parentes do lesado, com uma indenização pecuniária fixada pelo juiz. Em Ešnunna, onde havia uma divisão social diferente daquela encontrada na sociedade de Ur-Nammu, a quantia da compensação pecuniária era fixada em função não só da gravidade da lesão corporal causada, mas, também, da posição jurídica e social da vítima. Nas tábuas cuneiformes que transmitiram a coleção legal de Lipit-Ístar, não se conservaram prescrições relativas a lesões corporais. Já a estela de Hammurabi,³⁷ as leis assírias³⁸ e as leis bíblicas³⁹ adotaram o princípio conhecido como lei de talião – do latim *talis* – para punir os diferentes casos de lesões corporais. Pelo princípio de talião, era imposta, ao agressor, o mesmo tipo de ofensa causada à vítima, ou era punido o órgão agressor. De acordo com a estela de Hammurabi, contudo, o princípio de talião era aplicado somente se a vítima fosse um homem livre; em agressões a um *muškênum* ou a um escravo, era aplicado o princípio de compensação pecuniária (Cf. Renger, 1994, p. 34). Levantase, aqui, naturalmente, a questão sobre a origem de um regulamento do tipo talião e sobre o significado e motivos de sua aplicação no contexto social da antiga Mesopotâmia. Evidentemente, em uma sociedade em que o direito de vingança era comumente aceito, a aplicação de um tal princípio parece indicar um certo progresso social, já que, nesse tipo de sociedade, um princípio como o de talião protegia a vida do agressor contra uma vingança exagerada por parte dos familiares da vítima. Contudo, na Baixa Mesopotâmia do terceiro e segundo milênios da era pré-cristã, civilização que já conhecia e aplicava o princípio de compensação pecuniária em casos de agressões corporais, a introdução do preceito de talião na vida jurídica do País, como foi registrado pelos

³⁷ Cf. A §§ 50; § 55.

³⁸ Cf. Ex. 21, 18-25. O assim chamado Código da Aliança, em Ex 21, 23-25, resume a pena de talião na seguinte fórmula: “Se houver dano então pagarás vida por vida, olho por olho, dente por dente, mão por mão, pé por pé, queimadura por queimadura, ferimento por ferimento, contusão por contusão”. Cf. tb. E. Otto (1991).

³⁹ Cf. §§ 198; 201; 204; 208; 211-212; 213-214.

escribas de Hammurabi, parece indicar um retrocesso na praxe dos tribunais babilônicos. A adoção desse princípio esteve, provavelmente, ligada ao grupo social dos amoritas, marcados por sua vivência anterior não-sedentária, os quais influenciaram muito na formação da dinastia de Hammurabi. Hoje já há autores, como G. Cardascia, que julgam representar o sistema de compensação pecuniária um estágio mais primitivo do que o da aplicação do princípio de talião, visto que este protegia melhor a vida e a integridade da pessoa, atribuindo-lhe, assim, um valor ético superior (cf. Cardascia, 1979, p.176; Diamond, 1957, p.151-155). Como se pode constatar, uma resposta ao problema da origem, do valor e do significado do princípio de talião no direito do Oriente Próximo antigo continua sem uma resposta satisfatória e definitiva.

3 A discussão sobre a natureza das coleções legais do Oriente Antigo

Questões relativas à composição, à natureza e à validade das coleções jurídicas cuneiformes têm sido constantemente levantadas dentro do contexto da vida jurídica do Antigo Oriente. Quando, em 1902, V. Scheil publicou a estela de Hammurabi, classificou-a como código, criando assim uma espécie de precedente. Desde então, começaram alguns assiriólogos e, principalmente, os historiadores do direito comparado a considerar as coleções jurídicas cuneiformes como codificações do direito consuetudinário vigente. Assim, em 1917, P. Koschaker caracterizou as prescrições da estela de Hammurabi como leis e como reforma do direito vigente.⁴⁰ Percebeu-se porém, logo, que a obra dos escribas de Hammurabi não podia ser classificada como uma codificação do direito paleobabilônico. Essa mesma qualificação valia, também, para as outras coleções jurídicas do Antigo Oriente. Considera-se, hoje, como um código de leis o resultado da coleção de todo o direito consuetudinário vigente ou de uma parte dele, cuja compilação tem por finalidade criar um livro

⁴⁰ Cf. P. Koschaker, *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurabis*, Leipzig, 1917. Na p.2 dessa obra, o autor escreve: “... Man hat den KH als Präjudiziensammlung, als Kodifizierung des bestehenden Gewohnheitsrechts, als Sammlung älterer Gesetze charakterisiert, wobei man natürlich annimmt, daß der Gesetzgeber im einzelnen auch Neuerungen gegenüber dem früheren Recht in sein Werk aufgenommen hat. Die letztere Auffassung kann derzeit wohl als die vorherrschende bezeichnet werden und ist m.E. auch die richtige”.

de leis que todos os juízes devam seguir em suas sentenças. Diante de uma definição desse tipo, pode-se, certamente, concluir que a finalidade dos autores da estela de Hammurabi e dos compiladores das demais coleções do direito do Antigo Oriente não tenha sido a de criar um código de leis, já que diversos setores da vida social e econômica do mundo antigo não foram abordados nas coleções conhecidas. Havia, pois, normas e regras que regiam a vida jurídica cotidiana as quais as coleções conhecidas não assumiram. Aliás, a preocupação em se codificar todo o direito consuetudinário vigente em um código é relativamente nova; como observa Preiser, ela data dos últimos duzentos anos.⁴¹ Na antiga Mesopotâmia, vigorou, durante todos os períodos de sua história, o direito consuetudinário, que era transmitido oralmente (cf. Haase, RLA 3, p.322s); concomitantemente, existiam os decretos reais (cf. Bouzon, 1995, p.11-30) e outras normas administrativas. Além disso, como observa Renger, essas fontes do direito eram profundamente marcadas por um caráter regional e até grupal (cf. Renger, 1994, p.46). Nesse contexto, a posição de Koschaker, defendendo o caráter de lei das prescrições da estela de Hammurabi, não podia tornar-se uma solução aceita unanimemente e, por isso, a discussão continuou.

W. Eilers, um historiador do direito comparado, discípulo de Koschaker e de Landsberger, certamente por influência do assiriólogo Landsberger, levantou sérias dúvidas a respeito do caráter de lei das prescrições da estela de Hammurabi (cf. Eilers, 1932).⁴² O próprio Landsberger mostrou, em um artigo memorável publicado em 1939, à luz do material cuneiforme existente, que os babilônios não conheciam um termo próprio para expressar, exclusivamente, o conceito "lei" (Landsberger, 1939, p.219-234). Além disso, Landsberger acenou, também, para o fato de que, nas inúmeras tábuas cuneiformes registrando contratos e decisões judiciais, não se encontram, nunca, expressões como "observar a lei", "julgado de acordo com o § x da lei" etc.⁴³ Como se

⁴¹ Cf. Preiser (1969, p.32): "Kodifikationen, die diesen Namen verdienen begegnen erst in den letzten zweihundert Jahren. Alle früheren Gesetzgebungen beschränken sich auf solche Rechtsätze, die zu fixieren eine besondere Veranlassung vorlag".

⁴² Na p.2 da obra, Eilers escreve: "...das große Gesetzgebungswerk des Königs nur Representation geblieben und niemals Rechtswirklichkeit geworden sei".

⁴³ Cf. Landsberger (1937, p.220): "... Daher fällt es bei der Frage nach der Bedeutung der Gesetze in Leben der Menschen und in der Praxis der Gerichte vielleicht schwer ins Gewicht, wenn wir das Fehlen der Ausdrücke feststellen, die sich naturgemäß mit der lebendigen Existenz der Gesetze verbinden: 'die Gesetze beobachten'; 'übertreten'; 'Geltung der Gesetze'; 'verurteilt nach § x des Gesetzes'..."

pode ver, a argumentação de Landsberger baseia-se, principalmente, em um "argumentum e silentio", ou seja, na falta absoluta de alusões às coleções jurídicas nos processos judiciais da época, o que certamente constitui uma base de argumentação bastante tênue, já que não se pode comprovar se, no período estudado, era costume fundamentar-se as sentenças com a citação dos parágrafos legais implicados. A continuidade da discussão desse problema foi interrompida pela Segunda Guerra Mundial.

Já em 1960, em uma conferência apresentada durante o 9. Rencontre Assyriologique Internationale, realizado em Genebra, F. R. Kraus assumiu, como já fizera em sua aula inaugural em Viena, uma posição radicalmente contrária àquela que asseverava o caráter de lei das prescrições da estela de Hammurabi.⁴⁴ Kraus (1960, p.288) classificou a estela de Hammurabi como "Werk der Literatur im eigentlichen Sinn", uma vez que o processo de composição das prescrições da estela não constituía uma atividade jurídica, mas um exercício protocientífico da escola babilônica, a É.DUB.BA.A, a qual produziu listas, coleções de prognósticos, tratados de medicina etc. Tais escritos não podem, pois, ser classificados como leis e como tal, provavelmente, nunca tenham valido. Kraus seguiu sua argumentação mostrando que os próprios escribas de Hammurabi classificavam os parágrafos da parte central da estela como *dināt mišarim*, cuja melhor tradução, dado o lugar onde se encontra, seria "as justas sentenças". Assim, os escribas interpretavam o material jurídico da estela como uma coleção de sentenças justas proferidas pelo próprio rei Hammurabi (cf. Kraus, 1960, p.284-286).⁴⁵ A tese de Kraus contra o caráter de lei das prescrições da estela de Hammurabi foi, geralmente, bem aceita pelos assiriólogos,⁴⁶ e J. Bottéro reassumiu-a e desenvolveu-a em um trabalho sobre a estela de Hammurabi publicado em 1982.

Um novo aporte para uma melhor compreensão do processo de composição das coleções jurídicas do Antigo Oriente foram, sem dúvida, os dois trabalhos de R. Westbrook publicados em 1985 e em 1989. No primeiro deles, Westbrook faz um interessante estudo comparativo em

⁴⁴ A conferência de Kraus recebeu o título *Ein zentrales Problem des altmesopotamischen Rechtes. Was ist der Codex Hammurabi?* e foi publicada em *Genava*, n.8, p.283-296, 1960.

⁴⁵ Aliás, em 1952, G. R. Driver e J. C. Miles, na obra clássica *The Babylonian Laws*, I, p.48, já escreviam: "On the face of them, the Laws are a collection of decisions on the fact of a number isolated cases".

⁴⁶ Cf., p. ex.: Renger (1975-1976), Krecher (1980) e Sauren (1989).

que são incluídos não só as sete conhecidas coleções jurídicas cuneiformes, mas também dois corpos legais do Antigo Testamento, o chamado Livro da Aliança e o Deuteronômio. Em um primeiro momento, o autor posiciona-se contra Finkelstein, que interpreta as coleções jurídicas babilônicas como uma apologia real (cf. Finkelstein, 1961, p.91-104). Westbrook contesta, outrossim, a posição de Kraus, que considera essas coleções como simples obras literárias compiladas na É.DUB.BA.A a título de exercícios para os escribas. Como as listas e as coleções de presságios, as coleções do direito cuneiforme constituem uma ciência aplicada e foram elaboradas segundo o mesmo processo de composição de outras obras da É.DUB.BA.A. As coleções de presságios foram compiladas como obras de consulta com a finalidade prática de auxiliarem os *bārû* na solução de casos difíceis.⁴⁷ Assim, coleções de decisões judiciais podem ter sido compostas como obras de referência para ajudarem os juízes na solução de casos mais complicados.⁴⁸ Infelizmente, nenhum documento comprova algum tipo de consulta, quer do *bārû* em relação à coleção de presságios, quer de juízes em relação às coleções jurídicas. Westbrook julga, contudo, ter detectado, nas próprias coleções, alguns indícios que apontam para esse tipo de uso das coleções jurídicas. A coleção conhecida, hoje, como leis médio-assírias, conservada nas 14 tábuas de Assur, não pertenceu a nenhuma inscrição real⁴⁹ e nem agrupa meras tábuas de exercício de escribas; elas foram encontradas em uma localidade conhecida como a porta de Šamaš, o deus da justiça, onde parece ter existido um lugar para a realização de julgamentos.⁵⁰ No caso das leis hititas, os indícios que mostram o caráter de ciência aplicada dessa coleção apresentam-se ainda mais fortes. As tábuas que transmitiram essa coleção jurídica não são simples tábuas para exercícios de escribas, já que elas foram encontradas em arquivos reais, não podendo, a despeito disso, ser classificadas como uma inscrições reais (cf. Westbrook, 1985, p.255).

⁴⁷ Westbrook, em RB 92, p.252, escreve: "The omenseries were compiled for a very practical purpose: to be used as reference works by diviners when they sought to determine the significance of an ominous feature (as in extispicy) or event".

⁴⁸ Cf. R. Westbrook, *ibid.*, p. 254: "We suggest that the compiling of lists of legal decisions basically served a similar purpose. They were a reference work for consultation by judges when deciding difficult cases".

⁴⁹ Em nenhuma das tábuas que transmitiram essa coleção foi encontrado um prólogo e um epílogo, que, certamente, caracterizariam esse escrito como uma inscrição real.

⁵⁰ Cf. Widener (1937). O autor pensa ter havido, nesse lugar, uma biblioteca jurídica para os juízes.

Essa coleção foi copiada muitas vezes através dos anos, por necessidade de transmissão, e algumas dessas cópias preservaram o tipo de linguagem arcaico (cf. Goetze, 1957, p.110s), mas, em outras nota-se, claramente, a preocupação de adaptação da linguagem e até mesmo do conteúdo das leis (cf. Hoffner, 1981); às vezes, essa reformulação é expressa no próprio texto da prescrição.⁵¹ E. Westbrook (1985, p.256) observa, com razão, que tais reformulações não seriam necessárias se o texto fosse meramente acadêmico, e as cópias tardias da estela de Hammurabi comprovam, certamente, essa asserção. Em tais cópias, os escribas locais não sentiram mais a necessidade de adaptar o texto de Hammurabi à realidade jurídica de seu tempo, já que estas eram, para eles, um mero objeto de exercício acadêmico e não parte de sua lei positiva.⁵² As coleções do direito do Antigo Oriente Próximo parecem ter-se originado na mesma tradição de se compilarem séries de precedentes, como as séries de presságios, de prognósticos médicos e de outros tratados científicos das escolas babilônicas (cf. Westbrook, 1985, p.257). Tais séries começaram, provavelmente, como tradições orais e, só paulatinamente, evoluíram para um corpo sistemático escrito. Westbrook passa, então, à discussão do processo de composição das coleções jurídicas casuísticas e tenta explicá-lo à luz da formação de séries como a conhecida série babilônica *šumma izbu*.⁵³ A primeira etapa na formação dessa série teria sido, teoricamente, a ocorrência de um fenômeno estranho e sem precedentes, que um *bārû* consultado teria interpretado, por analogia com outros presságios ou por algum outro processo lógico, como sinal de um fato determinado que iria ocorrer; se tal fato realmente ocorresse, a decisão do *bārû* tornar-se-ia um precedente para futuros presságios em ocasiões semelhantes. Em um segundo momento, que Westbrook chama de primeiro estágio de

⁵¹ Um ótimo exemplo de referência a uma readaptação dentro do próprio enunciado da lei é o § 94: "Wenn ein freier Mann ein Haus (be)stiehlt, gibt er (das gestohlene) ganz korrekt zurück. Früher gab man (als Busse) für den Diebstahl 1 Mine Silber. Und jetzt gibt er 12 Schekel Silber. Wenn er viel stiehlt, legt man ihm viel auf (und) wenn er wenig stiehlt, legt man ihm wenig auf, und er spät in sein Haus" (tradução alemã de E. von Schüler em TUAT I, p.111).

⁵² Cf. Westbrook (1985, p.256): "This illustrates the difference between school texts and scientific texts. The local scribes saw no reason to alter Codex Hammurabi because for them it was only a scribal exercise and not part of their positive law to reflect the local law, which meant also regular amendment to take account of changes in the laws".

⁵³ Essa série foi publicada por: LEICHTY, E. *The Omen Series šumma izbu*. Texts from cuneiform sources. Locust Valley, New York: J. J. Augustin Publisher, 1970.

generalização, o nome da pessoa que teria feito a consulta seria generalizado no tipo *annanna apil annanna*: “Fulano filho de Sicrano”.⁵⁴ O terceiro passo representa um segundo estágio de generalização: o precedente anônimo seria, então, formulado em estilo casuístico e, em um quarto estágio, essas formulações casuísticas seriam compiladas em listas, seriam acrescidas das possíveis variações lógicas e seriam, finalmente, reunidas em séries. Para Westbrook, esse mesmo processo teria sido usado na formação das séries legais, a partir de um julgamento individual até a formação de um “código de leis”. Destarte, a decisão de um rei ou de um juiz, em um caso difícil, poderia tornar-se uma regra casuística de aplicação geral e, acrescida das necessárias variantes, tornar-se parte de uma coleção de tais regras, que, por sua vez, poderia servir como obra de consulta para futuros juízes (Westbrook, 1985, p.259s).⁵⁵ Westbrook tem consciência de estar trabalhando com uma hipótese de trabalho, já que as fontes babilônicas conhecidas não fornecem exemplos que evidenciem esse processo na formação das coleções jurídicas.⁵⁶ Por isso, o autor vai procurar exemplos fora do mundo cuneiforme, encontrando alguns textos bíblicos que podem ilustrar, na origem de leis, o mesmo processo de formação detectado na análise dos textos da literatura de presságios. Entre os cinco escritos mencionados,⁵⁷ o texto Nm 27,1-11 parece constituir o melhor exemplo de um caso concreto que se tornou um precedente jurídico.⁵⁸

⁵⁴ Esse processo de formação é bem testemunhado nos textos do tipo “*tamitu*” como mostra Lambert (1966).

⁵⁵ Aplicando ao CH, Westbrook escreve: “Accordingly, Hammurabi could speak truthfully in his code of just decisions that he had made, for the central part of that Code represents those parts of the received canon of legal rules that he chose to adopt and apply in his own court, supplemented by his own judgments (and perhaps to logical variants thereof)”.

⁵⁶ Bottéro (1982, p.421) apela para o exemplo da carta de Hammurabi a Luštamar, a Zamama e a Belānum em que um caso de redenção de um prisioneiro de guerra, feito escravo, é solucionado de acordo com o § 32 do CH. Para o texto dessa carta, v. Bouzon, *As Cartas de Hammurabi*, p.222, n. 149.

⁵⁷ Os exemplos escolhidos por Westbrook (1985, p.261s) são Nm 15,32-37; Nm 31,25-28; Nm 27,1-11; Nm 9,6-14; Lv 24,10-23.

⁵⁸ Cf. Snaith (1966) e Weingreen (1966). Naturalmente, esses textos passaram por um complicado processo de redação até chegarem ao atual Pentateuco. Sobre a discussão do Pentateuco hoje, v.: PURY, A. de (Ed.). *Le Pentateuque en question*. Genève, 1989; HAUDEBERT, P. (Ed.). *Le Pentateuque débat et recherches*. Paris, *Lectio Divina*, n. 151, 1992; GILBERT, P. Vers une intelligence nouvelle du Pentateuque. *RSR 80*. 1992. p.55-80; SEEBASS, H. Vor einer neuen Pentateuchkritik? *ThR 88*. 1992. p.177-185. Novas perspectivas sobre a explicação da composição do Pentateuco são apresentadas em: ZENGER, E. u.a. *Einleitung in das Alte Testament*. Stuttgart, Berlin: Köln, 1995. p.34-123.

Esse documento bíblico trata de um caso concreto que teria sido apresentado a Moisés: as filhas de um tal Selophehad, que morreram sem deixar filhos homens, apresentaram-se a ele e reclamaram a herança do pai. Moisés, então, consultou Deus, e a resposta divina foi positiva. Nos Vs. 8-11, a decisão é, então, formulada de uma maneira genérica, em estilo casuístico e com todas as variações possíveis: “Se um homem morrer sem deixar filhos, passareis a herança para as filhas. Se não tiver filhas a herança passará aos irmãos dele. Se não tiver irmãos dareis a herança aos irmãos do pai dele. Se não tiver tios paternos, passareis a herança ao parente mais próximo da família e ele a herdará”. O texto bíblico termina com a afirmação: “Isto tornou-se para os filhos de Israel estatuto e direito” (I’ ouqqat mišpa’). O texto bíblico mostra, sem dúvida, alguns dos passos detectados na análise do processo de composição dos presságios babilônicos (cf. Westbrook, 1985, p.263).⁵⁹ O texto Nm 27,1-11 constitui um precedente jurídico, projetado na época de Moisés, que registra uma decisão e torna-se fonte de uma lei após passar por dois processos de generalização, anonimato e formulação em estilo casuístico, e receber as variações acadêmicas necessárias à universalidade da lei.⁶⁰ O artigo de Westbrook finaliza com a conclusão: “In the light of cuneiform material then, the Biblical source can be seen to provide the missing piece of evidence that the law code were applied in practice. And thus the cycle is complete” (cf. Westbrook, 1985, p.264).

Em 1988, C. Zaccagnini apresentou, em um seminário realizado em Roma, na Scuola di Perfezionamento in Diritto Romano e Diritti dell’Oriente Mediterraneo, um trabalho, cujo título *La formazione del diritto in Mesopotamia: codificazioni regie e consuetudine nel II millennio a. C.* (Zaccagnini, 1988, p.35-49) mostra, claramente, a posição de seu autor em relação à natureza das coleções jurídicas cuneiformes. As prescrições dos códigos cuneiformes evidenciam um ideal de justiça, mas não são formulações de princípios puramente abstratos; elas estão, como atestam determinações como CH §§ 9-11, profundamente enraizadas

⁵⁹ Westbrook detecta quatro etapas: (1) the initial decision, (2) the first stage of generalization (anonymity), (3) the second stage of generalization (casuistic form), (4) the creation of a code (academic variations).

⁶⁰ É interessante notar que em um fragmento sumério, provavelmente pertencente ao Código de Lipit-Ístar, publicado Civil (1965, p.4-5), encontra-se o mesmo tipo de decisão: “If a man died and had no son, (his) unmarried daughter [shall become] his heir...”

em casos concretos, que explicam a sua origem (Zaccagnini, 1988, p.39s). Ao mesmo tempo, porém, baseado em textos lexicográficos, como a série *Ana ittišu*, Zaccagnini afirma, também, que a compilação das coleções jurídicas cuneiformes tem de ser considerada um produto da tradição acadêmica babilônica (id., p.43). Deve-se, contudo, na análise dos códigos cuneiformes, fazer a clara distinção entre textos legais, como os de Ur-Nammu, Lipit-Ístar e Hammurabi, em que o corpo de prescrições vem enquadrado em um prólogo e um epílogo, e aqueles em que falta semelhante moldura, como Ešnunna e as coleções legais médio-assíria e hitita. Estas últimas foram compiladas com a finalidade de se obter uma certa sistematização da cultura jurídica na escola babilônica e, talvez também, para se viabilizarem utilizações concretas nas sedes dos tribunais babilônicos.⁶¹ Assim, os escribas babilônicos reuniram normas preexistentes tiradas de atos e decretos reais bem como do direito consuetudinário vigente e compilaram-nas em coleções, e esse material jurídico foi reunido de acordo com uma casuística concreta reagrupada por blocos temáticos. No tocante à determinação da relação entre esses corpos legais e a vida cotidiana, Zaccagnini vê dificuldades sérias para um posicionamento devido à escassez de material comparativo. Por isso, o autor aventava, como mera hipótese de trabalho, a possibilidade de que as leis de Ešnunna e as leis médio-assírias refletissem o estado real concreto da praxe judiciária corrente, respectivamente, no período Isin-Larsa e no período médio-assírio.⁶²

Os "códigos" emoldurados por um prólogo e um epílogo, ao contrário, pertencem a um outro gênero literário: eles devem ser considerados como inscrições reais comemorativas, cuja principal finalidade era, sem dúvida, de caráter propagandista. Os escribas da chancelaria babilônica realizaram neles, sem dúvida alguma, uma grandiosa tentativa de sistematização de vários capítulos da realidade jurídica mesopotâmica e apresentaram o produto dessa compilação como uma matéria de glorificação do seu soberano (Zaccagnini, 1988, p.44s). Pode-

⁶¹ "Queste ultime due raccolte sono con ogni probabilità da considerarsi compilazioni effettuate in ambienti palatini, sia a fini di sistematizzazione della cultura "giuridica" scribale sia per possibili utilizzazioni concrete in sedi giudiziarie" (Zaccagnini, 1988, p.43).

⁶² "... ma sarà forse da proporre un' ipotesi di lavoro rovesciata, e cioè che queste raccolte riflettono (o dovrebbero riflettere) lo stato reale, concreto, della prassi giudiziarie correnti, rispettivamente, in epoca Isin-Larsa e medio-assira" (Zaccagnini, 1988, p.43).

se, sem dúvida, encontrar o resumo da posição de Zaccagnini (p.45) em relação à natureza das codificações legais cuneiformes em sua conclusão: "Concludendo, mi sembra si possa affermare che tutte le 'codificazioni' mesopotamiche, lungi da porsi come momenti innovativi di preesistenti situazioni di diritto positivo, sono il semplice riflesso di queste situazioni preesistenti, sulle quali operano in via compilativa: eventuali 'creazioni' dei giuristi delle cancellerie regie sembrano piuttosto dettate da esigenze astratte di completezza redazionale, che non da intenti normativamente operativi".

Como se pode constatar na literatura especializada, após o estudo de Kraus que concluiu não serem as coleções jurídicas cuneiformes códigos de leis no sentido técnico do termo, mas, como as listas, as coleções de presságios e os tratados médicos, fruto de um trabalho acadêmico da É.DUB.BA-A, surgiu, entre os assiriólogos, uma certa unanimidade: as conhecidas coleções jurídicas cuneiformes nunca tiveram valor normativo. Os assiriólogos preferem, hoje, classificar as coleções jurídicas cuneiformes preferencialmente de acordo com o conceito alemão de Rechtsbücher, evitando considerá-las como Gesetzesbücher (cf. Renger, 1975-76). Esse tipo de interpretação acadêmica dos códigos legais cuneiformes tem sido, novamente, bastante criticada pelos historiadores do direito comparado, os quais, por meio de novos e antigos argumentos, continuam defendendo o valor de lei positiva para esses corpos legais. O debate atual tem sido centrado principalmente no texto da estela de Hammurabi,⁶³ mas suas conclusões podem, também, ser aplicadas aos outros "códigos". São, principalmente, três os argumentos apresentados, nos últimos anos, pelos historiadores do direito comparado. O primeiro deles baseia-se na solene afirmação do epílogo da estela de Hammurabi: "Que o homem oprimido, que está implicado num processo, venha diante da minha estela de Rei da Justiça, leia, atentamente, a minha estela escrita e ouça as minhas palavras preciosas. Que a minha estela resolva a sua questão, ele veja o seu direito, o seu coração se dilate".⁶⁴ Petschow (1986, p.21s) julga que uma afirmação dessa natureza supunha que o queixoso podia estar certo da aplicação das

⁶³ Cf. Petschow (1986; 1984), Klíma (1972), Demare (1987), Cardascia (1985; 1988) e Leemans (1991).

⁶⁴ Cf. Col. XLVIII, 3-20. Citado pela edição portuguesa de E. Bouzon, *O Código de Hammurabi*, Petrópolis, 9 ed., 2001, p. 223.

normas da estela por parte dos juízes, e isso exigia, naturalmente, que as prescrições da estela tivessem um caráter normativo, embora não abrangessem todas as esferas da vida jurídica do País. Petschow apela, aqui, para a tese de Cardascia, segundo a qual a inserção ou não de uma regra na lei escrita depende não da natureza da norma, mas sim da utilidade de sua publicação: “ce qui va de soi n’a pas besoin d’être écrit”.⁶⁵ Um segundo argumento usado para se mostrar a necessidade da existência de um valor normativo das leis da estela realciona-se ao próprio contexto político: a centralização e a unificação do império de Hammurabi exigia a promulgação de uma codificação legislativa válida para todo o império.⁶⁶ O terceiro tipo de argumentação tem como fundamento o fato de que não há discrepâncias entre as prescrições da estela e os inúmeros documentos que registram a vida jurídica cotidiana babilônica.⁶⁷

O argumento baseado na passagem da estela segundo a qual o homem babilônico podia sempre buscar, junto à estela, a justiça e a solução de seus problemas jurídicos exige, sem dúvida, uma explicação, já que o cotidiano dos tribunais babilônicos era regido pelo direito consuetudinário. O leitor hodierno da estela perguntar-se-á, certamente, sobre o significado dessas palavras de Hammurabi para a vida jurídica do País. Como poderia um cidadão babilônico procurar ajuda na estela de Hammurabi, se os diferentes tribunais babilônicos decidiam as questões de acordo com o direito consuetudinário? A assirióloga e jurista S. Lanfont, em seu interessante trabalho apresentado durante o Colloque de Strasbourg, introduziu, na discussão sobre a natureza e a validade de prescrições como as da estela de Hammurabi, o conceito de “subsidiarité”.⁶⁸ Trata-se, naturalmente, de um conceito jurídico moderno, mas a realidade por trás desse conceito já existia, por certo, na vida jurídica do Antigo Oriente. A simples coexistência de regulamentações locais com decretos reais parece

⁶⁵ Cf. Petschow (1986, p. 23), que cita as palavras de Cardascia publicadas em *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VI, 1985, p.172, nota 17.

⁶⁶ Klíma (op. cit., p.306s) descreve assim essa necessidade: “Le dynamisme de la politique hammurabienne qui menait à la centralisation et l’unification de l’empire... met hors de doute l’intention du souverain de munir son empire d’un droit unifié obligeant toute la population sans distinction d’origine de race et de nationalité”.

⁶⁷ Esse tipo de argumentação é proposto por Petschow em seu artigo publicado em ZA 74 (1984, p.181-212).

⁶⁸ Cf. Lafont (1977, p.49-64). Para uma tentativa diferente de solução, v. Renger (1994, p.32-34).

mostrar, com clareza, que o homem babilônico antigo considerava subsidiários os decretos reais. O emprego desse princípio básico na explicação da natureza e validade jurídica de coleções do direito incorporadas em inscrições reais como as de Ur-Nammu, Lipit-Ištar e Hammurabi pode, sem dúvida, ajudar a se entender melhor o fato de existirem, no dia-a-dia da vida jurídica do País, decisões que parecem estar em clara oposição com a regulamentação escrita dessas estelas.⁶⁹ As regulamentações das estelas teriam, pois, na vida jurídica da antiga Babilônia, um caráter complementar, e os decretos e outras disposições reais existiriam concomitantemente com prescrições locais que determinavam o cotidiano dos tribunais nas diferentes cidades babilônicas. As determinações reais permaneciam, pois, em segundo plano; eram, contudo, aplicadas sempre que um cidadão a elas apelava. S. Lanfont mostrou, por meio de alguns exemplos da estela de Hammurabi, como o princípio do valor subsidiário estava presente na consciência dos compiladores da estela (cf. Lafont, 1977, p.55s). Elucidativo nesse contexto é o exemplo do CH § 32 (cf. Bouzon, 2001, p.71), já mencionado acima, se relacionado à exigência de Hammurabi em uma carta publicada em YOS 2,32.⁷⁰ A referência tácita ao CH § 32 na carta de Hammurabi foi, provavelmente, resultado de uma apelação dirigida ao Palácio por um mercador que, devido a alguma decisão de um tribunal local, não conseguia ser ressarcido pelo pagamento feito para resgatar um prisioneiro babilônico. A determinação expressa na carta é, certamente, a resposta à apelação do mercador ou do prisioneiro de guerra ao Palácio e exige o cumprimento da determinação prevista no § 32 do CH. Mas, como escreve S. Lafont (1977, p.56): “La subsidiarité ne change pas la nature législative des dispositions des codes, elle modifie seulement ses règles d’application: la norme royale ne s’applique pas de plein droit, mais à la demande”. As determinações da estela pareciam, pois, entrar em vigor contra uma decisão local quando o envolvido em um processo sentia-se injustiçado e apelava para o rei, o que corresponde exatamente ao caráter subsidiário das coleções do direito incorporadas nas inscrições reais.

⁶⁹ Cf. os exemplos apresentados por Lafont (1977, p. 62s).

⁷⁰ Cf. a tradução portuguesa dessa carta em Bouzon, *As Cartas de Hammurabi*, p.222.

4 Algumas considerações finais sobre o tema

Pelo estado atual da discussão em torno da natureza das coleções jurídicas cuneiformes, poder-se-ia dificilmente afirmar, sem contestação, que as prescrições da estela de Hammurabi constituiriam um corpo de leis proclamadas pelo rei e com valor normativo para todo o seu reino. O mesmo vale, também, para as outras coleções jurídicas da literatura cuneiforme, uma vez que a documentação abundante do período babilônico antigo fornece ao leitor inúmeros elementos que enfraquecem uma tal posição. Os documentos jurídicos da época mostram, claramente, que a sociedade babilônica conhecia diferentes esferas jurídicas:⁷¹ o Palácio, a cidade e até os diferentes quarteirões da cidade (baptum) aparecem nesses textos como instâncias jurídicas com competência para julgar diferentes casos de direito (cf. Renger, 1994, p.34). Além disso, como já foi mencionado acima, o cotidiano dos tribunais babilônicos era, normalmente, regido pelo direito consuetudinário. Neste contexto jurídico, é muito difícil defender-se a tese de que uma estela como a de Hammurabi seria um código de leis proclamado pelo rei para unificar o direito do País. Uma tal concepção é, sem dúvida, bastante moderna e parece não corresponder, de maneira alguma, à realidade jurídica não só da antiga Babilônia, mas também do Oriente Antigo em geral. As palavras do prólogo da estela de Hammurabi, acima mencionadas, devem ser compreendidas dentro de seu gênero literário: a estela é uma inscrição real e estava, naturalmente, a serviço da ideologia do rei. Nessa estela, as prescrições foram emolduradas por um prólogo e um epílogo, e a finalidade da obra era, sem dúvida, celebrar o rei como o garante da justiça do País. Suas prescrições não tinham, pois, valor normativo e por isso não são mencionados na documentação da época,⁷² ao passo que os decretos reais do tipo *«imdat šarrim*, que, indubitavelmente, tinham valor normativo, são continuamente mencionados nos contratos do período

⁷¹ Cf. CAD "D", s.v. *dajānu*. Cf. tb. Boecker (p.18s.); Harris (1975, p.116-142); Lautner (1922, p.68s). Sobre a natureza da justiça na Babilônia, v. Walther (1917).

⁷² Não se pode, certamente, considerar como um indício do valor normativo da estela de Hammurabi o fato de que, em um contrato do ano 5 do reinado de Samsuiluna (ca. 1745 a.C.), um dos sucessores de Hammurabi, se encontra a cláusula *a-na ʒi-yi-im ʒa ib-ba-aš-šu ki-ma pī-i NA .RU.e i-ip-pu-šu-šu*: "Em caso de um erro, eles agirão de acordo com a palavra da estela" (UET 5,420). Não está claro a que estela o texto se refere. Pode tratar-se de um decreto real ou de uma simples lista de preços e tarifas.

babilônico antigo (cf. Bouzon, 1995, p.11-30). Aliás, o direito consuetudinário, que dirigia a vida jurídica da antiga Babilônia, era transmitido oralmente e, por sua própria natureza, parece não ter exigido sua fixação por escrito. A documentação paleobabilônica conhecida parece mostrar, também, que não era costume, na época, registra-se em um protocolo a fundamentação jurídica de uma sentença judicial. Nessa mesma documentação, não se encontram indícios que relacionem o projeto da unificação política da antiga Babilônia realizada por Hammurabi com a necessidade de uma unificação do direito vigente. Contudo, se se pode explicar, por meio da ideologia real, o uso de coleções jurídicas nos "códigos" de Ur-Nammu, de Lipit-Īstar e de Hammurabi, permanece em aberto a questão da necessidade que havia de se compilarem coleções jurídicas como a de Ešnunna, a médio-assíria e a hitita, que, certamente, não pertencem ao gênero literário "inscrição real" (cf. Edzard, RLA 6, p.59-65; Renger, RLA 6, p.65-77).

Uma obra lexicográfica da É.DUB.BA.A, do tipo da série *Ana ittišu* (cf. Landberger, MSL I; Cavigneaux, RLA 6, p.609-641), pode, certamente, ajudar o leitor a melhor determinar o "Sitz im Leben" das coleções jurídicas cuneiformes. Essa obra é, como já foi dito acima, um produto da É.DUB.BA.A da cidade de Nippur e foi compilada no período paleobabilônico tardio. Ela incorporou diversos tipos de material didático, como formulários, prescrições casuísticas etc., que eram utilizados na formação dos escribas babilônicos. A presença de prescrições jurídicas em listas da escola babilônica demonstra, certamente, que o saber nomológico pertencia, também, ao currículo de um escriba. Por sua vez, a inclusão de prescrições jurídicas formuladas casuisticamente como as que se encontram na tábuca VII da série *Ana ittišu*⁷³ mostra, provavelmente, o modo como uma decisão concreta do rei ou de um juiz, proferida de acordo com o direito consuetudinário, tornava-se, dentro de um processo próprio da escola babilônica, uma prescrição jurídica formulada em estilo casuístico. O processo de composição que levou a tal tipo de formulação é típico da É.DUB.BA.A, que elaborou sentenças judiciárias concretas com o mesmo método com o qual produziu as decisões concretas do *bārû* e de outros expertos da divinação (cf. YOS 10; Leichty, 1970; Labat, 1951). A

⁷³ Cf. MSL I, Táb. 7, III, 23-45; IV, 1-23.

É.DUB.BA.A pode, pois, ser considerada como o lugar (Sitz im Leben) onde se originaram e foram compiladas as diferentes coleções jurídicas cuneiformes, as quais, por sua vez, podem ser consideradas produtos da ciência jurídica da escola babilônica, tendo sido compostas como textos didáticos para a formação nomológica dos escribas babilônicos. O processo de composição das prescrições contidas nas coleções jurídicas, porém, foi bastante complexo (cf. Petschow, 1968, p.131-143; Petschow, 1965, p.146-172; Eichler, 1987, p.71-84; Otto, 1979; Renger, 1994, p.27-59); ele, provavelmente, seguiu as seguintes etapas: uma decisão concreta do rei ou de um juiz era assumida como precedente jurídico e, em analogia ao procedimento verificado no relato bíblico Nm 27,1-11, recebia inicialmente, por meio de um processo de abstração, uma formulação mais geral e anônima, e, em seguida, com a introdução de todas as variantes jurídicas do caso, uma formulação final em estilo casuístico. Diversas prescrições assim formadas eram reunidas em pequenas coleções e, mais tarde, em coleções mais extensas. A sistemática usada no processo de composição das coleções jurídicas cuneiformes apresenta-se, às vezes, aos olhos de leitores modernos, como algo sem muita lógica e até primitivo; contudo, um estudo aprofundado desse processo mostra, contudo, que foram usadas aqui diferentes técnicas de composição.⁷⁴

Do conjunto de considerações acima propostas, pode-se, pois, concluir que as coleções jurídicas cuneiformes eram tratados científicos e literários da É.DUB.BA.A, os quais foram compilados de acordo com a mesma metodologia dos compêndios de prognósticos, dos tratados medicinais, das listas etc. Não se pode, portanto, considerá-las como códices de leis normativas. Se se procura um gênero literário para enquadrá-las, este, certamente, não será o de código de leis, e talvez seja mais apropriado aproximá-las, com Renger, do gênero conhecido no direito alemão como "Rechtsbuch" (cf. Renger, 1975-1976). O "Rechtsbuch" coleciona, sem dúvida, o direito consuetudinário vigente, mas não tem a força normativa de um código. Nenhum juiz babilônico usaria os parágrafos de um "Rechtsbuch" para fundamentar sua sentença como faz um juiz hodierno com um código de direito civil por exemplo. Aliás, como já foi dito acima, não há nenhum testemunho textual na documentação conhecida

⁷⁴ Cf. a bibliografia citada na nota 63.

que comprove ter sido costume, entre os juízes babilônicos, escrever-se algum tipo de protocolo de suas sentenças; pode-se, contudo, perguntar por que foram compiladas coleções do direito vigente em uma sociedade cuja cultura jurídica estava baseada no direito consuetudinário (cf. Renger, 1994, p.43s). A compilação das prescrições usadas nos "códigos" de Ur-Nannu, de Lipit-Ístar e de Hammurabi são justificadas pela própria finalidade de seu uso em uma inscrição real, a qual era, exatamente, apresentar-se o rei como o garante da justiça no País. Além disso, as prescrições incorporadas às inscrições reais tinham, talvez, um caráter subsidiário e podiam, provavelmente, ser acionadas quando um cidadão se julgasse injustiçado. Por que, porém, registrarem-se, por escrito, coleções como a de Ešnunna, a médio-assíria e a hitita? Aqui, a falta de um prólogo e um epílogo mostra, claramente, não se tratar de inscrições reais. Que motivação levaria a É.DUB.BA.A a compilar e a redigir esse tipo de coleções do direito consuetudinário? Uma comparação com a série *Ana ittišu* mostrou que tais coleções serviam na É.DUB.BA.A, certamente, como material didático destinado à formação de futuros escribas. A preocupação verificada na coleção jurídica hitita, de procurar adaptar as prescrições à realidade jurídica cotidiana, impede que se classifiquem essas coleções como meros exercícios de escrita cuneiforme. O uso da formulação casuística empregado nas prescrições jurídicas dessas coleções é um método de trabalho típico da escola babilônica, o qual pode ser detectado não só nas listas lexicográficas do tipo *Ana ittišu*, como também nas cláusulas de contratos vigentes desde os períodos protodinásticos (cf. Gelb et al., 1991). Se se admite que essas coleções constituem *Rechtsbücher* e que os escribas babilônicos precisavam de uma boa formação jurídica para saberem redigir contratos juridicamente válidos, para decidirem problemas de ordem jurídica e, enfim, para poderem assumir, na administração central, uma função de direção, pode-se concluir que tais coleções serviam, na É.DUB.BA.A, para transmitir, aos futuros escribas, o necessário conhecimento nomológico. Diante, porém, da transmissão lacunar dessas coleções, cujas prescrições abrangem, apenas, alguns setores da vida jurídica do País, permanece em aberto a questão do porquê dessa seleção, à qual a documentação babilônica não fornece elementos que possam sugerir uma resposta satisfatória. O apelo simples a uma intenção de reforma ou de codificação do direito vigente não parece indicar uma resposta adequada dentro da cultura de direito

consuetudinário da época. Assim, a compilação e a transmissão das coleções jurídicas cuneiformes foram, certamente, determinadas por princípios como interesses do Palácio, da sociedade e da economia que hoje não se podem mais detectar.

Ao final deste estudo, pode-se, pois, concluir que as conhecidas coleções jurídicas eram obras científicas ou protocientíficas da É.DUB.BA.A, cujo processo de composição e forma literária eram típicos da escola babilônica. As prescrições jurídicas resultantes desse processo redacional da escola babilônica dificilmente podem ser consideradas como leis normativas da sociedade babilônica, uma vez que a composição das coleções dessas prescrições destinava-se a fins didáticos. Elas visavam a transmitir, aos futuros escribas, o necessário conhecimento nomológico para que eles estivessem preparados para assumir posições de direção na sociedade babilônica e, principalmente, na administração central do reino. Determinar se tais obras serviam, também, à formação dos futuros juízes ou até como obras de consulta nos tribunais babilônicos para a solução de casos complicados é, praticamente, impossível, já que a documentação hoje conhecida informa muito pouco sobre a natureza da vida jurídica da antiga Babilônia. Por outro lado, não se pode afirmar que as coleções jurídicas cuneiformes eram meras obras literárias, sem qualquer relação com a vida jurídica do País, visto que as prescrições nelas conservadas originaram-se na praxe cotidiana dos tribunais babilônicos, já que a escola babilônica partiu, em seu processo de composição dessas prescrições, provavelmente, de decretos do rei ou de sentenças concretas dos juízes babilônicos. Não se justifica, pois, querer-se introduzir uma barreira intransponível entre ciência e jurisprudência no direito babilônico. Pode-se, talvez, compreender um pouco melhor a relação entre as prescrições das coleções jurídicas cuneiformes e o direito vigente babilônico se se aproveitam, nesse contexto, os dois conceitos do direito romano "lex" e "jus". Assim, as coleções jurídicas cuneiformes podem ser classificadas como "jus", já que elas foram compiladas a partir do direito vigente; por outro lado, como essas coleções nunca representaram, no mundo do Oriente Antigo, um código de leis com valor normativo, não lhes pode ser atribuído um valor de "lex".

Referências bibliográficas

- ALT, A. *Die Ursprünge des israelitischen Rechts*. Kleine Schriften zur Geschichte des Volkes Israel, Bd I. München, 1959.
- SCHWIENHORST-SCHÖNBERGER, L. *Das Bundesbuch*. Studien zu seiner Entstehung und Theologie. Berlin, 1990.
- BOECKER, H. J. *Recht und Gesetz im Alten Testament und im Alten Orient*. Neukirchen-Vluyn 1976.
- BORGER, R.; LUTZMANN, H.; RÖMER, H. Th., *Rechts- und Wirtschaftsurkunden Historisch-chronologische Texte*. Texte aus der Umwelt des Alten Testaments (TUAT). Gütersloh 1982.
- BOTTÉRO, J. Le "Code" de Hammu-rabi. *Annali della Scuola Normale Superiore di Pisa*, classe di lettere e filosofia, XII/ 2, p.409-444, 1982.
- _____. *Mesopotamie*. Paris, 1987.
- BOUZON, E. Die soziale Bedeutung des «imdat-šarrim-Aktes nach den Kaufverträgen der Rim-Sin-Zeit. In: DIETRICH, M.; LORETZ, O. (Org.). *Vom Alten Orient zum Alten Testament*, Fs. W. von Soden, Kevelaer. Neukirchen-Vluyn, 1995., p. 11-30.
- _____. *O Código de Hammurabi*. 9. ed. Petrópolis, 2001a.
- _____. Einige Bemerkungen zum KH § 117 und zur Schuldnechtschaft im Alten Israel. In: GRAZIANI, S. (Org.). *Studi sul Vicino Oriente Antico dedicati allá memoria de Luigi Cagni*. Napoli, 2000. v. I, p.47-69.
- _____. *Uma coleção de direito babilônico pré-hammurabiano*. Leis do Reino de Ešnunna. Petrópolis: 2001b.
- _____. O trabalho escravo à luz dos contratos paleobabilônicos de Larsa. In: CARDOSO, C. F. S. (Org.). *Modo de produção asiático*. Nova visita a um velho conceito. Rio de Janeiro, 1990. p.37-53.
- CARDASCIA, G. La place du talion dans la histoire du droit pénal à la lumière des droits du Proche Orient Ancien, *Mélanges Jean Dauvillier*, Toulouse, 1979.
- _____. La formazione del diritto in Assiria. In: THÉODORIDÈS, A. et alii (Ed.). *La formazione del diritto nel vicino Oriente Antico*. Napoli, 1988. p.51-60.
- _____. La réparation des dommages agricoles dans le Code de Hammurabi. *RA 79*. 1985. p.169-180.

CHARPIN, D. Le mišarum d'Hammurabi après la conquête de Larsa: un nouvel indice. *NABU*, n.102, 1991.

_____. L'application des édits mišarum: traces documentaires. *NABU*, n.76, 1992.

CAVIGNEAUX, A. Lexikalische Listen. *RLA* 6, Berlin New York 1980-1983. p.609-641.

CIVIL, M. New Sumerian law fragment. In: *Studies in honour of B. Landsberger, AS 16*. Chicago 1965. p. 1-12.

CLAY, A. T. *Miscellaneous inscriptions in the Yale Babylonian Collection*, YOS 1. New Haven, 1915.

COOPER, J. S. *Sumerian and Akkadian royal inscriptions I: Presargonic inscriptions*. New Haven, 1986. v.I.

CRÜSEMANN, F. *Die Tora*. Theologie und Sozialgeschichte der alttestamentlichen Gesetze. München, 1992.

DEMARE, S. La valeur de la loi dans les droits cunéiformes. *Archive de Philosophie du Droit*, n. 32, p.335-346, 1987

EDZARD, D. O. Die altorientalischen Reiche. *Fischer Weltgeschichte*, n.2. Frankfurt 1965.

_____. *Die "Zweite Zwischenzeit" Babyloniens*. Wiesbaden, 1957.

_____. Königsinschriften. A. Sumerisch, *RLA* 6, p.59-65.

EICHLER, L. Literary structure in the laws of Eshnunna. In: ROCHBERG-HALTON, F. (Org.). *Language, Literature and History: philological and historical studies presented to E. Reiner*, AOS 67. New Haven, 1987. p.71-84.

EILERS, W. *Die Gesetzestele Chammurabis, Alter Orient* 31 ¾. Leipzig, 1932.

FINKELSTEIN, J. J. Ammi-saduqa's Edict and the Babylonian Law Codes. *JCS* 15. 1961. p.91-104.

_____. *The Laws of Ur-Nammu*, *JCS* 22. 1968-1969. p.66-82.

FRANKFORT, H.; LLOYD, S.; JACOBSEN, Th. *The "Gimilisin temple". Temple and the Place of the rulers at Tell Asmar*. OIP 43, Chicago 1940

FRIEDRICH, J. *Die Hittitischen Gesetze*. Leiden, 1959.

GADD, C. J. *Ideas of divine rule in the Ancient East*. London 1948.

GELB, I. J.; STEINKELLER, P.; WHITING, R. M. Earliest land tenure systems in the Near East. *Ancient Kudurrus, OIP* 104. Chicago. 1991.

GOETZE, A. *The Laws of Eshnunna*. New Haven, 1956.

_____. *Kleinasien*. München, 1957.

GURNEY, O. R.; KRAMER, S. N. *Two fragments of Sumerian laws*, AS 16. Chicago 1965.

HARRIS, R. *Ancient Sippar*. A demographic study of an Old-Babylonian city (1894-1595 a.C.). Leiden, 1975.

HÖFFNER, H. The old Hittite version of laws, 164-166. *JCS* 33, p.206-209, 1981.

KIENAST. Die altorientalischen Codices zwischen Mündlichkeit und Schriftlichkeit. In: GEHRKE, H. J. (Org.). *Rechtskodifizierung und soziale Normen im interkulturellen Vergleich*. Tübingen, 1994. p.13-26.

KLENGEL, H. *Hammurabi von Babylon und seine Zeit*. Berlin 1980.

KLIMA, J. La perspective historique des lois Hammurabiennes. *Compte rendu de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres*, Paris, p.297-317, 1972.

KOSCHAKER, P. *Quellenkritische Untersuchungen zu den "altassyrischen Gesetze"*. Leipzig, 1921.

_____. *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurabis*. Leipzig, 1917.

KRAMER, S. N. *The Sumerians*. Chicago & London: 1963.

_____. *Ur-Nammu Law Code*, Or NS 23. 1954.

KRAUS, F. R. Ein zentrales Problem des altmesopotamischen Rechtes: Was ist der Codex Hammu-rabi? *Genava*, n.8, p.283-296, 1960.

_____. *Königliche Verfügungen in altbabylonischer Zeit*, SD 11. Leiden, 1984.

_____. *Vom mesopotamischen Menschen der altbabylonischen Zeit und seiner Welt*. Amsterdam-London, 1973.

KRECHER, J. Das Rechtleben und die Auffassung vom Recht im Babylonien. In: FRANKE, H.; KÖHLER, O. (Org.). *Entstehung und Wandel rechtlicher Traditionen*. Freiburg, 1980. p.235-254.

LABAT, R. *Traité Akkadien de diagnostics et pronostics médicaux*. Paris-Leiden, 1951.

LAFONT, S. Codification et subsidiarité dans les droits du Proche-Orient ancien. In: LEVY, Ed. (Ed.). *La codification des lois dans l'Antiquité. Actes du Colloque de Strasbourg*, 22-29 novembre 1977, Paris 2000. p.49-64.

- LAMBERT, W. G. The "Tāmitu" texts, em la divination en Mésopotamie Ancienne et dans les régions voisines. In: XIV RENCONTRE ASSYRIOLOGIQUE INTERNATIONALE, Paris, 1966. p.119-123.
- LANDSBERGER, B. *Die Serie ana ittišu*. MSL I. Rom, 1937.
- _____. Die babylonischen Termini für Gesetz und Recht. In: FRIEDRICH, J., LAUTNER, J. G., MILES J. (Org.). *Symbolae ad iura Orientis Antiqui pertinentes Paulo Koschaker dedicatae*, SD 2. Leiden, 1939, p. 219-234.
- LAUTNER, J. G. *Die richtliche Entscheidung und die Streitbeendigung*. Leipzig, 1922.
- LEEMANS, W. Quelques considérations à propos d'une étude récente du droit du Proche Orient ancien. *BiOr* 48. 1991. p.409-437.
- LEICHTY, E. *The omen series šumma izbu*. Locust Valley, New York, 1970.
- LIVERANI, M. *Antico Oriente*. Storia società economia. Roma-Bari, 1988.
- LUTZ, H. F. *Selected Sumerian and Babylonian texts*. Philadelphia: UM ½, 1919. Plate 100-102.
- OSUMI, Y. *Die Kompositionsgeschichte des Bundesbuches Exodus*. Freiburg, Göttingen, 1991.
- OTTO, E. *Die Kompositionsgeschichte des alttestamentlichen "Bundesbuches"*, WZKM 83. 1993.
- _____. *Rechtsgeschichte der Redaktionen im Kodex Ešnunna und im "Bundesbuch"*. Freiburg-Göttingen, 1989.
- _____. *Redaktionsgeschichte der Redaktionen im Kodex Ešnunna und im 'Bundesbuch'*. Eine redaktionsgeschichtliche und rechtsvergleichende Studie zu altbabylonischen und altisraelitischen Rechtsüberlieferung. Freiburg, Göttingen 1979.
- _____. *Körperverletzungen in den Keilschriftrechten und im Alten Testament*, AOAT 226. Kevelaer -Neukirchen-Vluyn, 1991.
- PETSCHOW, H. P. H. Beiträge zum Codex Hammurabi. *ZA* 76. 1986. p.17-75.
- _____. Die §§ 45 und 46 des Codex Hammurabi. Ein Beitrag zum altbabylonischen Bodenpachtrecht und zum Problem: Was ist der Codex Hammurabi? *ZA* 74. 1984. p.181-212.
- _____. Zur Systematik in den Gesetzen Eschnunna. In: ANKUM, A. u. a. (Org.). *Symbolae iuridicae et historicae*, Fs. M. David, vol. 2, Iura Orientis Antiqui. Leiden, 1968. p.131-143.

- _____. Zur Systematik und Gesetzestechnik in Codex Hammurabi. *ZA* 57. 1965. p.146-172.
- PETTINATO, G. *I Sumeri*. Milano: 1991.
- POSTGATE, J. N. A Fragment of Middle Assyrian Laws from Niniveh, *Assyrian texts and fragments* 4. Iraq 41, 1979. p.19-22.
- _____. *Early Mesopotamia*. Society and economy at the dawn of history. London - New York, 1994.
- PREISER, W. Zur rechtlichen Natur des altorientalischen Gesetze. In: BROCKMANN, P., KAUFMANN, A., KLUG, U. (Org.). *Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag*, Frankfurt, 1969. p. 17-36.
- RENGER, J. Hammurabis Stele 'König der Gerechtigkeit'. *WO* 8. 1975-1976. p.228-235.
- _____. Königsinschriften. B. Akkadisch, *RLA* 6, Berlin New York 1980-1983. p.65-77.
- _____. Noch einmal: Was ist der "Kodex" Hammurabi – ein erlassenes Gesetz oder ein Rechtsbuch? In: GEHRKE, H. J. (Org.). *Rechtskodifizierung und Soziale Normen im interkulturellen Vergleich*. Tübingen, 1994. p.27-59.
- ROTH, M. T. *Law collections from Mesopotamia and Asia Minor*. Atlanta, 1997.
- SAUREN, H. *Aufbau und Anordnung der babylonischen Kodices*, ZSS, Rom. Abt. 106. 1989. p.74-121.
- SCHROEDER, O. *Keilschrifttexte aus Assur verschiedenen Inhalts*. Berlin, 1920.
- SNAITH, S. H. The daughters of Zelophehad. *VT* 16. 1966. p.125-127.
- STEELE, F. R. *The Code of Lipit-Ishtar*. Philadelphia, 1948.
- STEIBLE, H. *Die altsumerischen Bau- und Weihinschriften*, FAOS 5, II. Wiesbaden, 1982.
- TAHA BAQIR, S. *Sumer*, n.5, p.35s, 1949.
- THUREAU-DANGIN. *Die Sumerischen und Akkadischen Königsinschriften*, VAB 1. Leipzig: 1907.
- WALTHER, A. *Das altbabylonische Gerichtswesen*. Leizig, 1917.
- WEIDNER, E. Das Alter der mittelassyrischen Gesetztexte. *AFO*, 12, 1937. p.46-54.
- WEINGREEN, J. The case of the daughters of Zelophehad. *VT* 16. 1966. p.518-522.
- WESTBROOK, R. Biblical and cuneiform law codes. *RB* 92. 1985. p.247-264.

_____. Cuneiform law codes and the origin of legislation. *ZA* 79, 1989. p.201-222.

YILDIZ, F. *A Tablet of Codex Ur-Nammu*, JCS 22. 1968-1969.

ZACCAGNINI, C. La formazione del diritto in Mesopotamia: codificazioni regie e consuetudine nell II milenio a.C. In: THEODORIDES, A.; ZACCAGNINI, C.; CARDASCIA, G.; ARCHI, A.; YARON, R. (Ed.). *La formazione del diritto nel Vicino Oriente Antico*. Napoli, 1988. p.35-49.

E. Bouzon

Princípios Constitucionais Tributários

Francis Waleska Esteves da Silva ¹

I. INTRODUÇÃO

Cuida o presente artigo de estabelecer breves noções acerca da natureza, conteúdo, alcance e eficácia dos princípios, com vistas à sua inserção no âmbito tributário, lastreados no texto constitucional em vigor.

Para tanto, de início, estabelece-se a concepção de norma jurídica e a debatida bifurcação dela resultante entre regra e princípio.

Após estabelecida essa diferenciação, passa-se, de forma sucinta, à análise do conteúdo, alcance, função e eficácia dos princípios no ordenamento jurídico, com base nas lições de J. Esser, R. Alexy, dentre outros estudiosos desse assunto.

Por fim, cabe esclarecer que aqui serão tratados, de forma genérica, os princípios constitucionais tributários, que vêm sendo analisados amplamente pela doutrina ², enfocando-os à luz de sua natureza, do seu conteúdo, do seu alcance e de sua eficácia.

¹ Professora do Departamento de Direito da PUC-RIO, da UCAM e UERJ. Especialista em Direito de Empresas (IAG-PUC-RIO), Mestre em Direito Público (UERJ). Advogada no Rio de Janeiro.

² LIMA GONÇALVES, J. A. Lima. *ISONOMIA NA NORMA TRIBUTÁRIA*. Ed. Malheiros. S. Paulo. 1993; UCKMAR, Victor. *PRINCÍPIOS COMUNS DE DIREITO CONSTITUCIONAL TRIBUTÁRIO*. Ed. RT.S. Paulo, 1976; PESSOA DE MENDONÇA, Maria Luiza Vianna. *PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRRETROATIVIDADE DA LEI*.

II. Princípio e norma Jurídica

Conforme a doutrina mais autorizada, as normas que compõem o ordenamento jurídico assumem duas configurações: regras e princípios.

Aliás, o Prof. Robert Alexy², em sua obra *Teoría de Los derechos Fundamentales*, preleciona nos seguintes termos:

“Aquí las reglas y los principios serán resumidos bajo el concepto de norma. Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisión y la prohibición. Los principios, al igual que las reglas, son razones para juicios concretos de un tipo muy diferente deber ser, aun cuando sean razones. La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas.

Numerosos son los criterios propuestos para la distinción entre reglas y principios. El de generalidade el más frecuentemente utilizado. Según el, los principios son normas de um grado de generalidad relativamente alto, y las reglas normas con un nivel relativamente bajo de generalidad.”

De acordo com as lições acima extraídas da obra de Robert Alexy, enquadram-se as regras como disposições que, uma vez aplicadas no caso concreto, incidirão especificamente em determinada situação, ao contrário dos princípios, que possuem um grau maior de generalidade e de abstração.

Todavía, alguns autores se afastam dessa definição proposta por Robert Alexy e dissociam os princípios das normas. Nesse sentido, cabe citar o entendimento do Professor de Recife, Nelson Saldanha³:

“Princípios não são valores, embora portem sempre, obviamente, um conteúdo axiológico; e também, como é evidente, valores que possam traduzir-se em princípios, dentro das relações entre a dinâmica das normas e os fatores ideológicos ou éticos que as circundam. Por outro lado, os princípios não são normas embora sua presença, no âmbito da

realidade jurídica, se explique em função das normas: eles fundam e informam o seguimento delas, ou são “desentranhados” delas pelo intérprete. Diríamos que os princípios, diversamente das normas e dos valores, são uma constituição hermenêutica.

Na verdade a assimilação dos princípios às normas supõe um radical afastamento do sentido originário do termo “princípio”, que inclui a noção grega do *arché*. (princípio, origem, fundamento), e sua confirmação na metafísica do racionalíssimo clássico (*Descartes, Leibniz, Wolf*). Supõe também a omissão do fato de que ao “princípio” propriamente dito falta a positividade específica que, em todo ordenamento, cabe à norma como tal.”

Depreende-se, pela leitura do texto acima citado, que o autor se vincula à concepção hermenêutica e, assim, afasta o princípio da norma, divergindo, portanto, da doutrina dominante nesse sentido.

De forma diversa, cumpre mencionar as lições do Professor de Coimbra, J. J. Gomes Canotilho⁴, que, assim se pronuncia sobre a matéria:

“A teoria da metodologia jurídica tradicional distinguia entre normas e princípios (*Norm-Prinzip, Principles-rules, Norm-und Grundsatz*). Abandonar-se-á aqui essa distinção para, em sua substituição sugerir: (Conforme *Esser, Josef. Principio y Norma em la Elaboración Jurisprudencial del Derecho privado. Ed. Bosch Barcelona. pág. 184*) (1) as regras e princípios são duas espécies de normas; (2) a distinção entre regras e princípios é uma distinção entre duas espécies de normas.”

A seguir, o citado autor estabelece critérios para a distinção entre regras e princípios, sob o influxo das idéias de Ronald Dworkin, J. Esser, K. Larenz, dentre outros, que influenciaram os seus estudos; colocando essa questão nos seguintes termos:

“Vários são os critérios seguidos:

a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.

² ALEXY, Robert. *Teoría de Los Derechos Fundamentales*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Espanha, p. 83

³ SALDANHA, Nelson. *Filosofia do Direito*. Ed. Renovar. RJ, 1993. p. 201.

⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da constituição*. Ed. Almedina.

b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de medições concretizadoras (*do legislador? do juiz?*), enquanto as regras são susceptíveis de aplicação direta.

c) Carácter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito).

d) Proximidade da ideia de direito: os princípios são "standards" juridicamente vinculantes radicados nas exigências de "justiça" (Dworkin) ou na ideia de direito (Larenz); as regras podem ser vinculativas com um conteúdo meramente funcional.

e) Natureza normogénica: os princípios são fundamento de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, pois isso, uma função normogénica fundamentante. E por fim, conclui: "Em primeiro lugar, os princípios são normas jurídicas impositivas de uma optimização, compatíveis com vários graus de concretização, consoante os condicionalismos factícios e jurídicos; as regras são normas que prescrevem imperativamente uma exigência (*impõem, permitem ou proibem*) que é ou não é cumprida (nos termos de Dworkin: *applicable In all-or-nothing fashion*), a convivência dos princípios é conflitual (Zagreblsky), a convivência de regras é antinómica; os princípios coexistem, as regras antinómicas excluem-se. Consequentemente, os princípios, ao constituírem exigência de optimização permitem o balanceamento de valores e interesses (não obedecem, como as regras, à "lógica do tudo ou nada"), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes; as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale (tem validade) deve cumprir-se na exacta medida de suas prescrições, nem mais nem menos. Como se verá mais adiante, em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objecto de ponderação, de harmonização, pois eles contêm apenas "exigências" ou "standards" que, em primeira linha (*prima facie*), devem ser realizados; as regras contêm "fixações normativas" definitivas, sendo insustentável a validade simultânea de regras contraditórias. Realça-se também que os princípios suscitam

problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são concretas devem ser alteradas)."

Dessa forma, os princípios são enunciações normativas de valor genérico que orientam a compreensão do ordenamento jurídico.

Também não são fontes do Direito, eis que não fornecem a orientação para as fontes.⁵

Nessa linha, os princípios passam por um processo de concretização e densificação sucessiva⁶, através de princípios mais específicos, até adquirirem o formato de regras.

Também, não discrepando do entendimento predominante na doutrina, Manuel Arzena e Juan Ruiz Manero(3) pontilham as seguintes considerações:

"Los principios em sentido estricto pueden formularse siempre como enunciados que correlacionan casos con la calificación normativa de una determinada conducta, pero eso no quiere decir que, desde esta perspectiva, no exista ninguna diferencia con las reglas (y en particular con las reglas de acción). La diferencia estriba en que los principios configuran el caso de forma abierta, mientras que las reglas lo hacen de forma cerrada. Con ello queremos decir que mientras que en las reglas las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en los principios no puede formularse una lista cerrada de las mismas: no se trata sólo de que las propiedades que constituyen las condiciones de aplicación tengan una periferia mayor o menor de vaguedad, sino de que tales condiciones no se encuentran siquiera genéricamente determinadas.

.....
Robert Alexy, *desarrollando, por lo demás, algo que ya estaba presente en Dworkin, ha escrito que "el punto decisivo para la distinción entre reglas y principios son normas es que los principios son normas que ordenan que se*

⁵ ESSER, Josef. Principio y Norma en la Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado, Bosch, Barcelona, p.169.

⁶ SARMENTO, Daniel. Artigo: Os Princípios Constitucionais e a Ponderação de Bens In Teoria dos Direitos Fundamentais. Organizador: Ricardo Lobo Torres. Ed. Renovar, RJ. p, 51

realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, mandatos de optimización que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado através de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambi, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos (Alexy, 1988, pp.143-144; cfr. También Alexy, 1993, p.86).”

Cabe frisar, por oportuno, que, na visão de R. Dworkin⁷, a distinção entre princípios e regras repousa em dois fundamentos: o primeiro é o critério “tudo ou nada” utilizado para as regras, isto é, quando válidas atingem o fato nelas previstos, diferentemente dos princípios que constituem enunciados genéricos aplicáveis em inúmeras situações de forma ampla; o segundo se baseia na ponderação que alcança a ampliação dos princípios constituídos de diferentes pesos, podem ser, assim, escolhidos em razão de sua maior importância, também, nesse aspecto, diferenciando-se das regras.

Nesse diapasão, vale mencionar, o pós-escrito do ilustre Prof. Herbert L.A.Hart, anexo à sua obra *O Conceito do Direito*, no qual expõe suas opiniões a respeito das críticas recebidas, por Dworkin constantes em muito dos artigos que se inserem nos seus livros *Taking Rights Seriously*, *A Matter of Principle e Law's Empire*.

O Prof. Herbert Hart,⁸ analisa a questão afeta às regras e princípios, estabelecendo as seguintes ponderações que merecem ser transcritas, a fim de ilustrar o seu pensamento:

“Penso, todavia, que todos os meus críticos, que me têm acusado de ignorar os princípios, concordariam em que há, pelo menos, dois aspectos daqueles que os distinguem das regras. O primeiro é uma questão de grau: os princípios são, relativamente às regras, extensos,

gerais ou não específicos, no sentido de que, com frequência, aquilo que seria encarado como um número de regras diferentes pode ser apontado como exemplificações ou ilustrações de um único princípio. O segundo aspecto reside em que os princípios, porque se referem mais ou menos explicitamente a um certo objectivo, finalidade, direito ou valor, são encarados, a partir de certo ponto de vista, como desejáveis de manter ou ser objecto de adesão, e, por isso, não apenas enquanto capazes de fornecer uma explicação ou fundamento lógico das regras que os exemplificam, mas também, pelo menos enquanto capazes de contribuir para a justificação desta.”

E prossegue H. Hart, em sua exposição:

“Para além destes dois aspectos relativamente incontrovertidos da extensão e do carácter desejável para certo ponto que explicam o papel explanatório e justificativo dos princípios em relação às regras, há um terceiro aspecto distintivo que eu, pessoalmente, penso ser uma questão de grau, enquanto Dworkin, que o vê como crucial, não o entende assim. Segundo ele, as regras funcionam, no raciocínio daqueles que as aplicam, de uma “maneira de tudo-ou-nada”, no sentido de que se uma regra for válida e absolutamente aplicável a um a caso dado, então ela “obriga”, isto é, determina de forma conclusiva o resultado jurídico ou consequência. Entre os exemplos que ele dá de regras jurídicas encontram-se as que estabelecem uma velocidade máxima de 60 milhas por hora nas auto-estradas, ou as leis que regulam a outorga, a prova e eficácia de um testamentos, tal como a regra legislada de que testamento é inválido se não tiver assinado por duas testemunhas. Os princípios jurídicos diferem de tais regras de “tudo-ou-nada” porque, quando são aplicáveis, não “obrigam” a uma decisão, mas apontam para, ou contam a favor de uma decisão, ou afirmam uma razão que pode ser afastada, mas que os tribunais levam em conta, enquanto o factor de inclinação num e outro sentido.

.....
Os princípios jurídicos, segundo *Dworkin*, diferem das regras porque têm uma dimensão de peso, mas não de validade, e, por isso, sucede que, em conflitos com outro princípio de maior peso, um princípio pode se afastado, não logrando determinar a decisão, mas, não obstante,

⁷ SARMENTO, Daniel. Op. Cit. p. 51.

⁸ HART, Herbert L. A. *O Conceito de Direito*. 2.ª edição Ed. Fundação Calouste Gulbenkian

sobreviverá. intacto para ser utilizado noutros casos em que possa prevalecer, em concorrência com qualquer outro princípio de menor peso. Por outro lado, as regras ou são válidas ou inválidas, mas não têm esta dimensão de peso; por isso, se entrarem em conflito, como inicialmente se referiu, apenas uma delas pode ser válida, segundo *Dworkin*, uma regra que perca em concorrência com outra deve ser reformulada, de forma a torná-la coerente com sua concorrente e, conseqüentemente, inaplicável no caso dado.”

Em contraposição ao pensamento de *Dworkin*, o Prof. H. Hart em suas razões, refuta a opinião daquele autor, na forma a seguir exposta:

“Não vejo razões nem para aceitar este contraste nítido entre princípios e regras jurídicas, nem o ponto de vista de que, se uma regra válida for aplicável a um caso dado, deve, diferentemente de um princípio, determinar sempre o resultado do caso.....Por isso, uma regra que seja superada, em concorrência com uma regra mais importante num caso dado, pode, tal como um princípio, sobreviver, para determinar o resultado em outros casos, em que seja julgada como sendo mais importante do que outra regra concorrente.”

Com isso, Hart, ao contrário de R. *Dworkin*, profecia que as regras não tem um caráter de tudo-ou-nada, uma vez que são passíveis de entrar num conflito com princípios, que as podem superar.

Nessa linha de raciocínio, Hart conclui com fulcro na tese de *Dworkin*:

“Esta incoerência, verificada na pretensão de que um sistema jurídico consiste tanto em regras de tudo-ou-nada com princípios não conclusivos, pode ser sanada se se admitir que a distinção é uma questão de grau.”

Em suma, os princípios para *Dworkin*, não obrigam a uma decisão dos tribunais, ou afirmam uma razão que pode ser afastada, devendo ser a mesma levada em conta pelos tribunais. Assumiu, nesse ponto, um aspecto não conclusivo, diferente das regras que uma vez aplicadas, determinam a forma do resultado jurídico.

Ademais, na visão de *Dworkin*, os princípios jurídicos diferem das

regras porque possuem uma dimensão de peso, mas não de validade. Há uma comparação entre os princípios que deverão ou não prevalecer no *leading case*.

Por outro lado, as regras são ou não válidas e não têm dimensão de peso. Assim, existindo conflito entre duas regras, apenas uma delas será válida e a outra que conflite em concorrência deve ser reformulada, de modo a torná-la coerente com a sua concorrente e, conseqüentemente, inaplicável ao caso concreto.

Nesse aspecto, Hart discorda, por entender que uma regra que seja superada em concorrência com outra regra mais importante num caso, pode, tal como um princípio, sobreviver.

III. Outras concepções sobre os Princípios

A importância dos princípios no ordenamento jurídico traduz-se na projeção de valores que se espalham em todo o seu conjunto.

Nesse sentido, podemos afirmar que os valores constituíram um grau máximo de abstração, sendo os princípios a tradução de certos valores insertos no seio das sociedades. Com isso, os princípios não são estáticos, estando em permanente evolução, conforme os valores do próprio tecido social; daí sempre se buscar uma nova leitura para o conteúdo e aplicação dos princípios, a partir da evolução desse contexto social. Melhor exemplificando, podemos verificar, ao longo dos anos, que o sentido e alcance do princípio da isonomia no século XVIII, certamente sofreu mudanças em relação ao seu conteúdo e aplicação, o que nos faz pensar que a isonomia, atualmente, não apenas se aplica ao direito tributário como um postulado de igualdade entre os contribuintes, com reflexos na capacidade contributiva, como constitui um direito fundamental, aplicável em todo o ordenamento jurídico, assumindo uma maior primazia em um Estado de Direito democrático.

Ademais, no que tange aos princípios constitucionais, os mesmos incorporam valores entranhados no cenário social, cabendo trazer ao texto, o entendimento do Professor Luís Roberto Barroso⁹, que imprime, em sua obra *Interpretação e Aplicação da Constituição*, as seguintes considerações sobre a matéria:

⁹ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. Ed. Saraiva. SP, 3a. ed. p.149.

“...os princípios constitucionais, são, precisamente, a síntese dos valores mais relevantes da ordem jurídica. A Constituição como já vimos, é um sistema de normas jurídicas. Ela não é um simples agrupamento de regras que se justapõem ou que se superpõem. A idéia de sistema funda-se na de harmonia, de partes que convivem sem atritos. Em toda ordem jurídica existem valores superiores e diretrizes fundamentais que “costuram” diferentes partes. Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema. Eles indicam o ponto de partida e os caminhos a serem percorridos.”

Temos, então, princípios que traduzem certos valores e não se contrapõem às normas.

Nesse sentido, o Professor Jorge Miranda,¹⁰ ratifica que os princípios “não se contrapõem às normas, contrapõem-se tão-somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e em normas-disposições.”

Com efeito, o mestre da Universidade de Lisboa¹¹ dá maior ênfase aos princípios do que aos preceitos, cabendo transcrever as suas esclarecedoras lições:

“Por certo, os princípios, muito mais que preceitos, admitem ou postulam concretizações, densificações, realizações variáveis. Nem por isso o operador jurídico pode deixar de os ter em conta de os tomar como pontos firmes de referência, de os interpretar segundo os critérios próprios da hermenêutica e de, em consequência, lhes dar o devido cumprimento.

Omissis

A ação mediata dos princípios consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão a coerência geral do sistema. E, assim, o sentido exacto dos preceitos constitucionais tem que ser encarado na conjugação com os princípios e a integração há de ser feita de tal sorte que se tornem explícitas ou explicitáveis as normas as que o legislador constituinte não quis ou não pode exprimir cabalmente.

Omissis

Exercem, finalmente, uma função prospectiva, dinamizadora e transformadora, em virtude da sua maior generalidade ou indeterminação e da força expansiva que possuem (e de que se acham desprovidos os preceitos, desde de logo por causa de suas amarras verbais). Daí, o peso que revestem na interpretação evolutiva; daí a exigência que contêm ou o convite que sugerem para a adopção de novas formulações ou de novas normas que com que eles melhor se coadunem e que, portanto, mais se aproximem da idéia de Direito inspiradora da constituição. (sobretudo, quando se trata de constituição programática).”

É interessante notar que, como função prospectiva, os princípios não são senão pautas gerais de valoração na concepção de Larenz.¹²

Tem-se, a despeito do exposto, que os princípios norteiam os critérios de interpretação e de integração do direito, a existência de sua aplicação no direito se baseia, sobretudo, no Estado democrático que busca a valoração dos direitos fundamentais que se irradiam por meio de princípios implícitos e explícitos no ordenamento jurídico.

IV. O Conteúdo dos Princípios.

Os princípios constituem um importante fundamento para a interpretação, integração e aplicação do direito positivo.

A partir do reconhecimento dos princípios na consciência jurídica, tem-se a afirmação do Estado de direito e da legalidade democrática, que é de fundamental importância no que pertine à tributação.

Em relação ao conteúdo dos princípios, em breve síntese, tomando como base as lições do Professor Canotilho¹³, podemos considerá-los da seguinte forma:

a) *Princípios jurídicos fundamentais:*

“Considerando-se princípios jurídicos fundamentais os princípios historicamente objectivados e progressivamente introduzidos na

¹⁰ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo II. 3.ª Ed. Coimbra, 1996. p. 226

¹¹ MIRANDA, Jorge. *Op. Cit.* p. 227

¹² LARENZ, Karl. *Metodologia na Ciência do Direito*. Trad. José Lamego. 2.ª ed. Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1989. p. 269

¹³ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Op. Cit.* p. 1038 e segs

consciência jurídica e que encontram uma recepção expressa ou implícita no texto constitucional. Pertencem à ordem jurídica positiva e constituem um importante fundamento para a interpretação, integração, conhecimento e aplicação do direito positivo.”

b) *Princípios Políticos Constitucionalmente Conformadores:*

“Designam-se por princípios politicamente conformadores os princípios constitucionais que explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o cerne político de uma constituição política, não admirando que: 1. Sejam reconhecidos como limites do poder de revisão; 2. se revelem os princípios mais directamente visados no caso de alteração profunda do regime político.”

c) *Princípios Constitucionais Impositivos:*

“Nos princípios constitucionais e impositivos subsumem-se todos os princípios que, no âmbito da constituição dirigente, impõem aos órgãos do Estado, sobretudo ao legislador, a realização de fins e a execução de tarefas. São, portanto, princípios dinâmicos, prospectivamente orientados.”

d) *Princípios Garantias:*

“Há outros princípios que visam instituir directa e imediatamente uma garantia dos cidadãos. É-lhes atribuir uma densidade de autêntica norma jurídica e uma força determinante, positiva e negativa. Refiram-se a título de exemplo, o princípio do *nullum crimen sine lege* (cf. art. 29.º), o princípio do juiz natural (cf. art. 32.º/7), os princípios de *non bis in idem* e *in dubio pro reo* (cf. art. 29.º/4, 32.º/2).”

Também, vale ressaltar que as garantias, sob a forma de princípios constitucionais, concretizam a segurança jurídica para a proteção efetiva de direitos fundamentais.

No campo tributário, há garantias específicas, que estão protegidas pelos princípios da legalidade, anterioridade, irretroatividade, dentre outras positivadas pelo texto constitucional.

Destarte, a evolução dos direitos propagaram inúmeras transformações jurídicas que se positivaram ao longo dos anos nos textos constitucionais.

Quanto à evolução das garantias, na esfera tributária, cumpre trazer a lume, as valiosas lições do Professor Ricardo Lobo Torres¹⁴:

“De feito, a partir das revoluções liberais positivaram-se nas grandes declarações os direitos fundamentais limitadores da tributação e as respectivas garantias. A declaração de direitos Inglesa (*Bill of Rights*) dizia ser ilegal “levantar dinheiro para o uso da coroa, sob pretexto de prerrogativa sem permissão do parlamento.”

Na França a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclama no art. 2.º: *Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la sûreté et la résistance à l'oppression*”. No art. 14 expressa a regra da legalidade e o princípio da capacidade contributiva. Nos Estados Unidos ouve a luta para que fossem reconhecidos aos americanos os mesmos direitos de que gozariam os ingleses quanto à tributação; na declaração contra o Ato do Selo (1765) ficou dito que “é essencial à liberdade do povo, sendo direito incontestável dos ingleses, que nenhum tributo lhes possa ser imposto sem o seu próprio consentimento, dado pessoalmente ou através de seus representantes. Na declaração da Independência (1776) registrou-se o inconformismo diante das imposições fiscais não consentidas (*for imposing taxes on us without our consent*). Na declaração de direitos da Virgínia (1776) estampou-se também a necessidade do consentimento.....

No Brasil a constituição de 1824 declarou diversos direitos e garantias contra a tributação. A extinção da imunidade de nobreza foi decretada explicitamente: “ninguém será isento de contribuir para as despesas do estado em proporção dos seus haveres” (art. 179, item 15)... Os princípios da legalidade e da anualidade proclamou-os também o texto de 1824.

¹⁴ TORRES, Ricardo Lobo. Op. Cit. p. 16 e segs.

Outras constituições de países cultos declararam também na fase inicial do liberalismo os direitos garantias limitadores da tributação. A constituição espanhola estampava o princípio da anualidade”.

Por fim, em suas impressões históricas, põe em realce a importância da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, que proclamou o direito ao mínimo existencial e a Carta da Organização dos Estados Americanos do mesmo ano de 1948, que buscou alcançar a “distribuição equitativa de renda nacional”, dentre outros tratados, que contribuam para a projeção dos princípios no campo tributário.

À vista disso, o conteúdo que se encerra em determinado princípio, quando se reveste de uma garantia, com efeito, impõe óbices ao poder tributário, limitando-o em certas circunstâncias.

Alguns doutrinadores, colocam a questão principiológica tributária vinculada à concepção de justiça tributária em meio a uma política tributária social.¹⁵

Por outro lado, ao tratar do conteúdo dos princípios, não podemos olvidar que as regras jurídicas também se revestem de certa substância, que, ontologicamente, as diferenciam.

Desse modo, a norma-preceito, conforme expressão utilizada pelo Prof. da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda¹⁶, também pode ser classificada quanto ao seu conteúdo que assim, com base nas suas ponderações seriam: normas de regulamentação e normas técnicas; autônomas e normas não autônomas; normas prescritivas e norma proibitivas; normas primárias e normas sancionatórias; normas inovadoras e normas interpretativas; diretivas e derivadas. Também, sublinha, o ilustre autor em epígrafe que no que tange às suas relações, as normas distinguem-se em: norma gerais e especiais; normas de direito comum e de direito particular; gerais e excepcionais, exequíveis e de execução, etc.

Contudo, perfilhando a classificação do Professor J. Miranda, cabe-nos mencionar, ainda, que a sua classificação em matéria de norma alcança as normas constitucionais materiais e de garantia, exequíveis, preceptivas e, ainda as normas programáticas, dentre outras.

No presente artigo, não se pretende examinar o conteúdo, alcance, e eficácia das normas, e sim, buscar o exame dos princípios, ainda que perfunctoriamente. Todavia, a questão das normas programáticas e preceptivas causa certa controvérsia, inclusive quanto ao seu tratamento normativo.

Assim sendo, para finalizar esse tópico, vale lançar mão das lições do Professor J. Miranda¹⁶, que nos esclarece, com propriedade, a distinção necessária que poderia resvalar, inclusive, em um errôneo enquadramento metodológico de tais normas:

“Entre normas preceptivas e normas programáticas (*assim como entre normas exequíveis e normas não exequíveis por si mesma*) não há diferença de natureza ou valor. Só existem diferenças de estrutura e de projeção no ordenamento.

Omissis

As normas programáticas são de aplicação diferida, e não de aplicação ou execução imediata; mais do que comandos-regras explicitam comandos-valores, conferem “elasticidade” ao ordenamento constitucional;....., não consentem que os cidadãos ou quaisquer cidadãos as invoquem já (ou imediatamente após a entrada em vigor da constituição), pedindo aos tribunais o seu cumprimento só por si, pelo que pode haver quem afirme que os direitos que delas constam, maxime os direitos sociais, têm mais natureza de expectativas que de verdadeiros direitos subjectivos; aparecem, muitas vezes, acompanhadas de conceitos indeterminados ou parcialmente indeterminados.

Contudo, nenhum desses traços definidores (ou outros critérios que se utilizem para a contraposição diante das normas preceptivas) briga com a juridicidade das normas programáticas: nem a eficácia diferida ou elasticidade queridas pelo legislador constituinte - porque a dimensão prospectiva é também uma dimensão do ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social e pelo menos de outras constituições..’

Por fim, não se pode deixar de considerar as classificações utilizadas quer quanto aos princípios, quer em relação às normas, que, com efeito, não esgotam a matéria, que cada vez assume maior importância na doutrina e *praxis* jurídica.

¹⁵ MIRANDA, Jorge. Op. Cit. p. 239 e segs

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Op. Cit. p. 239 e segs

¹⁶ MIRANDA, Jorge. Op. Cit. pp. 243/244

V. Alcance dos Princípios

Os princípios podem consagrar tanto os direitos individuais, como os coletivos¹⁷.

Tal afirmativa encontra guarida nos estudos de R. Alexy, ao ponderar as seguintes colocações insertas na problemática principiológica:

“Los principios peden referirse tanto a derechos individuales como a bienes colectivos. Así, en el fallo lebach, se enfrentan dos principios de los cuales el uno garantiza un derecho prima facie a la protección de la personalidad y el otro un derecho prima facie a la libertad de información. En cambio, en la resolución sobre la incapacidad procesal, entran en colisión el derecho a la vida y a la integridad física con el principio de la garantía de una aplicación funcional del derecho penal, es decir, con un principio se refiere a un bien colectivo. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal ofrece una cantidad de ejemplos de bienes colectivos como objetos de principios. La escala se extiende desde la salud pública, el abastecimiento energético y el aseguramiento alimenticio... El hecho de que un principio se refiera a este tipo de bienes colectivos o mantenimiento de situaciones que satisfacen, en una medida lo más alta posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, criterios que van más allá de la validez o satisfacción de derechos individuales”.

De outra prisma, Josef Esser concebeu os princípios como fonte de criação jurisprudencial. Aliás, tal hipótese já ocorreu no Brasil, em relação ao princípio da anterioridade tributária¹⁸.

Cabe destacar, ademais, que os princípios, não constituem, apenas, mera aplicação utilizável em um processo judicial, mas estão incrustados na consciência social como parte de uma cultura democrática¹⁹.

¹⁷ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Op. Cit. p.109

¹⁸ MANEIRA, Eduardo. *Direito Tributário. Princípio da Não-Surpresa*. Ed. Del Rey B. H., 1994. p. 24 O ilustre autor tece os seguintes comentários: “Consagrado na Emenda Constitucional de 1969, foi introduzido precedentemente a esta data, no direito prático, pela jurisprudência, que, quando uma interpretação deturpada ao princípio da anualidade, entercedeu que, a lei Tributaria somente entraria em vigor no ano seguinte ao de sua publicação, mas desobrigava-a de anteceder a lei orçamentaria, dispensando, com isto fosso a lei Tributária convalidada pelo orçamento”, nos coloca a dinamicidade dos princípios sob o ponto de vista jurisprudencial, que assim formam uma base autorizada e legal argumentação²⁰

¹⁹ ESSER, Josef. Op. Cit. p.30.

Nessa esteira, J. Esser pontua acerca do assunto:

“En nuestro pensamiento codificador moderno se han introducido una multitud de principios, producto de la invención “abierta, arraigando hasta tal punto en la dogmática, que con el aparato conceptual de está se han convertido en parte de un pensamiento en apariencia puramente axiomático en el que las consideraciones de “política jurídica” y la casuística vinculada a problemas se han establecido, como islotes aparentemente externos al sistema, dentro del marco de las cláusulas generales, normas en blanco e instituciones de reciente creación.”

De outro campo, o alcance dos princípios, no direito tributário, interfere diretamente na competência dos entes federados, disso resulta o direito público subjetivo do contribuinte²⁰.

Aliás, sobre o alcance de certos princípios na órbita tributária, cumpre transcrever as lições da *Prof^a. Maria Luiza Vianna Pessoa de Mendonça*²¹, que ao analisar o princípio da irretroatividade tributária, legou-nos as seguintes contribuições afetas à essa matéria no âmbito tributário:

“Ao lado dos direitos individuais, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu a garantias destinadas a viabilizar-lhes a fruição e o exercício. Entre os direitos individuais assegurados pelo texto constitucional em vigor (art. 5º) estão o direito à segurança, à liberdade e à propriedade, sendo que uma das garantias previstas no mesmo texto destinadas a assegurar o gozo e a função desses direitos é o princípio que comumente se denomina de “princípio de irretroatividade da lei”

.....
A segurança jurídica é ínsita à concepção liberal do Estado do direito. Observam Lohlein e Jaenke que a idéia geral de segurança jurídica pode ser analisada no seu conteúdo formal, entendido este como a estabilidade do direito, e no seu conteúdo material, que se expressa na chamada proteção da confiança.

A segurança jurídica, no caput do art. 5º da Constituição Federal de 1988, foi erigida à condição de direito considerando em si mesmo.

²⁰ ESSER, Josef. Op. Cit. p. 67

²¹ PESSOA DE MENDONÇA, Maria Luiza Vianna. Op. Cit. p. 145

Mas isto não impede que ela seja tomada, tendo em vista os termos do citado dispositivo, também, no sentido de garantia ou instrumento de manutenção dos outros direitos ali consagrados, como os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade.”³

Como se denota dessas lições, a irretroatividade alcança a própria concepção da estabilidade das relações jurídicas.

No campo da tributação, os princípios alcançam direitos individuais e coletivos dos contribuintes. Nessa linha, os princípios, segundo J. Esser, constituiriam guias de razoabilidade jurídica, sendo o certo que em todo *corpus iuris* consta uma riqueza de normas muito superior ao textualmente formulado.

Dessa forma, nem todo princípio se depreende imediatamente do texto e, assim, não se reduz, a fenômenos singulares que se cingiriam ao pensamento axiomático.

VI. FUNÇÕES DOS PRINCÍPIOS

Os princípios não se esgotam no texto maior e, por isso, são imanentes as conquistas políticas, sociais, econômicas, dentre outras que embasam um Estado de direito democrático.

A função dos princípios pode ser vista sob vários ângulos, que variam desde exigência de otimização,²² até uma função ordenadora²³ do sistema jurídico

Como função ordenadora, cabe ressaltar a opinião sempre oportuna, do Professor Jorge Miranda:

“O direito não é mero somatório de regras avulsas, produtos de actos de vontade, ou mera concatenação de fórmulas verbais articuladas entre si. O direito é ordenamento ou conjunto significativo e não conjunção resultante de vigência simultânea, implica coerência ou talvez mais rigorosamente, consistência, projecta-se em sistema, é unidade de sentido, é valor incorporado em regra. É esse ordenamento, esse conjunto, essa unidade, esse valor projecta-se ou traduz-se em princípios, logicamente anteriores aos preceitos.”

²² CANOTILHO, J.J Op. Cit. P. 1063

²³ MIRANDA, Jorge. Op. Cit. p.223.

Omissis

A função ordenadora dos princípios revela-se particularmente nítida e forte em momentos revolucionários, quando é nos princípios – nos quais se traduz uma nova idéia de Direito – e não nos poucos e precários preceitos escritos, que assentam directamente a vida jurídica – política do país. Mas não menos sensível se apresenta em épocas de normalidade e estabilidade institucional.

Eles exercem uma acção imediata enquanto directamente aplicáveis ou directamente capazes de conformarem as relações político constitucionais.

Com efeito, os princípios exercem uma função prospectiva e expansiva no contexto jurídico.

Aliás, os princípios concretizam os valores insertos na ordem jurídica e, com isso, conduzem a certa unidade do sistema legal.

Enfrentando a questão funcional dos princípios, o Professor J.J Gomes Canotilho²⁴ afirma a possibilidade da existência de uma função retórica argumentativa em sede principiológica, como se segue:

“... Convém distinguir entre princípios hermenêuticos e princípios jurídicos. Os princípios hermenêuticos desempenham uma função argumentativa, permitindo, por exemplo, denotar a ratio legis de uma disposição (§. Infra, cap. 3º, cânones da interpretação) ou revelar normas que não são expressas por qual quer enunciado legislativo, possibilitando aos juristas, sobretudo aos juizes, o desenvolvimento, integração e complementação do direito (*Richterrecht, analogia júris*). Não é destes princípios que tratamos aqui.

Os princípios interessar – nos – ão, aqui, sobretudo na sua qualidade de verdadeiras normas, qualitativamente distintas das outras categorias de normas ou seja, das regras jurídicas.”

No sentir do Professor português, J.J. Gomes Canotilho, um modelo não pode apenas ser constituído exclusivamente por regras secundárias em verdadeiro legalismo, sem a possibilidade de complementação e desenvolvimento do sistema; a par disso, conclui que os princípios

²⁴ CANOTILHO, J.J Gomes.Op. Cit. p. 1035

possuem uma função normogénica e sistemática, amalgamando, desse modo, o sistema jurídico.

De outro modo, deve-se considerar que os princípios necessitam de procedimentos e processos que lhes dêem operacionalidade prática, bem como consagram valores que se revestem de capacidade deontológica de justificação.

Na ótica tributária, os princípios assumem certa função de garantia para os contribuintes, tais como a legalidade tributária, a anterioridade, a tipicidade, dentre outros que espelham a segurança jurídica do contribuinte²⁵.

Não resta dúvida que, com o avanço da positivação dos direitos fundamentais, houve por parte dos princípios constitucionais tributários certa imposição formal limitadora da tributação. Nesse passo, desdobram-se as funções envoltas nos diversos princípios tributários que assumem uma maior importância na jurisprudência e doutrina.

Destarte, ao mencionar o princípio da legalidade e suas implicações na esfera fiscal, o Prof. José Casalta Nabais destaca certas funções vinculadas ao respectivo princípio:²⁶

“Todavia, estas outras funções dos princípios da legalidade fiscal não constituem obstáculos à manutenção da sua função garantística. Desde logo, porque algumas delas têm por detrás uma preocupação manifestamente garantística, como acontece com a do compensação pela inaplicabilidade aos impostos dos princípios da proporcionalidade, da racionalização e da justiça da acção administrativa fiscal. Por outro lado, as outras funções estão também longe de ser totalmente alheias à ideias de garantia, já que o contrapeso do parlamento face a uma administração extraordinariamente poderosa, sobretudo em termos factícios e por razões de ordem técnica e burocrática, e a necessidade de uma direcção política da comunidade por parte de órgão de repre-

²⁵ LOBO TORRES, Ricardo. Curso de Direito Financeiro e Tributário. Ed. Renovar. RJ, 2ª ed. p. 74. Para o Prof. Ricardo Lobo Torres, os princípios constitucionais tributários também podem assumir a vinculação de ideias básicas ligadas à justiça, à equidade, bem como à segurança jurídica. Assim, estabelece a classificação de determinados princípios adstritos às noções de justiça, equidade, segurança jurídica, dentre outras ideias vinculadas a essa questão.

²⁶ NABAIS, José Casalta. O Dever Fundamental de Pagar Impostos. Ed. Almedina. Coimbra. 1998 p.343.

sentação nacional (central) dos cidadãos ainda refletem, de algum modo, a garantia destes na medida em que entregam os impostos a um órgão e a um processo tidos por mais “amigos” e eficazes em termos de realizar um adequado nível do estado social.”

Acresça-se que Victor Uckmar²⁷, afirma que um dos imperativos de todas as constituições é o da igualdade de direitos e deveres dos cidadãos que, perante os gravames fiscais, pode ser compreendida em dois sentidos, a saber: a) em sentido jurídico, como paridade de posição, e com exclusão de qualquer privilégio de classe, religião, raça, de modo que os contribuintes que se encontrem em idêntico regime fiscal. b) em sentido económico, como deve contribuir aos encargos públicos em igual medida, entendida em termos de sacrifício, isto é, em relação à capacidade contributiva dos indivíduos.

Verifica-se, nesse diapasão, que os diversos princípios tributários assumem diferentes concepções aos olhos críticos de tributaristas de escol. Seguindo essa linha, para Hector Villegas,²⁸ o princípio da capacidade contributiva assume certas funções, tais como: 1. Elemento unificado – assim como o fato impositivo típico distingue, também a capacidade contributiva o uniformiza, já que, apesar de ambos captarem realidades diferentes, têm, em comum, natureza económica de demonstrar aptidão de cooperar com as despesas públicas. 2. Elemento explicativo da evolução dos tributos. 3. Garantias substanciais não é só um critério ou opção do legislador, mas uma garantia concreta dos particulares. 4. Substituição tributária. 5. Capacidade jurídica – tributária. 6. Imunidade tributária.

Pérez Ayala²⁹ refere-se ao princípio da capacidade contributiva como informador da igualdade e generalidade, eis que funciona como base para os critérios de realização de justiça tributária, bem como, estabelece garantias materiais diretas que a constituição outorga aos particulares.

Nota-se que, apesar das peculiaridades que se revestem os princípios tributários, não se pode deixar de considerá-los como coordenadores do

²⁷ UCKMAR, Victor. Princípios Comuns de Direito Constitucional Tributário. Trad. de Marco Aurélio Greco S. Paulo. Ed. RJ, 1976, p.53/54,

²⁸ VILLEGAS, Hector Curso de Direito Tributário Trad. de Roque Carrazza. S. Paulo. Ed. RT, 1980 p.56/57.

²⁹ AYALA, Pérez. Las Ficciones en el Derecho Tributário Madrid: s.n. 1970, apud villegas, Hector, Op. Cit. p.89

sistema fiscal e garantidores dos direitos dos contribuintes frente ao Estado.

Tal garantia, não apenas deverá ser observada pelo Poder Executivo e Legislativo, mas, principalmente, pelo Poder Judiciário garantidor, em última instância, do reconhecimento funcional de quaisquer princípios, especialmente os vinculados à tributação.

VII. Eficácia

Os princípios são eficazes independentemente do texto legal,³⁰ contudo se enquadram em determinado sistema que os corporifica, ou, em outras palavras, os positivam com vistas à observância de certos problemas permanentes.

Conforme o entendimento de J. Esser³¹ todas as culturas jurídicas repetem o mesmo ciclo: descobrem os problemas, formam os princípios e articulam um sistema.

Todavia, a questão principiológica pugna por um pensamento aberto e rechaça a simples dedução, como solução para uma sociedade cada vez mais complexa no que tange à exigência de bens, valores e dignidade de vida.

Cabe sublinhar que para J. Esser³² a validade dos princípios vincula-se aos limites de um reconhecimento institucional. Desse modo, a eficácia dos princípios já reconhecidos institucionalmente ocorrerá por meio da jurisprudência que, por seu turno, baseia-se em princípios informativos, transformando-os em princípios efetivos.

Sublinhe-se, por oportuno, que os princípios informativos passam a ser normativos com base no seu reconhecimento a partir do *leading case*.

À vista disso, conclui-se que a eficácia vincula-se à normatividade, isto é, a possibilidade de sua concretização na sentença ou na norma jurídica.

Certos princípios, segundo o Prof. Ricardo L. Torres³³ que estejam adstritos à liberdade e à segurança possuem eficácia *erga omnes* e são auto-aplicáveis, como a anterioridade, universalidade, etc

O controle e a legitimidade de poder também são fatores que contribuem para a aplicação dos princípios, cabendo, nessa linha, transcrever as lições de Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero Esser,³⁴ que ponderam:

³⁰ ESSER, Josef. Op. Cit. p.7

³¹ ESSER, Josef. Op. Cit. p.7

³² ESSER, Josef. Op. Cit. p.22/23

³³ Torres, Ricardo lobo. Op. Cit. p.133

³⁴ Manuel Atienza e Juan Ruiz Manero. Op.Cit. P.7

“Ahora bien, junto com esta tendencia acrescentou – por ast decir-lo- el poder del Derecho en la sociedad, aumento también la demanda de que ese poder esté limitado por criterio morales que los ordenamientos jurídicos tiendem a incorporar bajo la forma de derechos fundamentales. Por eso, los principios jurídicos – en este caso, sobre todo, los principios jurídicos en sentido escrito – encuentran una formulacion, cada vez más explícita en las declaraciones de derechos recogidas en las constituciones. Naturalmente la necesidad de legitimar y controlar el poder nos es una cosa nueva. Pero lo quizás sea nuevo es la manera de obtenerlo como há escrito Aulis Aarnio (1991) “en las culturas jurídicas occidentales, la fe en las autoridades há experimentado una fuerte merma en comparacion com las décadas anteriores,” lo que há venido a trodueirse en un refuerzo de la exigência de justificación de sus decisiones. El eje de la consideración como legítimo del ejercicio de los poderes públicos reside hoy en que éstos sean capaces de perseguir – y de lograr – objetivos sociales sin vulnerar los derechos fundamentales de los individuos. El logro de este difícil equilibrio – que iriene a ser el principio regulativo del jurista contemporáneo – dependerá, en buena medida, de que se desarrolle una teoria y una proética adecuadas de los principios jurídicos”.

De outra vertente, cumpre tratar do assunto com base nas lições da Profª Maria Luiza Vianna³⁵ que, com propriedade, assinalou que o princípio da irretroatividade da lei tributária, bem como os princípios jurídicos de forma geral, devem ser entendidos do seguinte modo:

“Os princípios jurídicos não constituem regras gerais que possam ser aplicadas diretamente para a resolução de casos, necessitando de concretização, concretização essa que se dá em diversos graus diferentes, através de outros princípios jurídicos – subprincípios - de regras gerais, e em último grau pela jurisprudência.

Os princípios jurídicos se esclarecem por meio de suas concretizações em subprincípios; os subprincípios por sua vez, se esclarecem pela sua união perfeita com o princípio q que dizem respeito; assim, há um esclarecimento recíproco entre princípios, não se podendo falar, no caso de um sistema dedutivo.

Os princípios jurídicos obedecem a uma ordem hierárquica

considerando-se os valores a que eles servem, e aqueles princípios jurídicos que tenham o mesmo peso nos diversos graus de concretização obedecem, ainda um jogo concertado mas não totalmente pré – programado entre eles, jogo este que se realiza por meio da sua complementação e restrição de seu sentido, uns pelos outros, não estando, nas palavras de Karl Larenz, “Sempre determinado o limite a partir do qual um princípio cede primazia ao outro”; “só no seu jogo se esclarecerão o alcance e o pleno significado dos princípios um primeiro passo para a interpretação dos princípios jurídicos há de ser, assim, a observação de como se dá esse jogo, jogo esse que varia no tempo e no espaço e reflete o momento histórico. Não há, então como se atribui, a prioridade, em termos de conteúdo, um caráter absoluto para os princípios jurídicos.”

E prossegue a ilustre autora em suas conclusões a respeito do princípio da irretroatividade da lei:

“Dentro de uma visão sistêmica no campo do direito constitucional, o princípio da irretroatividade da lei densifica ou concretiza, ao lado de outros princípios jurídicos, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos os quais, por sua vez, concretizam o princípio geral da segurança este último constituindo um dos princípios concretizadores do princípio do Estado de Direito. Entende-se também, que o princípio geral da segurança jurídica concretiza o princípio republicano, isto no caso do direito constitucional brasileiro.”

A questão da eficácia dos princípios constitucionais tributários deve ser vista à luz do ordenamento jurídico em vigor.

Não se pode excluir a questão da eficácia da lei tributária e os princípios que noticiam o regime de competência na instituição de tributos.

Sobre o tema em pauta, é interessante notar as observações empreendidas pelo Professor Flávio Bauer Novelli³⁶ que, ao analisar o princípio da anualidade e anterioridade tributária, defende ainda a permanência da anualidade tributária, como princípio de eficácia institucional, pelas razões abaixo expostas:

³⁵ Pessoa de Mendonça, Maria Luíza Vianna. Op. Cit. p 368/369

³⁶ NOVELLI, Flávio Bauer Art. Anuidade e Anterioridade na constituição de 1988. In Rev. de Dir. Administrativo. RJ 179/80

“Releva notar, bem assim, que em nosso ordenamento constitucional a anualidade tributária pertence à categoria daqueles princípios que Esser apropriadamente designa como “princípios de eficácia institucional”, ou ainda, como “princípios normativos”, enquanto estes se acham (e na medida em que efetivamente se achem) “materializados em instituições Positivamente reconhecidas”.

No que particularmente respeita à anualidade tributária, esse reconhecimento e essa materialização operam – se, com certeza, e em dois momentos distintos na lei orçamentária anual ou, para ser mais exato, na instituição constitucional e financeira em que consiste o denominado orçamento fiscal. Primeiro que tudo, em razão de estar este por explícita determinação constitucional (CFRB, art.165, n°III, §§ 5° 8° e 9°, n°I; art.165, caput e §§ 3° 6°), igualmente sujeito à limitação temporal a que essencialmente corresponde a regra fundamental da anuidade (orçamentária)...

Por outro lado, o princípio da anualidade tributária também se materializa institucionalmente no orçamento fiscal com caráter radicalmente normativo, por via do preceito hoje enunciado no art 5°, § 2°, da CFRB, segundo o qual a enumeração por esta, de direitos e garantias não exclui outros, não enumerados, decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. A anualidade tributária, enquanto imediatamente decorre, como acaba de ver-se, do próprio regime democrático, bem assim como dos princípios do Estado de Direito, da anualidade do orçamento e da legalidade (em sentido amplo) da tributação, constitui portanto, por sua vez, princípio dotado de “eficácia institucional”, que além de vincular o legislador, limitando-lhe o exercício do poder normativo primário, tem, por isso que nele assenta garantia fundamental do contribuinte aplicação imediata como direito positivo (CRFB art 5°, § 1°) 6. Acresce a isso tudo que o princípio da anualidade tributária ainda permanece como conteúdo de mais um preceito de direito financeiro, aos quais, hoje, em conformidade com o art.165, § 9°, n° I, da CFRB, correspondem a força e o valor da lei complementar. Com efeito, determina a citada disposição constitucional “Cabe à lei complementar: I – dispor sobre o exercício financeiro, a vigência, os prazos, a elaboração e a organização do plano plurianual, da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual”. Acontece que as normas gerais a que se refere essa disposição constitucional (quando

menos as relativas ao orçamento anual), já se contém na lei (Federal) nº 4.320 de 17 de março de 1964; e estas, como é pacífico, que naquilo que não houver sido expressa ou implicitamente ab-rogada, por isso que novada a base de sua validade pela constituição superveniente, não simplesmente subsistem, mas, em virtude de ter sido o seu conteúdo doravante definido como matéria de lei complementar, adquirem sucessiva e indiretamente, a força e o valor jurídico próprio dessa categoria de ato nominativos.

Em conformidade com o anteriormente dito, impõe-se portanto concluir que o princípio da anualidade dos tributos, embora não explicitamente inscrito na Constituição, permanece positivamente válida e eficaz no sistema tributário nacional, enquanto limitação constitucional do poder de tributar a garantia fundamental ao contribuinte, necessariamente decorrente da anualidade orçamentária nos termos em que o explicitam as normas gerais de direito financeiro atinentes ao orçamento fiscal (CRFB, art. 165, § 9º, nº I). “

O entendimento do ilustre Professor visa, sobretudo, perscrutar a questão institucional do princípio da anualidade e a sua validade e eficácia no ordenamento jurídico.

Todavia, a aceitação da anualidade como princípio implícito no sistema tributário, encontra inúmeras dificuldades quanto ao reconhecimento pela doutrina e jurisprudência no que permite à sua validade e eficácia³⁷.

Pela fundamentação acima exposta, pode-se afirmar que os princípios são dotados de certa eficácia, vinculando os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário à sua observância. Nesse ponto, tem-se algo fundamental para as relações jurídicas tributárias, pois a partir de um arsenal principiológico não poderão tais poderes agir casuísticamente, criando regras para a positivação dos princípios. Assim sendo, conclui-se que os princípios produzirão efeitos sobre a criação e interpretação do Direito Tributário.³⁸

³⁷ LOBO TORRES, Ricardo. Direito Financeiro e Tributário. Ed. Renovar. RJ. 2ª ed. p.99. O Prof. Ricardo Lobo Torres, em suas lições, destaca que: “Entre nós a anualidade tributária desapareceu a partir da Emenda de nº 1, de 1969, à Carta de 1967, sendo substituída com vantagem, pelo princípio da anterioridade, que impede a criação ou o aumento de tributos no ano da execução orçamentária. É bem verdade que autores de prestígio, como Flávio Bauer Novelli (op. Cit., p.19 e seguintes), ainda defendem a existência da anualidade tributária, ao lado da orçamentária, apoiados na doutrina que atribui ao orçamento a natureza de lei material.”

³⁸ Cf. LOBO TORRES, Ricardo. Op. Cit. p. 77.

CONCLUSÃO

1. As normas, com efeito, bipartem-se em: regras e princípios.
2. Os princípios podem ser entendidos como normas de otimização e não se prendem a certas amarras verbais, no dizer de Canotilho, bem como são mais abrangentes do que as regras.
3. As regras consubstanciam normas de conduta e se aplicam singularmente a situações específicas, não contêm um campo amplo e genérico, conforme dispõem os princípios.
4. Os princípios por serem amplos, conduzem a certa evolução quanto à interpretação e aplicação do direito e, assim, assumem ares de ordenadores do sistema jurídico.
5. Também, deve ser levado em conta que os princípios são garantidores dos direitos fundamentais dos cidadãos perante o Poder Público, não discrepando tal entendimento no campo dos princípios constitucionais tributários.
6. Por fim, a eficácia dos princípios há que ser reconhecida, em última instância, nas decisões judiciais que lhes assegurem o pleno cumprimento compatível com um estado democrático de direito, garantidor dos direitos subjetivos que dispõem os contribuintes.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, ROBERT. Teoria de Los Derechos Fundamentales, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, Espanha,
- ATIENZA, MANUEL e MANERO, JUAN RUIZ. Las Piezas del Derecho. Teoria de los Enunciados Juridicos. Ariel, Barcelona, Espanha, 1996
- BARROSO, LUÍS ROBERTO. Interpretação e Aplicação da Constituição, 3ª ed., Saraiva, São Paulo, 1999.
- CANOTILHO, J. J. GOMES. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Almedina, Coimbra, Portugal, 1998.
- CARRAZZA, ROQUE ANTONIO. Curso de Direito Constitucional Tributário, 3ª ed., RT, São Paulo, Brasil, 1991.

- ESSER, JOSEF. Principio y Norma en La Elaboración Jurisprudencial del Derecho Privado, Bosch, Barcelona, Espanha
- GONÇALVES, J. A LIMA. Isonomia na Norma Tributária, Malheiros, São Paulo, 1993.
- HART, HERBERT L. O Conceito de Direito, 2^a. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, Portugal,
- LARENZ, KARL. Metodologia na Ciência do Direito, 2^a. ed., Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, Lisboa, Portugal,
- MANEIRA, EDUARDO. Direito Tributário. Princípio da Não-Surpresa, Del Rey, Belo Horizonte, Brasil, 1994
- MENDONÇA, MARIA LUIZA VIANNA PESSOA DE. O Princípio Constitucional da Irretroatividade da Lei. A Irretroatividade da Lei Tributária, Del Rey, Belo Horizonte, 1996.
- MIRANDA, JORGE. Manual de Direito Constitucional, Tomo II, 3^a.ed., Coimbra, 1996.
- NABAIS, JOSÉ CASALTA. O Dever Fundamental de pagar Impostos, Almedina, Coimbra, Portugal, 1998.
- NOVELLI, FLAVIO BAUER. Anuidade e Anterioridade na Constituição de 1988 in Revista de Direito Administrativo 179/80, RT, São Paulo, Brasil.
- PEIXINHO, MANOEL MESSIAS. A Interpretação da Constituição e os Princípios Fundamentais, Elementos para uma Hermenêutica Constitucional Renovada, Lumen Juris, 1999.
- SALDANHA, NELSON. Filosofia do Direito, Renovar, Rio de Janeiro, Brasil, 1993.
- SARMENTO, DANIEL. Os Principios Constitucionais e a Ponderação de Bens in Teoria dos Direitos Fundamentais, Ricardo Lobo Torres (org.), Renovar, Rio de Janeiro, Brasil, 1999.
- TORRES, RICARDO LOBO. Os Direitos Humanos e a Tributação, Imunidades e Isonomia, Renovar, Rio de Janeiro, 1995. Curso de Direito Financeiro e Tributário, Renovar, Rio de Janeiro, 2^a. ed., 1995.
- UCKMAR, VICTOR. Principios Comuns de Direito Constitucional Tributário, RT, São Paulo, 1976.
- VILLEGAS, HECTOR. Curso de Direito Tributário, trad. de Roque Carrazza, RT, São Paulo, 1980

Clonagem Humana: Aspectos Teológico, Ético e Jurídico

Manoel Messias Peixinho*

“Não é a natureza que proíbe clonar.
Nós devemos decidir.”.
Jürgen Habermas

INTRODUÇÃO

O Reino Unido foi o primeiro país a aprovar uma lei que autoriza a clonagem de embriões de seres humanos, proibindo, contudo, a clonagem para fins reprodutivos. A permissão para clonar embriões, segundo os defensores da nova modalidade de manipulação genética, visaria à cura de doenças degenerativas graves, como o mal de Alzheimer, e à regeneração e substituição de células doentes. Desde a primeira experiência de clonagem com a ovelha Dolly, em 1997¹, até a decisão do Parlamento inglês, que autorizou a clonagem de embriões humanos, a ciência tem despertado sentimentos de euforia, preocupação e até mesmo de fúria.

A euforia se percebe em grande parte do meio científico. A ciência, ao mapear a genética, conseguiu o trunfo de possibilitar que doenças, geneticamente herdadas, pudessem ser evitadas, com a substituição das células degeneradas por outras sadias. A partir da clonagem de animais, o mundo assiste, como se não acreditasse, ao grande passo para a reprodução humana clonada.² Porém, ao lado da euforia, percebe-se, mesmo dentre os

* Doutorando em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Professor do Departamento de Direito da PUC-Rio e de Pós-Graduação das Faculdades Bennett e da UCAM. Advogado no Rio de Janeiro.

¹Em 2000, no Brasil, a Embrapa fez a sua primeira experiência de clonagem animal, clonando, com sucesso, o bezerro Vitória.

² jbonline.terra.com.br/papel/internacional.

cientistas, a preocupação quanto à rápida utilização dos embriões humanos, sem uma pesquisa mais aprofundada da nova espécie de manipulação. Outros pensadores e filósofos invocam a bioética para discutir os efeitos éticos resultantes da clonagem humana: o clone é um ser com identidade própria? É portador de direitos e tem uma personalidade capaz de ser individualizado como ser humano na sociedade? A fúria advém de grupos religiosos e conservadores que encaram a clonagem humana como a destruição da vida e a inversão de valores espirituais e religiosos.

Neste trabalho, apresentamos, de forma sumária, três aspectos que consideramos importantes à abordagem da clonagem humana: os aspectos teológico, ético e jurídico. Contudo, antes de abordarmos os aspectos fundamentais que envolvem a temática, apresentamos, à guisa de introdução, algumas notas propedêuticas fundamentais ao estudo da clonagem humana, quais sejam, a bioética, o biodireito, os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo de serem definidos esses temas é consolidar, ainda que sumariamente, conceitos que serão utilizados nos capítulos principais. Este ensaio tem, única e exclusivamente, o propósito de suscitar certas indagações a respeito da clonagem humana, sem qualquer pretensão de esgotar ou dogmatizar conceitos, sejam quais forem as suas vertentes.

1. NOTAS PROPEDEÚTICAS

1.1 Clonagem Humana

Clonagem³ significa a reprodução assexuada de um ser humano, a partir de uma célula ou de um conjunto de células, geneticamente manipuladas. A clonagem pode ser realizada de duas maneiras. A reprodutiva, objetivando a reprodução de clones; e a não-reprodutiva, feita para fins terapêuticos, com a finalidade de produção de tecidos ou órgãos, partindo de embriões ou células imaturos, com capacidade de auto-regeneração, com o fito de reparar tecidos danificados⁴. A clonagem humana enfrenta alguns problemas, como, por exemplo, a instabilidade

³Segundo o Novo Dicionário Aurélio, de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, 3ª edição, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 488, etimologicamente, a palavra clone advém da raiz grega "klón" e significa rebento, broto.

⁴Cf. Maria Helena Diniz, O Estado atual do Biodireito, São Paulo: Saraiva, 2001, p. 421.

genética, que pode resultar em deficiência ao desenvolvimento fetal, advindo, conseqüentemente, problemas fisiológicos de difícil reparação. Porém, os cientistas afirmam que esses problemas não ocorrem com a clonagem terapêutica usada em transplantes para a substituição de células defeituosas. Neste caso, a utilização das células-tronco produz resultados satisfatórios⁵.

1.2 Ética, Bioética e Biodireito

Adolfo Sanchez Vasquez define ética como "a teoria ou ciência do comportamento dos homens em sociedade"⁶, que investiga os postulados que envolvem a moral. Contudo, é preciso diferenciar ética e moral. Enquanto esta se expressa como manifestação do comportamento humano em diversos contextos culturais, aquela é empírica, porque busca desvendar o comportamento moral da humanidade. O mundo da moral é fático, exterior e palpável, a ética, ao revés, terá sempre um método para investigar a experiência dos fatos morais. Por isso, é perfeitamente possível falar em "morais" como manifestações históricas e contextualizadas de comportamentos humanos⁶, tendo a ética, por seu turno, uma preocupação mais isenta e metodológica, ao circunstanciar um objeto a ser investigado, com pretensão de universalidade⁷.

⁵ Cf. Jornal Folha de São Paulo. 06/07/2001. Pode-se, ainda, classificar a clonagem em natural e artificial. A clonagem natural "pode ocorrer em mamíferos, como no tatu, e, mais raramente, nos gêmeos univitelinos, que são parte de um clone. Nos dois casos, embora haja reprodução sexuada na formação do zigoto, os descendentes idênticos têm origem a partir de um processo assexuado de divisão celular. A clonagem induzida artificialmente é uma técnica da engenharia genética aplicada em vegetais e animais, ligada à pesquisa científica. Nesse caso, o termo aplica-se a uma forma artificial, baseada em um único patrimônio genético. A partir de uma célula-mãe, ocorre a produção de uma ou mais células (idênticas entre si e à original), que são os clones. Os indivíduos resultantes desse processo terão as mesmas características genéticas do indivíduo "doador", também denominado original", in <http://www.trabalho51.hpg.ig.com.br/ciencia>.

⁶ Segundo Adolfo Sanchez Vasquez, ob. cit., p. 24, numa rápida distinção entre ética e moral, pode-se afirmar que "moral vem do latim *mos* ou *mores*", costume "ou costumes", no sentido de conjunto de normas ou regras adquiridas por hábito. A moral refere-se, assim, ao comportamento adquirido ou modo de ser conquistado pelo homem. Ética vem do grego *ethos*, que significa, analogamente, "modo de ser", ou "caráter" e responde a uma disposição natural, mas que é adquirida ou conquistada por hábito.

⁷ Para V. Domingo Garcia Marzá, Ética de la Justicia, Madrid: Tecnos, 1996, p. 21, a moral se constrói a partir de uma práxis cotidiana fundada em contextos particulares e raciocínios subjetivos. A esse conteúdo particularista, agrega-se uma exigência de universalidade, que pretende alcançar homens e mulheres em qualquer situação. Quer dizer, uma ética universalista, ao perseguir e fundamentar uma exigência denominada ponto de vista moral, cuja inspiração se reporta à tradição kantiana.

A bioética⁸ se propõe a estabelecer uma conexão entre a vida biológica e a ética. A manipulação dos instrumentos científicos, com o seu consequente emprego na vida humana, permite construir um conhecimento “interdisciplinar, ligado à ética, que investiga, na área das ciências e da saúde, a totalidade das condições necessárias à administração responsável da vida humana, em geral, e da pessoa humana, em particular”.

O biodireito se utiliza, metodologicamente, dos estudos da bioética e da biogenética, construindo um estatuto jurídico regulador das ações que afetem à vida, privilegiando a ética como vetor primordial da atuação científica. As regras jurídicas deverão preservar a dignidade humana contra a coisificação do ser humano. Destarte, a ciência deixa de ser um fim em si mesma e passa a ser um instrumento a favor da

⁸ Segundo Jean-Jacques Israel, Manuel de Droit des Libertés Fondamentales, Paris: L.G.D.J., 1998, p. 358, o termo bioética é plurívoco. Etimologicamente, a palavra se forma da conjugação de dois termos: bios, a vida, e ethos, que significa costume, relacionando à vida, num sentido abrangente, com a moral. De maneira mais precisa, a terminologia origina-se do direito americano, porque a tendência a se preocupar com o binômio vida e moral se manifesta mais acentuadamente nos países anglo-saxônicos. Na França, a noção de bioética é compreendida no sentido mais restrito, aplicando-se aos problemas morais relacionados com a biologia e a medicina. Com relação ao seu conteúdo, bioética significa o direito de dispor do corpo relacionado à integridade física e a identidade das pessoas.

⁹ Cf. Regina Fiúza Sauwen e Severo Hryniewicz, O direito “in vitro”: Da bioética ao biodireito. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 21. Para Maria Helena Diniz, ob. cit., pp. 10-11, a bioética seria, em sentido amplo, uma resposta da ética às novas situações oriundas da ciência no âmbito da saúde, ocupando-se não só dos problemas éticos, provocados pelas tecnociências biomédicas, e alusivas ao início e fim da vida humana, às pesquisas em seres humanos, às formas de eutanásia, à distância, às técnicas de engenharia genética, às terapias gênicas, aos métodos de reprodução humana assistida, à eugenia, à eleição do sexo do futuro descendente a ser concebido, à clonagem de seres humanos, à mudança de sexo em caso de transexualidade, à esterilização compulsória de deficientes físicos ou mentais, à utilização da tecnologia do DNA recombinante, às práticas laboratoriais de manipulação de agentes patogênicos, como também dos decorrentes da degradação do meio ambiente, da destruição do equilíbrio ecológico e do uso de armas químicas. Segundo Vicente de Paulo Barretto, Bioética, biodireito e direitos humanos, in Teoria dos Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: 1999, p.393, é a análise filosófica da bioética que permitirá estabelecer os parâmetros racionais, éticos e universais do biodireito, assumindo duas dimensões: a) trata-se, no primeiro nível, de desenvolver os argumentos racionais, que possam fundamentar e explicar os valores e princípios envolvidos. A bioética, sob esse aspecto, situa-se num nível meta-deontológico e analítico. Pretende-se, portanto, menos tomar posição, e, em consequência, expressar uma verdade canônica, e, mais, descobrir os argumentos contraditórios ou tautológicos encontrados no discurso bioético; b) no segundo nível, a bioética procura explicitar recomendações objetivas, que contribuam para solucionar problemas específicos e circunscritos. Encontram-se, nesse caso, pareceres dos filósofos morais sobre problemas de política pública ou decisões judiciais.

integridade dos valores sociais¹⁰. Neste sentido, a Constituição Federal, em seu art. 225, parágrafo 1º, inciso II, proclama, ser missão do Estado, “preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético”.¹¹

1.3 Direitos Fundamentais e Dignidade da Pessoa Humana

Os direitos fundamentais se enraizam nas garantias clássicas liberais, conquistadas a partir das revoluções francesa e americana, dentre outros precedentes históricos, nos quais se inserem, *latu sensu*, — os direitos econômicos, políticos, culturais e os direitos sociais —, *stritu sensu*, — direitos dos trabalhadores — que advieram das conquistas das classes trabalhadoras e das transformações sociais geradas pelas contradições resultantes da relação capital-trabalho, o que resultou, por seu turno, no exaurimento do Estado Liberal e no consequente surgimento do intervencionismo do Estado de Bem Estar Social.

Nas constituições modernas, os direitos fundamentais ocupam um lugar de primazia, objetivando a materialização do ideal meramente formal de liberdade e igualdade forjado pelo liberalismo clássico.¹² A nova ordem constitucional exige que as políticas públicas sejam implementadas visando à situação concreta do homem e da mulher, com a concretização dos direitos fundamentais. A dignidade, por sua vez, somente é vivenciada, plenamente, com a satisfação da cidadania, exigindo-se, dos diversos atores sociais, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, objetivos somente alcançados, por sua vez, quando são erradicadas a pobreza, a

¹⁰ No magistério de Elida Séguin, Biodireito, 3ª, edição, Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 39, citando Graciela Gutiérrez, o termo bioética significa “el estudio sistemático de la conducta humana en el área de las ciencias de la vida y la atención de la salud, en tanto que dicha conducta es examinada a la luz de los principios y valores morales”. O biodireito, segundo ainda a autora, p. 43, surgiu como a dimensão moral da medicina e, posteriormente, quando começam a surgir os princípios e as regras jurídicas, se transforma em biodireito.

¹¹ Sobre ética, bioética e biodireito, ver, ainda, a obra de Matilde Carone Slaibi Conti, Ética e Direito na Manipulação Genética. Rio de Janeiro: Forense, 2001, especialmente as páginas 1-113.

¹² Segundo Antonio E. Perez Lunõ, Los Derechos Fundamentales. 6º ed., Madrid: Tecnos, 1995, p. 21, “los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fines directivos de acción positiva de los poderes públicos.

miséria e as desigualdades sociais e regionais, conforme prescrevem os incisos III e IV do artigo 3º da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, os direitos fundamentais transformam o indivíduo em cidadão consciente de seus direitos e obrigações, cômico de sua integridade e do compromisso com os destinos da sociedade, o que contraria, conseqüentemente, a concepção liberal, que vê no ser humano um indivíduo isolado, egoísta e distanciado da solidariedade¹³. É nessa linha de raciocínio que assinala Antonio E. Perez Lunõ, serem as normas que sancionam o Estatuto dos direitos fundamentais em conjunto com aquelas que prescrevem a forma de estado e as que estabelecem o sistema econômico decisivas para definir o modelo constitucional de sociedade¹⁴. Os direitos fundamentais são, em síntese, a expressão de valores ou decisões axiológicas de uma determinada sociedade, consagrada na normativa constitucional e conformando todo o ordenamento jurídico infraconstitucional¹⁵.

O princípio da dignidade da pessoa humana¹⁶ ocupa o epicentro do ordenamento jurídico, sendo o ser humano o seu mais importante protagonista. A dignidade humana, para ser efetiva, exige o respeito aos direitos fundamentais e a exclusão de qualquer espécie de coação ilegal externa, que impeça o desenvolvimento da personalidade. É íntima a relação entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana, sendo certo que a dignidade da pessoa se traduz como "medida dos direitos" (direitos fundamentais), de tal sorte que, em regra, a violação de um direito fundamental es tará sempre vinculada à ofensa da dignidade da "pessoa".¹⁷ Nesse sentido, o constituinte brasileiro de 1988 foi categórico ao inscrever, no inciso II, do art. 1º, da Constituição brasileira de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, além de estatuir a existência digna como vetor da ordem econômica, no caput do art. 170.

¹³ "O ser humano existe apenas enquanto integrante de uma espécie que precisa do outro(s) para existir (rectius, coexistir)". Cf. Maria Celina Bodin de Moraes, O Princípio da Solidariedade, in Os princípios da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 169.

¹⁴ Antonio E. Perez Lunõ, ob. cit. p. 19.

¹⁵ Antonio E. Perez Lunõ, ob. cit. pp. 22-23.

¹⁶ Cf. Joaquín Arce e Flórez-Valdez. Los principios generales del derecho y suya formulación constitucional. Madrid, Civitas, 1990, p. 149.

¹⁷ Cf. Geddeert-Steinacher, Menschenwürde als Verfassungsbegriff, p. 1, citado por Ingo Wolfgang Sarlet. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 104.

2. ASPECTOS TEOLÓGICOS DA CLONAGEM HUMANA

Teologicamente, Deus é o criador do universo, incluindo o homem e a mulher: "Deus criou o homem e a mulher e lhes disse: Sede fecundos, multiplicai-vos, enchei a terra e sujeitai-a; dominai sobre os peixes do mar, sobre as aves dos céus e sobre todo animal que rasteja pela terra" (Gen. 1:26-31). Porém, ao sujeitar o mundo ao ser humano, como está escrito na própria passagem que transcreve a criação, Deus concedeu aos homens e mulheres a permissão para sujeitar o seu "habitat". Não há limites à razão humana porque Deus permitiu que o ser humano, por meio da utilização de sua inteligência, fosse capaz de promover todas as transformações que pudessem tornar o mundo um lugar melhor para fruição da existência. Ademais, o ser humano foi equiparado a Deus em grandiosidade, dentre todos os seres da criação, conforme está previsto na Bíblia: "Eu disse sois deuses, sois todos filhos do altíssimo". (Salmo 82:6 e João 10:34). Separados, e ao mesmo tempo indissociavelmente unidos ao cosmos, homem e mulher são investidos na missão de habitar, povoar e transformar o mundo. Destarte, o ser humano é apresentado como a novidade inigualável da criação. Porém, a singularidade humana advém de sua composição espiritual. Formado de corpo e alma, o ser humano diferencia-se dos outros animais irracionais porque a alma humana é "uma substância criada, viva e racional, que confere, por si mesma, a vida e a sensibilidade a um corpo organizado e suscetível de sensações"¹⁸. E o corpo, como se apresenta teologicamente? Na verdade, não se pode separar corpo e alma. Ambos compõem, harmoniosamente, a essência da criação, porque "como o corpo necessita da alma, assim a alma precisa do corpo: a sensibilidade seria impossível sem uma natureza material, e a potência intelectual não poderia atuar sem a sensibilidade"¹⁹. O ser humano é, por conseguinte, o resultado perfeito e inseparável da união entre alma e corpo. Nessa perspectiva teológica, não se pode justificar a *clonagem de um corpo*, porque a criação resulta de um ato em que a criatura é gerada de forma indivisível, por meio de uma humanidade integrada inteligentemente. Contudo, a criatura não é escrava do criador.

¹⁸ Philotheus, Boehner e Etienne, Gilson. História da Filosofia Cristã. Tradução de Raimundo Vier. Rio de Janeiro: Vozes, 1982, p. 94.

¹⁹ Philotheus Boehner e Etienne Gilson, ob. cit., p. 99.

A racionalidade demarca a separação entre o ser humano e os outros animais irracionais. Para Santo Agostinho, a criação do ser humano, à imagem e semelhança de Deus, significa a elevação, em dignidade, do ser humano acima de todos os seres vivos: "Vemos a face da terra embelezar-se com animais terrestres. Vemos o homem, criado a Vossa imagem e semelhança, constituído em dignidade acima de todos os vivos, isto é, por virtude da razão e da inteligência"²⁰. O mesmo entendimento é compartilhado pelo teólogo Paul Tillich: "o homem é livre, na medida que é capaz de receber imperativos incondicionais, morais e lógicos, que indicam que ele pode transcender às condições que determinam todo o ser finito"²¹. Porém, uma pergunta se impõe: o homem é livre ilimitadamente? Existem limites teológicos à liberdade humana? Certamente que a resposta implica na investigação tanto dos meios quanto dos fins da atuação humana. A ciência não pode *clonar* corpos sem levar em consideração a dignidade inerente a cada indivíduo. A dignidade da pessoa humana, aqui entendida como limite intransponível de respeito à individualidade, implica na rejeição da *clonagem*, se for utilizada como mero instrumento de manipulação genética.

A liberdade humana é condicionada, não em função de ter Deus criado um ser escravo e limitado, mas porque o respeito à dignidade humana nega, de forma absoluta, que o ser humano utilize o seu semelhante como objeto. Para que a clonagem fosse aceita teologicamente, haver-se-ia de reconhecer, a pessoa clonada, as dimensões corpórea e espiritual de todo ser humano. A indissociável unidade do corpo e espírito, que justifica a dignidade cristã, repele que o ser humano assuma a função de criador e de manipulador dos seus semelhantes. Por essas razões, algumas questões continuam sem resposta ante uma possível aceitação da clonagem: Essa

²⁰ Santo Agostinho. Confissões. Tradução de J. Oliveira Santos, S.J., e A. Ambrósio de Pina, S.J. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p.413. No mesmo sentido, ensina São Tomás de Aquino, Compêndio de Teologia, Tradução de Luiz João Baraúna, in Os Pensadores, São Paulo: Nova Cultural, 1996, p. 177, que "a capacidade de compreender coloca o homem acima de outros animais. Pois é óbvio que, dentre os animais, só o homem é capaz de apreender os universais, as relações entre as coisas, as coisas imateriais, que só se percebem através da inteligência".

²¹ Paul Tillich. Teologia sistemática. Tradução de Getúlio Bertelli. São Paulo: Edições Paulinas, 1984, p. 266. Segundo, ainda, o autor, na mesma página, o homem é livre na medida em que tem a faculdade de criar mundos acima do dado, o mundo dos instrumentos e dos produtos técnicos, o mundo das expressões artísticas, o mundo das estruturas teóricas e das organizações práticas "etc".

nova criatura será utilizada para que fins e propósitos? Esse novo *ser clonado* tem uma alma e pode ser considerado filho de Deus? Esses questionamentos estão no cerne da preocupação teológica que desafiam os líderes espirituais das diversas denominações religiosas.

3. ASPECTOS ÉTICOS DA CLONAGEM HUMANA

O desafio ético está em saber se o homem é livre para fazer o que bem entende ou se é condicionado por determinadas circunstâncias. Carlos Santiago Nino critica, enfaticamente, o determinismo em suas diversas dimensões²². O determinismo afirma que todo evento tem uma causa, retirando-se do indivíduo qualquer responsabilidade pela prática de suas ações. A aceitação de um determinismo, que isenta os indivíduos de suas responsabilidades, é uma ameaça à relevância moral da vontade humana, pois os homens não teriam efetiva liberdade para atuar, não lhes podendo atribuir quaisquer responsabilidades por seus atos²³. Na verdade, há uma verdadeira antítese entre a defesa do determinismo e a posição oposta, que postula levar seriamente em consideração à vontade das pessoas no seio das instituições sociais, porque toda a vida em sociedade, nas circunstâncias mais adversas, está baseada na adoção, em maior ou menor grau, do princípio oposto ao determinismo, que pode ser denominado por dignidade da pessoa humana²⁴.

²² Carlos Santiago Nino. Ética y derechos humanos. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1989, pp. 269-273. Assim, há diversas classes de determinismos. Sócrates e Platão defenderam um determinismo ético, segundo o qual os homens não podem deixar de fazer o bem e quando fazem algo moralmente errado, fazem por compulsão ou erro. O determinismo teológico afirma que dado que o valor de uma verdade de uma proposição é atemporal, uma proposição acerca do que alguém fará no futuro sempre tem sido verdadeira ou falsa, porque o agente não pode alterar esse valor de verdade que a proposição já tinha antes de sua ação. O determinismo psicológico afirma que as ações humanas são condicionadas por sucessos, inclinações, tendências, de índole mental. O determinismo físico sustenta que nossos atos são o resultado casual de fatores físicos, químicos, biológicos (como de índole genética) que ocorrem em forma imediata em nosso organismo e mediata em outros organismos ou no meio circundante. O determinismo social afirma que as ações humanas são causadas por fatores tais como sua identidade a certa classe social, pela forma que participam nas estruturas produtivas, ou pelo processo de socialização e de educação a que o indivíduo se tem submetido, ou pelas tradições culturais e hábitos sociais de seu meio social, ou pela influência propagandística de fatores de poder.

²³ Carlos Santiago Nino, ob. cit., p.275.

²⁴ Carlos Santiago Nino. ob. cit., p.285.

O princípio da dignidade da pessoa humana significa que, em primeiro lugar, o ser humano deve ser tratado segundo suas ações, intenções ou manifestações de consentimento²⁵. É inaceitável uma ciência que não assuma as conseqüências dos seus resultados. A ciência não caminha inexoravelmente a um futuro incerto. Os postulados científicos devem levar em consideração que os seres humanos são responsáveis eticamente pelos seus atos. Não se pode *clonar* seres humanos defendendo-se, como discurso legitimador, que a clonagem é inevitável ou é um resultado do avanço científico. Um determinismo científico, que assuma a defesa de uma reprodução humana a qualquer custo, molda um modelo de ciência irresponsável e amoral. Acresça-se que a tese defendida de que a clonagem será um bem irrecusável à coletividade conduz à negação da própria pessoa humana, compreendida como valor-limite da ordem jurídica²⁶.

Em segundo lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana significa que os indivíduos são seres responsáveis pelos seus atos. O *clone humano*, entendido como extensão de outro ser resulta na crença de que um indivíduo pode ser dependente de uma outra individualidade. Com razão afirma Jürgen Habermas que “ninguém deve dispor de uma outra pessoa e controlar as suas possibilidades de ação, de tal modo que seja roubada uma parte essencial da liberdade da pessoa dependente. Essa condição é violada quando uma pessoa decide o programa genético de uma outra²⁷”. Neste sentido, há um ponto de contato entre o pensamento de Carlos Santiago Ninõ e Jürgen Habermas. Nino entende que o

²⁵ Porém, como bem salienta Jorge Miranda, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos do Homem, in *Digesta*, A. Castanheira Neves, Escrito acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros, Coimbra: Coimbra Editora, Volume II, 1995, p. 462, “a autonomia humana não deve ser absolutizada, sob pena de se transformar numa patologia degenerativa que resulta no individualismo”. Nesta mesma linha de raciocínio, afirma que “a secularização, que responsabilizava o homem pela história, não tardou em ser secularismo; a emancipação dos interesses, condição decerta da concreta realização terrena; logo, permitiu a constituição do capitalismo, com a sua seqüela actual no economicismo; a razão, ao fechar-se nos limites do transcendental, não podia gerar senão o racionalismo; a ciência, tão-só como instrumento operatório metodológico, rompia com a sapiência e facilmente extrapolou no cienticismo”.

²⁶ Cf. Celso Lafer. A Reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988, p. 133. Em outra passagem, p. 118, afirma o autor que “o valor da pessoa humana, enquanto conquista histórico-axiológica, encontra a sua expressão jurídica nos direitos fundamentais do homem”.

²⁷ Jürgen Habermas, A Constelação pós-nacional. Ensaio político. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p.210.

determinismo é uma ameaça à autonomia do indivíduo, criando um ser eticamente irresponsável, enquanto Habermas diz que “o clone assemelha-se ao escravo, na medida em que ele pode empurrar para outras pessoas uma parte da responsabilidade que normalmente deveria caber a ele mesmo²⁸”. Por conseguinte, a clonagem resultaria na criação de um indivíduo eticamente inferior e irresponsável pelos seus atos.

4. ASPECTOS JURÍDICOS DA CLONAGEM HUMANA

A personalidade deve ser o ponto inicial da discussão sobre os limites jurídicos à clonagem humana. Segundo o Código Civil, “a personalidade civil do homem começa no nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (art. 4º). Advêm do direito da personalidade, segundo lição de Pontes de Miranda, os direitos, as pretensões, ações e têm como características a irrenunciabilidade, inalienabilidade e a irrestringibilidade. São “direitos irradiáveis dele os de vida, liberdade, saúde (integridade física e psíquica) honra, igualdade²⁹”.

²⁸ Jürgen Habermas, ob. cit., p.211.

²⁹ Pontes de Miranda. Tratado de direito privado. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Tomo I. Brookseller, Campinas: 1999, p.2166. Em obra que já se tornou clássica, A Garantia da intimidade como direito fundamental, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999, pp.89-90, a professora Vânia Siciliano Aieta, ao discorrer sobre os direitos da personalidade e da intimidade, defende que “sob a denominação de direitos da personalidade, compreendem-se direitos considerados essenciais à pessoa humana, que a doutrina moderna preconiza e disciplina com a finalidade de preservar a sua dignidade”. Citando Adriano de Cupis, diz a ilustre professora da Puc-Rio, que os direitos da personalidade “são o direito à vida e à integridade física, o direito à liberdade, o direito sobre as partes do corpo humano e sobre o cadáver, o direito à liberdade, o direito à honra e à intimidade, do direito à identidade pessoal e ao nome e o direito autoral”. Já o direito à intimidade, “nasce como subespécie dos direitos da personalidade. É um direito moral. Provém da liberdade. É o direito de alguém poder recolher-se à solidão e ter seu universo íntimo preservado, pois nada mais é, segundo Pontes de Miranda, que ‘feito da própria liberdade’, consistindo em fazer ou deixar de fazer o que bem lhe aprouver”. O conteúdo do direito à intimidade pode ser definido como ‘um direito personalista de natureza moral’, que ‘contém em seu ensejo múltiplas vertentes’, como as relações de intimidade com o direito de imagem, a defesa do nome, a tutela da obra intelectual (direito de inédito), o direito ao segredo e outras extensões a atributos da personalidade, como a voz”. Escudando-se na doutrina de W. Moraes, a professora Maria Celina Bodin de Moraes, Recusa à realização do Exame de DNA na investigação de paternidade e direitos da personalidade, in *Direito, Estado e Sociedade*. Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – n.º 9, agosto-dezembro de 1996, p.88, afirma que os direitos da personalidade são absolutos, isto é, oponíveis erga omnes e inseridos numa cláusula geral de proteção pelo legislador civil moderno.

Deste conceito clássico, passa-se ao reconhecimento constitucional dos direitos fundamentais, acrescentando-se, além dos já citados, o direito à privacidade, que se desdobrará, por sua vez, no direito à intimidade, à vida privada e à imagem. Esses direitos são classificados por Paulo Bonavides direitos fundamentais da primeira geração, "os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos, que, em grande parte, correspondem, por um prisma histórico, àquela fase inaugural do constitucionalismo do ocidente"³⁰. Na verdade, os direitos inerentes à personalidade correspondem a um dever que se impõe de não se intrometer nem permitir violação ao conjunto de direitos que protegem a personalidade dos cidadãos.

A *clonagem* de seres humanos encontra óbice em inúmeros direitos fundamentais. O direito à vida é "o direito à existência, de estar vivo, de defender a própria vida, de permanecer vivo. É o direito de não ter interrompido o processo vital senão pela morte espontânea e inevitável"³¹. Se o ser *clonado* não tiver direito de dispor de sua própria vida, estar-se-á diante da negação à própria humanidade. A vida também impõe o respeito à integridade física. Desde o Código de Nuremberg³², que repeliu as experiências desumanas em pessoas, a utilização de seres humanos em experiências científicas é inadmissível, se não houver o consentimento livre e voluntário do indivíduo. Seria retrocesso histórico a perspectiva de criação de seres humanos como cobaia de experimentos ou até mesmo como fornecedores de órgãos. A liberdade também restaria violada, porque o clone, concebido como ser dependente geneticamente de outro, não gozaria de autonomia suficiente para se impor como pessoa livre e soberana de seus atos e ações. Segundo Habermas, refletindo especificamente sobre a clonagem humana, a relação de dependência entre o gerador e o gerado "diverge das conhecidas relações interpessoais, à medida que subtrai a possibilidade de transformação em uma relação entre iguais"³³, porque,

³⁰ Paulo Bonavides. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 8ª ed., 1999, p. 117.

³¹ José Afonso da Silva. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 126.

³² Segundo Lúcia de Toledo Piza Peluso, A Revolução biológica e os direitos humanos, na dissertação de mestrado apresentada à Universidade de São Paulo. São Paulo, 2001, p. 226, "a criação, em 1.945, do Tribunal de Nuremberg, para julgar as atrocidades cometidas pelos nazistas durante a guerra, espelha o reconhecimento dos fundamentos éticos da vida em sociedade e da dignidade do ser humano, valores esses que, reconhecidos formalmente na Declaração dos Direitos do Homem, passaram a presidir a ordem internacional".

³³ Jürgen Habermas, ob. cit. p. 218.

no seu entender, o princípio constitucional da igualdade repele, categoricamente, o tratamento desigual entre seres humanos, seja qual for a sua origem genética.

Constitui-se, ademais, noutra óbice à clonagem humana, o respeito universal aos direitos humanos conquistados desde a Revolução Francesa de 1789. Praticamente todas as constituições democráticas do mundo e inúmeros documentos internacionais³⁴ e nacionais³⁵ parecem rejeitar, explicita ou implicitamente, a clonagem de seres humanos, considerando-a incompatível com o princípio da dignidade da pessoa humana³⁶.

CONCLUSÃO

As indagações suscitadas sobre a clonagem humana ainda amadurecerão. A ciência não pára os seus experimentos com a clonagem humana e as discussões continuam gravitando em torno dos desafios científicos

³⁴ Cf. Paulo Otero. Personalidade e identidade pessoal e genética do ser Humano: um perfil constitucional da bioética. Lisboa: Almedina, 1999, pp. 96-102. O Parlamento Europeu, na Resolução de 11 de março de 1997, proíbe a clonagem humana, recomendando a Comissão Europeia bloquear quaisquer ajudas financeiras comunitárias, bem como admoesta os Estados que assumam regras éticas fundadas na dignidade humana, nos domínios da biotecnologia e medicina. A Diretiva 98/44/CE, também do Parlamento Europeu e do Conselho, de 06 de julho de 1998, dispõe no seu artigo 6º, n.º 2, que não são patenteáveis, nomeadamente, os processos de clonagem humana, da modificação da identidade genética germinal do ser humano e as utilizações de embriões para fins industriais ou comerciais. Outros documentos, ainda que indiretamente, proíbem a clonagem, como são a Declaração de Helsínque da Associação Médica Mundial, de julho de 1964, alterada em 1975, 1983 e 1989, a Declaração de Manila de 1981, dentre outros documentos.

³⁵ No Brasil, o art. 225, XI, incisos I e II, diz incumbir ao poder público preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do país e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético, bem como controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco de vida, a qualidade da vida e ao meio ambiente. A lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, que regulamentou os dispositivos constitucionais, veda a manipulação genética. A Lei 8.974/95 proíbe, em seu art. 8º, inc. II e III e IV, a manipulação genética de células germinais humanas, a intervenção em material genético humano "in vivo", exceto para o tratamento de defeitos genéticos, respeitando-se os princípios éticos, tais como o princípio da beneficência, e com aprovação prévia do CNTbio e a produção e armazenamento ou manipulação de embriões humanos destinados a serviço, como material biológico disponível. Há, ainda, outras instruções normativas sobre a matéria.

³⁶ Sintetizando o significado do princípio da dignidade humana, Ana Paula de Barcellos, A eficácia dos princípios constitucionais, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 103-104, diz que "a dignidade da pessoa humana, o valor do homem como um fim em si mesmo, é hoje um axioma da civilização ocidental, e talvez a única ideologia remanescente".

ou ético-religiosos, como se a ciência pudesse prosseguir a sua trajetória incólume aos desafios éticos. As reflexões expostas brevemente neste artigo serviram para demonstrar que o avanço das recentes técnicas de reprodução humana, bem como as descobertas das novas fronteiras da genética, exigem muito mais que uma abordagem meramente científica. A manipulação desses novos mecanismos implica no questionamento de diversos valores e dogmas culturais, éticos, religiosos e científicos. A pergunta crucial que se faz é a seguinte: existem limites à utilização dos conhecimentos científicos? A bioética, associada aos valores éticos, responderá que sim. A biotecnologia deve ser utilizada para dignificar a saúde do homem e, ao mesmo tempo, preservar-lhe a sua dignidade como pessoa. O ser humano não pode ser utilizado como experimento. O custo da integridade física e espiritual não justifica a utilização de quaisquer métodos de manipulação genética. O biodireito assume, nesta perspectiva, um papel fundamental. As normas jurídicas, protetoras dos direitos fundamentais, não são óbice ao desenvolvimento da ciência, antes, constituem-se, ao contrário, num instrumento de proteção do ser humano contra possíveis agressões à sua dignidade.

Crédito Trabalhista: Execução contra Instituição Financeira Insolvente

Renato Sobrosa Cordeiro

I - INTRODUÇÃO AO TEMA

O sistema jurídico pátrio adotou normas especiais para a cobrança de créditos contra empresa comercial insolvente. A certeza de que o patrimônio do devedor – garantia dos credores – é insuficiente para honrar todas as obrigações contraídas impôs a criação de instituto jurídico que assegurasse a mais ampla igualdade entre os credores, garantindo-se, assim, tratamento isonômico ao direito de propriedade exteriorizado pelos títulos de crédito ostentados.

O instituto da falência - Decreto-lei nº 7.661/45 – positiva conjunto de regras jurídicas que regula, dentre outras matérias, sistema de execução coletiva que abrange todos os bens do devedor insolvente, e que se desenvolve perante única autoridade judiciária (princípio da unidade do juízo).

Ninguém duvida, pois, que as disposições contidas na Lei de Falências assimilam uma arquitetura legal, mediante concurso universal de credores, com o escopo de assegurar a mais ampla igualdade entre todos.

A concretização dessa igualdade, em breves traços, encontra-se regulada em vários dispositivos da lei, dentre os quais destacam-se: (a) o vencimento antecipado de todas as dívidas; (b) rateio entre os credores que ostentem idêntica classe de crédito; (c) impossibilidade de deflagração de execuções judiciais enquanto perdurar o regime falimentar; (d) não incidência de gravame sobre os bens da massa (penhora), para que possam ser realizados pelo síndico, com vistas a pagamento isonômico a todos os credores, observadas classes e preferências

legais; (e) inexigibilidade de pagamento de juros enquanto insatisfeito, na totalidade dos créditos, o principal.

II - INSOLVÊNCIA DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Conquanto às instituições financeiras também se apliquem as disposições gerais da Lei de Falências, a edição da Lei nº 6.024/74, a exemplo de outros estatutos legais que a antecederam, plasmaram normas de *ratio* especial, que subtraem das normas gerais os casos em que nela estão compreendidos.

De longa data leis especiais vêm submetendo as instituições financeiras ilíquidas ou insolventes a regime próprio de execução coletiva, sobretudo porque o abalo do crédito no âmbito do sistema financeiro nacional afeta a credibilidade do mercado financeiro e até mesmo a higidez da política econômica do país.

As atividades desenvolvidas pelas instituições financeiras representam o progresso econômico sob a forma associativa de capital, desempenhando papel de relevante interesse público no direcionamento do crédito. Através da coleta, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros realizam o financiamento da indústria e do comércio, prestam serviços à comunidade sob as mais variadas formas, financiam exportações, incrementam a atividade econômica e promovem a circulação de ativos financeiros e não-financeiros.

Conquanto consagre o ordenamento constitucional a livre iniciativa, a economia de mercado, razões de ordem pública, porém, condicionaram a liberdade privada de tal segmento no interesse da coletividade, submetendo-o a regime jurídico-administrativo de controle do Estado.

Assim é que promona da Lei nº 4.595/64 competir ao Conselho Monetário Nacional e ao Banco Central do Brasil em relação às instituições financeiras, em campos delimitados, orientar a aplicação de recursos, gerar regras de funcionalidade, promover a supervisão e fiscalização, controlar a expansão monetária, direcionar o crédito, zelar pela liquidez e solvabilidade, dentre outras disposições.

Mais do que evidente o tratamento especial dispensado pela Lei nº 6.024/74 à quebra de uma instituição financeira, competindo, assim, ao Banco Central do Brasil decretar sua liquidação, processando-a por meio de liquidante extrajudicial por ele nomeado e sob sua permanente supervisão e controle.

O tratamento especial dispensado às instituições financeiras, assim como a tutela própria contida no Código de Processo Civil quanto à sistemática de execução por quantia certa contra devedor insolvente, bem como as regras aplicáveis às empresas não-financeiras falidas absorvidas no Estatuto de Quebra, não atrai, a meu juízo, tais disposições para a esfera do *ius singularis*, porque o direito excepcional é positivado por ordem de razão diversa da do direito comum, do que não se trata, porque são princípios informadores da ordem jurídica a execução direta contra devedor solvente e a execução coletiva contra devedor insolvente, seja esta pessoa física ou jurídica.

III - O CRÉDITO TRABALHISTA

A Lei de Falências, de aplicação supletiva no que couber e não colidir com os preceitos da Lei nº 6.024/74, imunizou de habilitação ou concurso o crédito fiscal e elegeu o crédito trabalhista preferencial de recebimento em relação a qualquer outro, inclusive o fiscal.

No plano infra-constitucional, a presença da preferência do crédito trabalhista é a tônica que se irradia em todo o ordenamento positivo onde exista concurso de credores. Assim é que a própria arrecadação fiscal da União, dos Estados e dos Municípios cede perante o crédito de natureza trabalhista, a teor do que dispõe o art. 186 do Código Tributário Nacional, *verbis*: “O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for a natureza ou o tempo da constituição deste, ressalvados os créditos decorrentes da legislação trabalhista.”

Atente-se, porém, que a preferência legal ostentada pelo crédito de natureza alimentar em relação aos demais não autoriza sua exclusão da regra consubstanciada no art. 18, “a”, da Lei nº 6.024/74, que trata da suspensão das execuções em curso contra a massa e da impossibilidade de deflagração de novas enquanto perdurar a liquidação extrajudicial da sociedade, como melhor se verá adiante.

A insujeição do crédito fiscal à habilitação ou concurso na falência ou na liquidação extrajudicial, se de um lado o remete às regras especiais manejadas na Lei nº 6.830/80, de outro impõe obstáculo intransponível à efetividade da tutela jurisdicional nas execuções fiscais ajuizadas contra a massa, dada a indisputável preferência ostentada pelo crédito trabalhista.

Recorde-se, também, que ao crédito fiscal aplicam-se as regras de

preferência previstas no parágrafo único do art. 187 do CTN, que se verificam entre pessoas jurídicas de direito público na seguinte ordem: União, Estados, Distrito Federal e Territórios, e *pro rata*, municípios.

IV - DISPUTA DO CRÉDITO TRABALHISTA

Conquanto preferencial, o crédito trabalhista encontra óbice insuperável para ser satisfeito na via executória porque concorre com os demais créditos trabalhistas contra a massa, submetendo-se, por essa singela razão, a rateio. Em outras palavras, entra pelos olhos que o princípio da *par conditio creditorum*, pilar dos regimes concursais, restaria rompido se instaurado o princípio da desigualdade entre credores da mesma classe!

É indisputável que na generalidade dos casos a insolvência da empresa agrega desequilíbrio contábil de tal ordem que inviabiliza pagamento integral a todos os credores de idêntica classe, inclusive trabalhistas. Evidente que se a dívida consolidada trabalhista for superior à totalidade dos ativos da empresa falida, o prosseguimento de execuções singulares resta em flagrante oposição aos objetivos do concurso universal, porque representaria, ao final, esgotamento antecipado de ativos da empresa, dando ensanchas a que considerável parcela de credores trabalhistas tenha seu crédito totalmente insatisfeito.

Só a execução coletiva proporciona condições de paridade entre todos os credores, sobretudo de classe idêntica, mediante habilitação e rateio, nos limites das forças da massa. É por essa razão que a partir do momento da decretação da falência ou da liquidação extrajudicial deixa de existir credor singular e, bem assim, garantia singular, porquanto todos os bens da massa são afetados a todos os credores.

Assim, ao se permitir a penhora de um bem da massa, garantia afetada a todos os credores, para garantir execução singular contra empresa falida, viola-se todo o sistema legal que informa o regime do concurso universal, na medida em a paridade entre todos os credores seria rompida.

Patente, pois, que a execução singular seguida de penhora de bem afetado ao universo de credores, em benefício de credor singular, para além de afrontar expressa disposição em lei federal (art. 18, da Lei nº 6.024/74), importará em notável violação ao devido processo legal instituído naquele diploma legal e vulnerará o princípio constitucional da isonomia, pela desconstituição da *par conditio creditorum*.

V - DECISÕES JUDICIAIS

À exceção das execuções trabalhistas, de que se cuidará adiante, a jurisprudência dos tribunais não discrepam sobre a aplicabilidade da suspensão das execuções em curso na data da declaração judicial de falência ou do decreto de liquidação extrajudicial, inadmitindo-se a deflagração de qualquer outra enquanto perdurar o regime de constrição à empresa.

Nesse sentido a jurisprudência pacificada no Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*: “*Liquidação extrajudicial – Execução para cobrança de crédito fundada em título extrajudicial – Suspensão – A decretação da liquidação produz a suspensão das ações e execuções sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras enquanto durar a liquidação (Lei nº 6.024/74, art. 18, “a”)* Tratando-se de execuções, é de rigor a suspensão, não vindo a pêlo precedentes do STJ a propósito da ação de conhecimento. É irrelevante tenha a execução se iniciado antes da edição do decreto de liquidação. Recurso Especial conhecido e provido.” (ac. Unânime da 3ª Turma, RESP 177635, julgado em 23.03.99, relator Ministro Nilson Naves, DJ de 07.06.99).

Nas execuções fiscais contra a massa falida, a matéria resta incontroversa nos Tribunais. Conquanto pacífico que o crédito fiscal é insujeito a concurso e habilitação, o Superior Tribunal de Justiça, dentre inumeráveis decisões, acolhe a tese paradigma do Recurso Especial nº 8.353-0, de 19.04.93, que sobressai no relatório do Ministro Humberto Gomes de Barros com a seguinte ementa: “*Processual – Execução fiscal – Massa Falida – Bens penhorados – Dinheiro obtido com a arrematação – Entrega ao Juízo Universal – Credores privilegiados. I – A decretação da falência não paralisa o processo de execução, nem desconstitui a penhora. A execução continuará a se desenvolver até a alienação dos bens penhorados. II – Os créditos fiscais não estão sujeitos a habilitação no Juízo falimentar, mas não se livram de classificação, para disputa de preferência com os créditos trabalhistas (Decreto-lei nº 7.661, de 1945, artigo 126). III – Na execução fiscal contra falido, o dinheiro resultante da alienação de bens penhorados deve ser entregue ao Juízo da falência, para que se incorpore ao monte e seja distribuído, observadas as preferências e forças da massa.*”

VI - JUSTIÇA DO TRABALHO

O posicionamento da Justiça do Trabalho sobre a matéria não é uniforme e envolve ampla dissidência em todos os níveis de decisão. Apesar de, ao longo do tempo, vários julgados agasalharem a tese da suspensão das execuções, a questão ainda envolve embates de difícil conciliação.

As conseqüências que sobrevêm desse impasse que nunca se encerra são rigorosamente deletéreas: empregados se sobrepõem uns aos outros no recebimento do crédito, gerando, como se viu, obrigações da natureza integralmente insatisfeitas; o Banco Central do Brasil, agente estatal interventor nas empresas financeiras, não consegue ultimar, com regularidade, as liquidações extrajudiciais, tendo em conta as constrações patrimoniais decorrentes de penhoras de bens, o que inviabiliza a liquidação dos ativos e o pagamento mais ágil aos credores da massa, destacando-se dentre estes os que exibem natureza alimentar.

Sensível a essa realidade, nos idos de 1997, o atual Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, à época Ministro Corregedor, Dr. Almir Pazzianotto, no processo TST-RC-390-601/97-0 – 19ª Região, adotou medida correicional, mediante concessão de liminar em favor do Banco do Estado De Alagoas S/A – PRODUBAN. É útil destacar alguns pontos anotados pelo ilustre Ministro:

“A lei como se vê, suspende o processamento de todas as ações propostas contra entidade em regime de liquidação extrajudicial, impedindo o ajuizamento de outras que recaiam sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, até decisão do Banco Central do Brasil relativa às impugnações feitas aos créditos apresentados ao Liquidante.”

Como acontece na Lei de Falências, onde os créditos serão habilitados em juízo universal, para serem examinados na Liquidação Extrajudicial, permitindo a contabilização de todo o ativo e passivo, para posterior encontro de contas.

A Corregedoria-Geral, dada a clareza de norma legal, compete lembrar aos srs. Magistrados integrantes da Justiça do Trabalho da 19ª Região Alagoas, a inafastável obrigatoriedade da obediência à norma legal, impedindo-se, conseqüentemente, pagamentos privilegiados e prejuízos indevidos a todos quantos mantiverem negócios com a pessoa jurídica em liquidação e que será extinta.

Deverão os senhores Juízes suspender os processos contra o requerente, negando amparo a pedidos de execução que recaiam sobre o patrimônio do PRODUBAN. A instituição acha-se sob administração do Banco Central do Brasil, órgão a quem, na forma da Lei, compete promover o acerto de contas com os devedores e credores, de acordo com o disposto pelo art. 22”.

Em outra oportunidade, em provimento idêntico no processo TST-RC-521.325/98-7 – 21ª Região, o então Ministro Corregedor, Dr. Ursulino Santos Filho, evoluindo de posição anterior externada em várias decisões no âmbito do TST (dentre outros, o RR nº 63316/92) destacou no documento concessivo de liminar em favor do Banco do Estado de Alagoas S/A – BANDERN:

“É de bom alvitre lembrar que a situação enfocada se circunscreve à hipótese de liquidação extrajudicial de instituição financeira, constituindo, por isso, exceção legal às diversas espécies de ação que poderiam ser propostas contra as entidades daquele tipo. Por isso a empresa contra a qual for proposta reclamação trabalhista, se não for instituição financeira em processo de liquidação extrajudicial não poderá, obviamente, beneficiar-se dos regramentos fixados na Lei nº 6.024/74. Não basta, pois, que seja instituição financeira, cujo tratamento judicial é igual ao dispensado pela CLT aos demais reclamados. É preciso que, obviamente, tenha decretada a sua liquidação extrajudicial.”

Observe-se, mais ainda, que tais procedimentos não decorrem, em absoluto, de um ato intervencionista da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho na atividade jurisdicional dos Egrégios Tribunais Regionais do Trabalho, mas, tão somente, de, na forma do art. 13, do seu Regimento Interno, adotar providências para coibir ato notoriamente contrário ao direito e que, por isso, findam por importar em atentado a fórmulas legais do processo.

Não cabe questionar, neste passo, a existência de recursos processuais à disposição das partes, para a impugnação de ato ou defesa de direitos, pois esses recursos, como se vê do diploma em referência, continuarão a existir, mas terão, também, por força de lei, os seus efeitos momentaneamente suspensos para possibilitar a liquidação de entidade, mediante tratamento igualitário a todos os seus credores”.

Tais decisões, contudo, não uniformizaram a visão temática da Justiça do Trabalho.

Assim é que inumeráveis decisões daquela Corte Trabalhista desertaram da tese da suspensão das execuções em curso, ao argumento de que a liquidação extrajudicial não teria o condão de impedir o direito à ação de execução promovida pelo credor visando à satisfação do título judicial alcançado no processo cognitivo, sob pena de sacrifício da garantia constitucional do acesso ao Poder Judiciário insculpida no art. 5º, XXXV, da Carta Política.

Em prol da mesma tese, assentam que o devido processo legal de acerto de dívidas trabalhistas tem sede intransponível na Justiça do Trabalho, a quem compete, por mandamento constitucional (art. 114 da CF), executar suas próprias decisões.

Certo é que a Suprema Corte Trabalhista construiu o Precedente 143 da SBDI 1, segundo o qual *“É direta a execução por crédito trabalhista contra empresa em liquidação extrajudicial”*, sendo da lavra do Ministro João Oreste Dalazen os argumentos mais sólidos de convicção, de útil colação:

“Conforme se sabe, a Lei nº 6.380/80 – que disciplina a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou inventário. Dispõe, ainda, no art. 29, repetindo o artigo 187 do Código Tributário Nacional, que a cobrança judicial de Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento. *Mutatis mutandis*, portanto, a superveniência de bancarrota ou de liquidação extrajudicial não desloca a competência do Juízo e nem obsta a execução de crédito trabalhista na Justiça do Trabalho.

Semelhante conclusão impõe-se com muito maior razão quando se recorda que o crédito trabalhista prefere até mesmo ao tributário (CTN, art. 186) e executa-se segundo as normas traçadas para este último (Lei nº 6.830/78), no que for omissa a CLT.

Ademais, parece-me que a Constituição de 1988 sufragou este entendimento no art. 114 (...) Ora, se é a Justiça do Trabalho competente para julgar os litígios decorrentes do cumprimento de suas próprias

sentenças, também o é, com muito mais razão para executar os créditos trabalhistas decorrentes de suas decisões, inclusive após a decretação da falência ou da liquidação extrajudicial”.

Concessa maxima venia, tais argumentos relançam *“a revolta dos fatos contra o direito”*, chancelam visão equivocada dos institutos jurídicos envolvidos, atentam contra a finalidade de normas jurídicas constitucionais e legais e não condizem com a visão macro-jurídica das decisões do Egrégio Tribunal Superior do Trabalho.

Atento aos prejuízos irreparáveis aos trabalhadores com o manejo da tese, a Corregedoria Geral da Justiça do Trabalho, por seu Ministro Corregedor, Dr. Francisco Fausto Paula de Medeiros, também superando posicionamento pessoal (de que é exemplo o voto por ele conduzido no ROAG nº 401738/2000) editou o Provimento nº 5/2000, que estabelece, pela via da prevenção da primeira Vara do Trabalho que efetuar a penhora na sede da empresa em regime especial, o princípio da unidade de juízo regional, com avocação de todos os processos de execução onde já tenham sido realizadas penhoras, fixando-se prazo de 12 (doze) meses para a habilitação, em juízo, dos créditos trabalhistas.

Conquanto louvável a decisão consubstanciada naquele Provimento, sobretudo pela finalidade e pela exata compreensão da proteção dos interesses em disputa, a medida inova na ordem jurídica ao criar direito em oposição ao já existente – execução coletiva em sede trabalhista, o que afronta o princípio da separação dos poderes.

Anote-se, por relevante, a evolução de posição dos Ministros Ursolino Santos e Francisco Fausto, que em vários julgados adotavam tese contrária, como se confere nos seguintes julgados, dentre outros: (a) RR nº 63316, 1992, acórdão nº 2348, decisão de 19.08.93; (b) ROAG nº 401737, 1997, decisão de 21.03.2000; (c) ROMS nº 414649, 1997, decisão de 06.06.2000.

VII - LÓGICA JURÍDICA DO CONCURSO

Não prosperam quaisquer dos fundamentos que dão suporte ao Precedente nº 143 da SBDI 1, do TST, bem assim às decisões que afastam o crédito trabalhista das regras de concurso de credores estabelecida em lei especial, sobretudo a estampada no art. 18, “a”, da Lei nº 6.024/74.

As normas que distinguem a execução contra devedor solvente da

execução contra devedor insolvente constituem princípios informadores da toda a ordem jurídica e assimilam todos os ramos do Direito.

Com efeito, a história do direito pátrio, harmonizada com a dos povos civilizados, sempre acolheu tratamento especial às execuções contra pessoa física ou jurídica na hipótese de as dívidas excederem o patrimônio do devedor. Assim é que o Estatuto Processual Civil trata em título próprio a Execução Contra Devedor Insolvente (art. 748 e seguintes), que se submete a conjunto de princípios positivados, dentre os quais: (a) execução por concurso universal; (b) vencimento antecipado de todas as dívidas; (c) quadro de credores com suas preferências; (d) rateio na proporção das forças patrimoniais e das preferências.

Observe-se que a unidade de juízo e a igualdade de condições entre os credores é mantida na hipótese de execução em curso em fase de praça ou leilão. O art. 763 do CPC, porém, estabelece que *"Havendo, em alguma execução, dia designado para a praça ou o leilão, far-se-á a arrematação, entrando para a massa o produto dos bens"* (destacou-se).

Verifica-se, assim, que as regras de concurso universal na insolvência civil são rigorosamente idênticas às adotadas para as pessoas jurídicas na Lei de Falências.

A instalação de concurso universal quando faltam bens e sobram obrigações, na verdade, é a forma menos imperfeita de distribuição de justiça, tendo em conta, sobretudo, que o patrimônio do devedor é a única garantia dos credores. Prestigia, assim, o Direito Processual Civil a instalação de execução coletiva, tornando comum a todos os credores o patrimônio do devedor, afastando-se aquele estatuto, por óbvias razões, da execução singular.

Observa-se, desde logo, que a garantia constitucional de acesso ao Poder Judiciário declarada em caráter genérico encontra na legislação infra-constitucional *iter* procedimental e complementar. O exercício de um direito individual se submete ao somatório de outros direitos individuais de idêntica natureza a ponto de plasmar o instituto do concurso universal de credores!

Não há, assim, credor singular, nem penhora. Os processos só caminham coletivamente. Se ao tempo da execução coletiva tem-se ciência de execução individual em curso em outro juízo em fase de praça ou leilão, segue-se a arrematação. O produto dela, porém, é adicionado ao monte arrecadado.

A doutrina trabalhista abalizada não é infensa à inadmissibilidade da execução do crédito trabalhista em face da força atrativa do Juízo Universal da Falência. Destaca-se, neste contexto, a lição do professor Amauri Mascaro Nascimento em sua clássica obra "Curso de Direito Processual do Trabalho", no qual, às páginas 260-261, leciona:

"A falência produz efeitos sobre a execução trabalhista, que decorrem de sua força atrativa, concentrando todas as execuções em uma só, daí resultando o processo de execução coletiva falimentar. Também essa regra geral deve prevalecer no processo trabalhista, de modo que o princípio fundamental é o de que, havendo falência de uma empresa, a prestação jurisdicional trabalhista termina com a sentença proferida na fase de conhecimento, não cabendo execução dessa sentença perante a junta. O interessado deve habilitar o seu crédito no juízo falimentar, como credor da massa falida, e será pago de acordo com as prescrições da lei falimentar. Se a sentença é illíquida, cabe a fase preambular executória da liquidação de sentença na Justiça do Trabalho, porque é evidente que o crédito a ser habilitado na falência deve ter o seu valor estabelecido pela sentença trabalhista. Após a liquidação, cessa a atuação do juízo especial e o empregado, de posse de certidão de sentença ou por ofício expedido pelo juiz presidente da junta, terá o direito de ter o seu crédito examinado e habilitado no juízo falimentar".

VIII – POSIÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Várias decisões do Superior Tribunal de Justiça vergaram a Justiça do Trabalho a essa realidade por ocasião de julgamento de conflitos positivos de competência, quando foi reconhecida a competência das Varas de Falências, considerado o traço particularíssimo da jurisdição falitária. São ilustrativas, dentre inúmeras outras as que se anotam:

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO TRABALHISTA – ARREMATAÇÃO – EMPRESA RECLAMADA CUJA QUEBRA FORA DECRETADA ANTERIORMENTE – UNIVERSALIDADE DO JUÍZO FALIMENTAR. Lei nº 7.661/45. Arts. 7º, 24 e 70.

I – A 2ª Seção, em precedentes mais modernos, decidiu que o crédito decorrente de salário está sujeito a rateio dentre os de igual natureza, pelo que não se enquadra na exceção prevista no art. 70, parágrafo 2º da Lei nº 7.661/45.

II – Destarte, não ocorrendo interessado na praça, se a adjudicação, pela reclamante, do bem penhorado em execução trabalhista, é posterior à decretação da quebra da empresa reclamada, o ato fica desfeito em face da competência universal do juízo falimentar, ao qual caberá processar o crédito da ex-empregada e o eventual rateio.

III – *Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo de Direito suscitado, da 3ª Vara Cível de Araçatuba, Estado de São Paulo (CC 26918/SP; DJ de 03.04.2000, rel. Ministro Aldir Passarinho Júnior).*

CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA – EXECUÇÃO TRABALHISTA CONTRA MASSA FALIDA – PENHORA REALIZADA ANTES DA QUEBRA – DESIGNAÇÃO DA PRAÇA PELO JUÍZO TRABALHISTA – INVALIDADE – COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA MARCAR NOVA HASTA PÚBLICA.

Deve ser sustada a hasta pública designada pelo juízo trabalhista, depois de decretada a quebra, e outra ser marcada pelo juízo falimentar, sendo o produto da alienação entregue à massa a fim de que seja efetuado o pagamento, depois do devido rateio, de quantos credores trabalhistas existirem.

Conflito conhecido e declarada a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara da Fazenda Pública, Falência e Concordatas de Curitiba, o suscitante (CC 19929/PR, DJ de 19.10.98, Rel. Ministro César Asfor Rocha).

COMPETÊNCIA – CONFLITO POSITIVO – JUSTIÇA TRABALHISTA E JUÍZO FALIMENTAR – EXECUÇÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS – FALÊNCIA SUPERVENIENTE – JUÍZO UNIVERSAL – INDIVISIBILIDADE – UNIVERSALIDADE – RECALCITRÂNCIA DA JUSTIÇA OBREIRA EM ENTREGAR BENS NESTE JUÍZO PENHORADOS – ART. 70 DO DECRETO-LEI Nº 7.661/45 – EXCEÇÃO DO ART. 24 DA LEI DE QUEBRA – INAPLICABILIDADE AOS CRÉDITOS TRABALHISTAS.

I – Consoante entendimento de vanguarda da 2ª Seção o crédito trabalhista sujeita-se a rateio entre os de igual natureza, pelo que não se enquadra na exceção prevista nos arts. 24, parágrafo 2º, I, e 70, parágrafo 4º, do Decreto-Lei nº 7.661/45.

II – Sobrevindo falência, a execução trabalhista já não pode prosseguir, ainda que haja penhora anteriormente realizada, salvo se já aprazada a praça ou arrematado os bens ao tempo de sua declaração, sob pena de romper-se os princípios da indivisibilidade e da universalidade do juízo da falência, com manifesto prejuízo para os credores.

III – Inobservada esta regra e antecipando-se a Justiça Trabalhista a levar à praça os bens constrictos, deve atender à requisição do Juízo Falimentar no sentido de os entregar para que proceda à ultimação dos atos de execução tendentes à satisfação dos direitos dos credores.

IV – Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Ananindeua – PA.

EXECUÇÃO – CRÉDITO TRABALHISTA – FALÊNCIA – Decretada a falência, o pagamento de créditos trabalhistas far-se-á no juízo em que essa se processe, não podendo ser penhorados bens arrecadados. Realizado, antes da quebra, o leilão, a que não acorrerem licitantes, e formulado o pedido de adjudicação, também antes da falência, caberá ao Juiz Trabalhista decidir a respeito, devendo transferir para a massa a importância decorrente de diferença, entre o valor do bem e o débito, a ser depositada pelo credor que adjudica o bem. Negada a adjudicação, o bem será arrecadado pela massa. (CC nº 19.341/SC, Relator o Ministro Eduardo Ribeiro).

Alguns trechos do Voto vencedor conduzido pelo Ministro Eduardo Ribeiro no processo último acima ilustrado merecem exibição:

“De fato, sem embargo do direito de preferência dos créditos trabalhistas, a falência é o processo de execução coletiva dos credores da massa e que recai na totalidade dos bens da falida, disputando, aqueles, o pagamento de seus créditos, por meio de concurso de preferência sobre o produto da alienação daqueles bens. Rege-se por normas e princípios próprios, dentre os quais o da universalidade do juízo da falência. Por isso mesmo, não se pode admitir, a par da execução coletiva, execução singular de algum dos credores da falida, sob pena de se frustrar, de um lado, o princípio de que todos os bens do comerciante devem compor o patrimônio da massa e, de outro, o de que

a esta devem concorrer todos os respectivos credores, cujos pagamentos serão feitos segundo as preferências legais.

Não pode haver, portanto, direito de prelação de determinado credor sobre este ou aquele bem da massa, aparelhando execução singular, paralelamente à execução coletiva, quanto mais de credores investidos em idêntico direito de preferência (...)

Os créditos trabalhistas, afirma-se, preferem a todos os outros. Admitindo-se que assim não seja não se afasta, de qualquer modo, a possibilidade de rateio entre os da mesma classe. Pode suceder que o ativo seja insuficiente para atender ao pagamento de todo o passivo trabalhista. Evidente que terá de haver rateio, o que ficaria sumariamente dificultado, senão mesmo impossibilitado, caso prosseguissem até final as execuções individuais. Esta possibilidade, aliás, faz com que não incida, na espécie, o disposto no art. 24, parágrafo 2º, I da Lei de Falências, a facultar prossigam as ações e execuções iniciadas, antes da falência, dos credores por títulos não sujeitos a rateio. Esta regra abrange apenas aqueles casos em que determinado credor, dada a natureza do privilégio, tenha individualmente uma preferência absoluta, não podendo haver outros que a possam disputar. Isto, aliás, note-se, terá hoje escassa ou nenhuma possibilidade de ocorrerem. A propósito, escreveu MIRANDA VALVERDE:

“Entendemos que somente não estão sujeitos a rateio aqueles títulos que por si mesmo excluem toda e qualquer outra pessoa do direito de participar das vantagens que os mesmos conferem ao seu titular. No dispositivo legal, com efeito, só devem caber aquelas ações ou execuções fundadas em direito que, por sua natureza jurídica, ou por ser o único, afaste qualquer idéia de outro idêntico, a ensejar um possível concurso. O autor ou o executante, individualmente, é que há de ser o único beneficiado” (Comentários à Lei de Falências, Vol. I, página 198 – 2ª edição, Forense).”

Por que a regras tão longevas e testadas aqui e alhures opõe-se a Justiça do Trabalho?

Observe-se que dar curso a execução singular mediante penhora e arrematação de bens para satisfação de crédito individual contra devedor insolvente constitui ato ilícito, repudiado pelo Direito. Com a declaração da liquidação extrajudicial (ou da falência), provimento acautelatório dos

interesses dos credores, ocorre a sucessão de entidade jurídica denominada massa. A constrição de bens da massa por penhora para garantia de execução singular alcança direito de propriedade de terceiros: a comunidade de credores.

São por essas singelas razões que o crédito trabalhista é inexigível individualmente, sob pena de alcançar patrimônio alheio para satisfação de crédito singular. E a unidade do direito se perfaz em qualquer âmbito, razão pela qual idêntico destino terá o crédito tributário ou outro de qualquer natureza.

Recorde-se que o crédito fiscal, apesar de imunizado de concurso por regra formal a ele acaba aderindo porque disputa com o crédito trabalhista e por aqueles ostentados por pessoas jurídicas de direito público. Amplamente justificada a posição do Superior Tribunal de Justiça, que destina o produto da execução fiscal à massa, o que remete o Fisco, ao final, a indisputável processo de concurso, podendo, por essa razão, ceder seu crédito integralmente às preferências legais.

O desenho constitucional das normas sobre concurso universal de credores deita raízes no ordenamento constitucional que assegura igualdade na lei (e no ordenamento) e garante proteção ao direito de propriedade, que se manifesta sob a expressão de um título de crédito judicial ou extrajudicial contra um patrimônio comum a todos os credores.

A força do instituto da execução coletiva é tão pujante nos concursos universais que outros direitos e garantias constitucionais a ela se submetem, pelo juízo de preponderância de valor do legislador ordinário, como é o caso do vencimento antecipado de todas as dívidas, regra que, é forçoso reconhecer, relativiza a garantia constitucional do ato jurídico perfeito.

IX – POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ressalte-se, de plano, que o art. 114 da Constituição de 1988, assim como o art. 134 da Constituição anterior, mantém, na íntegra, a competência da Justiça do Trabalho para conciliar e julgar os dissídios individuais e coletivos entre empregados e empregadores e as demais controvérsias oriundas de relações de trabalho, o que, em tese, inclui a execução direta de créditos trabalhistas.

Sob o império de tal competência constitucional assegurada à Justiça do Trabalho, segue-se ementa que sintetiza o posicionamento da Suprema Corte Constitucional sobre a matéria:

FALÊNCIA – CRÉDITO TRABALHISTA, COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR.

I – No presente recurso extraordinário só se poderá examinar o argumento da ofensa ao texto constitucional (R.I., art. 325-I, na sua atual redação);

II – O acórdão recorrido não afronta o art. 142 da Constituição, pois o juízo falimentar é competente para apreciar habilitação de crédito trabalhista em falência (RE nº 112.310-9/PR, realizado em 18.08.87, Relator o Ministro Francisco Rezek).

Em seu relatório, acolhido por unanimidade, o Ministro Rezek acolhe, em todos os seus termos, o acórdão recorrido, que declarou a competência universal e indivisível do juízo falimentar para processar o crédito trabalhista, dele decorrendo *“não apenas razoável, mas correta interpretação aos dispositivos legais aplicáveis à espécie, não se podendo dividir, pois, a ofensa à Constituição Federal sustentada pelo recorrente”*.

X - CONCLUSÃO

É consectário lógico do princípio do juiz natural que o Poder Judiciário, onde também se encarta a Justiça do Trabalho, detém competência para julgar suas próprias decisões. Apegar-se a interpretação estreita, literal, não sistemática e divorciada do próprio contexto constitucional, como é o caso da esgrima levada a efeito a partir do art. 114 da Constituição Federal, bem assim da equivocada interpretação da Lei de Execuções Fiscais, ambos os argumentos já assentados ao longo dos anos por Tribunais Superiores pátrios é prestar desserviço continuado à nação.

É de meridiana clareza que o decreto de quebra (assim como o de liquidação extrajudicial) nada mais é do que um provimento acautelatório dos interesses de credores titulares de direitos subjetivos de crédito. Qualquer acolhimento judicial, na via executória, com vistas à satisfação de um único credor em detrimento dos demais nega os princípios informativos de todo o instituto jurídico do concurso universal, representando, em consequência, oposição à finalidade dos estatutos legais que regem a matéria.

A declaração judicial de falência e o decreto administrativo de liquidação extrajudicial são, na verdade, intervenção estatal na ordem

econômica. A restrição levada a efeito no direito de propriedade do falido ou da instituição financeira, em benefício da coletividade, pela aplicação concreta da supremacia do interesse público, tem por finalidade, dentre outras, proteger o direito subjetivo de todos os credores, mediante instauração de concurso universal.

As decisões da Justiça do Trabalho que admitem execuções singulares contra instituição financeira insolvente desafiam pacificada jurisprudência produzida pela Justiça brasileira, em todos os seus níveis, reclamando o Direito, assim, a unidade rompida.

Em outra ocasião já tivemos oportunidade de anotar em trabalho publicado na Revista de Direito Mercantil “

“que o princípio da igualdade é um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais, que se desdobra, segundo o mestre português J. J. Canotilho, em igualdade na aplicação do direito e igualdade na criação do direito. A igualdade na aplicação do direito, segundo ele, traduz-se na definição de ANSCHUTZ, de que “as leis devem ser executadas sem olhar as pessoas”. E prossegue: “esta continua a ser uma das dimensões do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais”. A igualdade na criação do direito, princípio que se dirige ao legislador, vincula-o à criação de um direito igual para todos os cidadãos.

A criação de um direito igual significa que “para todos os indivíduos que têm as mesmas características devem prever-se, através de lei, iguais situações ou resultados jurídicos (...) Daí a sugestiva formulação de CASTANHEIRA NEVES: “a igualdade perante a lei oferecerá uma garantia bem insuficiente se não for acompanhada (ou não tiver também a natureza) de uma igualdade na própria lei. Assim, por exemplo, uma lei fiscal que estabelecesse a mesma taxa de imposto para todos os cidadãos seria formalmente igual, mas seria profundamente desigual quanto ao conteúdo, pois equiparava todos os cidadãos, independentemente dos seus rendimentos, dos seus encargos e da sua situação familiar”

A igualdade justa, assim, segundo Canotilho, assume caráter valorativo, ou seja, existe observância da igualdade quando indivíduos ou situações

iguais não são arbitrariamente (proibição do arbítrio) tratados como desiguais. Por outras palavras: o princípio da igualdade é violado quando a desigualdade de tratamento surge arbitrária (...) Existe uma violação arbitrária da igualdade jurídica quando a disciplina jurídica (i) não se basear num fundamento sério; (ii) não tiver um sentido legítimo; (iii) estabelecer diferenciação jurídica sem ser razoável”.

Não há dúvida, assim, na hipótese de que se cuida, que os credores trabalhistas não estão recebendo da Justiça do Trabalho o tratamento de igualdade que se lastreia na regra especial contida no art. 18, “a”, da Lei nº 6.024/74, porque o traço que os diferencia dos demais credores trabalhistas, previsto em lei, não vem sendo rigorosamente observado por aquela Justiça Especial.

A condição da igualdade sem respeito à desigualdade lançada pelo legislador em lei é arbitrária e confronta a justiça interna do sistema jurídico.

Rio de Janeiro, 10 de janeiro de 2002.

Os Conceitos Norte-Americanos de *Creditworthiness* e *Equityworthiness* como Reflexos da Mudança de Paradigma

Teresa Cristina Gonçalves Pantoja*

Sumário: 1. Introdução. 2. O paradigma emergente. 3. Investibilidade. 4. Credibilidade. 5. Conclusão.

1. Introdução

O sistema jurídico norte-americano, em sua pragmática busca por padrões de procedimento, tem criado figuras muito interessantes. Duas delas são os conceitos de *creditworthiness* – que traduziríamos como *credibilidade* ou probabilidade que tem determinada empresa ou pessoa, de merecer crédito – e de *equityworthiness* – que traduziríamos como *investibilidade* ou qualidade da empresa que faz jus a aportes de capital. Essas são caracterizações de índole essencialmente econômica, ligadas à atividade de avaliação de riscos, e se prendem à necessidade de definir critérios adequados para a apuração da eficiência do mercado. Numa economia competitiva como é a norte-americana, é muito importante que se possa estabelecer com clareza se uma empresa tem *per se* condições de efetiva permanência no mercado, ou se ela se está beneficiando de qualquer tipo de favorecimento ou protecionismo.

Em nossa ordem econômica talvez ainda paternalista, mas que todos queremos cada vez mais competitiva e eficiente, noções ainda pouco densificadas - mas que se assemelham, em seus núcleos, aos conceitos acima mencionados - se refletem na vedação legal às práticas não-equitativas de mercado, na proibição de tratamentos desiguais e assim por diante. A percepção da existência da hipossuficiência técnica e

* Advogada. Professora de Direito Comercial na PUC-Rio.

econômica do consumidor em face de seu prestador de serviços, ou fornecedor – que constitui a base matricial do microsistema das relações de consumo – é ampliada, nas economias mais desenvolvidas, passando a abarcar também a noção da hipossuficiência – também essa de ordem técnica e econômica – dos entes e organismos atuantes na ordem jurídica. Exemplo disso é a proteção que nas economias desenvolvidas vem sendo buscada, nas últimas décadas, para benefício dos investidores no mercado de valores mobiliários. É todo um movimento de ampliação de mecanismos protetivos, e de inclusão social. Idos são os tempos do liberalismo econômico radical¹, em que as partes em certas relações jurídicas eram deixadas à própria sorte.²

Essa ampliação dos mecanismos de tutela tem acarretado, no Brasil, uma grande preocupação com dois efeitos paradigmáticos do momento globalizado que vivemos: o primeiro desses efeitos é a manutenção e até a intensificação da busca, pelas nações desenvolvidas, de nossos populosos mercados, com vistas à absorção dos produtos daquelas; o segundo efeito é o empobrecimento que pode decorrer do fato de nos tornarmos um mercado cativo de outrem. A preocupação decorrente dessa consciência tem acarretado uma edição febricitante de novos diplomas legais.³

2. O paradigma emergente

O atual movimento de revisões de padrões legislativos decorre, assim, das sucessivas ampliações dos *mecanismos de proteção* à parte de uma de-

¹ Veja-se a descrição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA – *Instituições de Direito Civil*, vol. III, p. 12, Ed. Forense: Rio de Janeiro, 1999: “... proclamou-se (naquela época) que cada um tem o direito de proceder livremente, contratando ou deixando de contratar, ajustando toda espécie de avenças; pactuando qualquer cláusula; e que o juiz não pode interferir ainda quando do contrato resulte para uma das partes a ruína completa.”

² Foi com o art. 148 da Constituição Brasileira de 1946 que aqui se inaugurou o sistema de defesa da concorrência, restringindo-se toda e qualquer forma de abuso de poder econômico⁴; e a denominada “regra da razão” norte-americana – *rule of reason*, que vem recentemente sendo aplicada no Brasil, é um meio determinante para se chegar à eliminação atenta desses abusos.

³ Exemplo cabal disso foi o detalhamento cauteloso das providências a serem adotadas em procedimento administrativo perante o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, acrescentado pela Lei nº 10.149, de 21/12/2000, à sistemática da Lei nº 8.884, de 11/06/1994 (cf. art. 2º, §§ 1º e 2º; art. 26, §§ 1º ao 5º; art. 26-A; art. 30, §§ 1º ao 3º, etc.). Na mesma direção, o Anexo da Resolução do CADE nº 20, de 09/06/1999, estabelece novos parâmetros para aferição da razoabilidade de determinada medida, que teoricamente poderia ser anticompetitiva, mas que, na prática e em certas circunstâncias, poderia dizer-se saudável para a economia.

terminada relação jurídica, que, em determinado momento e naquele exclusivo âmbito, está menos protegida. Isso guarda, a nosso ver, alguma semelhança com os círculos concêntricos de uma superfície aquosa plácida, atingida por um seixo: qual a criança que não experimentou atirar à superfície do mar calmo, ou de um açude, uma pedrinha rebelde, só para ver os círculos que se formavam n’água? A imagem traduz, entretanto, apenas uma das duas importantes configurações da teoria do conhecimento⁴ que vêm se manifestando em nossos dias. O conhecimento científico já não é mais buscado tematicamente num esforço de causalização.⁵ Uma das características mais marcantes do momento que vivemos é essa ampliação da busca de um pluralismo em que todos sejamos efetivamente irmãos, que transparece graficamente como círculos concêntricos de tutelas jurídicas de inclusão. A segunda e mais importante – embora menos visível – característica é comparável a um movimento espiralar que aquele seixo da memória infantil fizesse, ao aprofundar-se dentro d’água. É o novo paradigma: inclusivo e de aprofundamento.

Desde os idos da década de 50, quando na Europa se estudava o fenômeno do poder de controle, em todas as suas manifestações⁶, a *concentração de empresas* passou ser observada de muito perto, pois poderia acarretar formas perversas de eliminação da concorrência e, com isso, lesão grave tanto aos participantes individuais do mercado, quanto aos acionistas minoritários e investidores em geral. O veículo jurídico da grande empresa aberta é sabidamente a sociedade por ações. Por sua vez, esta é, de um lado, o vetor de modificações e aprimoramento do mercado, na medida em que promove e agiliza a circulação de riquezas⁷; mas, de outro lado, também ela sofre repercussões das mudanças que ocorrem no mercado⁸.

⁴ Como se pode ler em THOMAS KUHN – *A Estrutura das Revoluções Científicas*, trad. de Beatriz Boeira e Nelson Boeira, ed. Perspectiva: São Paulo, 1975, 262 p.

⁵ Como ensina BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS – *Um discurso sobre as Ciências*, 1987, 12ª ed., Ed. Afrontamento: Porto, 2001, p. 31: “O declínio da hegemonia da legalidade é concomitante ao declínio da hegemonia da causalidade”

⁶ Em Paris, em 1962, CLAUDE CHAMPAUD escrevia seu *Le Pouvoir de Concentration de la Société par Actions*, em que dissecava os mecanismos de controle da sociedade por ações e sua inclinação para as atividades hegemônicas.

⁷ Veja-se que desde CESARE VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milão, 3ª ed., 1925, já se reconhecia que o Direito Comercial sempre esteve vinculado à realidade empresarial, a chamada Teoria Geral da Empresa nada mais sendo do que uma série de formulações econômicas voltadas à explicação lógica de um fenômeno que se constela primordialmente na ordem jurídica.

⁸ Leia-se, a respeito, BERTRAND RUSSELL, *O Poder – Uma nova análise social*, SP, 1957.

Em consonância com o movimento reformista que se seguiu à Constituição de 1988 e à conseqüente explicitação mais cuidadosa dos direitos individuais, diversas normas de regência de tipos societários e até de contratos ditos *mercantis* vêm sendo substancialmente alteradas no Brasil, tudo como decorrência da percepção de que o poder detido pela *Empresa* como agente econômico é comparável apenas àquele outrora detido pela Igreja ou pelo Estado⁹. Embora no Brasil as empresas tenham revestimentos frequentemente familiares e capitalização relativamente modesta¹⁰, as privatizações das concessões de serviços públicos e das grandes sociedades de economia mista em geral, ocorridas na década de noventa, acarretaram um substancial ingresso de divisas no país e ampliaram a base econômica de transações correntes. Com o incremento da expressão econômica dessas transações, o ímpeto reformista acabou por atingir também as *sociedades por quotas*, responsáveis majoritárias no Brasil¹¹ – como em diversas economias européias – pelas atividades gerais mercantis e empresariais de médio porte.

⁹ Veja-se em ADOLF BERLE JR. e GARDINER MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, Macmillan Co.: New York, 1933, p. 17: "Assim, em setor após setor, a sociedade por ações ingressou, cresceu, e se tornou parcial ou integralmente dominante. A época de sua aparição e o grau de sua dominação têm geralmente variado em conformidade com dois fatores: o caráter público da atividade explorada e o montante de capital fixo necessário para levar adiante o negócio. (...) Com base em seu desenvolvimento no passado, podemos vislumbrar um tempo em que praticamente toda a atividade econômica será levada a cabo sob a forma jurídica da sociedade por ações. E sempre que a sociedade por ações chegou a ser dominante, ela o fez com sua característica quase-pública (de empresa aberta ao capital público), não em seu caráter privado. A sociedade por ações não proporciona apenas uma roupagem jurídica ao empreendimento explorado por um grupo de indivíduos. Ela acrescenta uma nova característica à empresa: a qualidade da múltipla titularidade" (trad. nossa).

¹⁰ No pós-guerra, TULLIO ASCARELLI assim analisava o direito comercial brasileiro, em *Panorama do Direito Comercial*, SP, 1947: "... a estrutura econômica do país e, no âmbito do direito comercial, se manifesta no aspecto prevalentemente familiar das sociedades anônimas: o fato de preencher, no comércio interno, a duplicata, cuja feição formal é mais próxima à dos títulos probatórios, as funções que, nos demais países, são preenchidos pelas letras de câmbio; no escasso desenvolvimento de um mercado de capitais cujo desenvolvimento constitui, ao contrário, o ponto de partida de muitos dos problemas hodiernos do direito comercial europeu ou norte-americano. Doutra lado, a existência de uma lavoura dedicada com freqüência à produção de mercadorias de exportação, por isso sujeitas à flutuações dos grandes mercados internacionais... (...) Nota-se, assim, no Brasil, antes a tendência a aplicar no direito comercial princípios do direito civil, do que a tendência inversa, ao contrário do que acontece nos demais países, mas esta aparente "civilisation du droit commercial" é na realidade uma confirmação da "commercialisation du droit privé", pois que decorre justamente da maior modernidade e, releve-se a expressão, da maior comercialidade do código civil". No mesmo sentido, WALDIRIO BULGARELLI, in *Direito Empresarial Moderno*, Ed. Forense, 1992, Rio, p.15 e segs.

¹¹ Cf. dados estatísticos divulgados para o período 1985-2001 pelo Departamento Nacional de Registro do Comércio – DNRC, in: <http://www.dnrc.gov.br>.

Nessa última ampliação – a das *limitadas* – é perceptível uma atuação dos tribunais, no sentido de, respondendo à ânsia dos empresários, adotarem uma certa simplificação e uma atualização dos antigos critérios que pautavam o velho Decreto-lei 3.708/19¹². Essa sucessão de decisões jurisprudenciais tem confirmado inúmeras manifestações doutrinárias, todas voltadas à atualização de antigos conceitos societários. Tem havido, já desde fins do século XIX, uma quase que *democratização das relações plurilaterais societárias*, tudo em nome de uma busca de *permanência* para a empresa, considerada como vetor do desenvolvimento econômico e geradora de melhores condições de vida para muitos.¹³

Foi historicamente graças a uma certa tolerância com a atividade empresarial – decorrente da percepção da relevância da *empresa* enquanto elemento nuclear do desenvolvimento das economias – que germinou um capitalismo selvagem, o qual hoje se busca controlar, dando maior realce aos direitos individuais e à preservação dos recursos econômicos esgotáveis. Em linha com essa tendência internacional e na cauda da Constituição Federal de 1988, surgiu no Brasil, cerca de três décadas após os grandes movimentos em defesa dos consumidores havidos nos Estados Unidos¹⁴ – o Código de Defesa do Consumidor.¹⁵ Datando do período pós-Primeira Grande Guerra, no Brasil, a antiga sociedade por quotas de responsabilidade limitada¹⁶ só começou a ser percebida mais recentemente como veículo jurídico da *empresa*. E até mesmo as antigas sociedades prestadoras de serviços,¹⁷ de âmbito estritamente civil, passaram

¹² Isso porque não se há de entender simplisticamente que apenas certos institutos trazidos pela Lei das S/A se aplicam subsidiariamente ao disposto pelos sócios no Contrato Social da *limitada*, mas todas as percepções que gradualmente nos vieram ao longo dos anos de aplicação do Decreto-Lei nº 3.708/19: a idéia de que um quotista controlador não deve poder causar dano ao quotista não-controlador; a noção de que deve haver uma segregação patrimonial clara entre os sócios e a sociedade, não apenas *in limine*, quando de sua constituição, mas ao longo de toda sua existência; etc..

¹³ Confirmando a análise de Santiago Dantas, in *Problemas de Direito Positivo – Estudos e Pareceres*, Forense, 1953, p.14: "O direito contratual do início do século XIX forneceu os meios simples e seguros de dar eficácia jurídica a todas as combinações de interesses (...) abriu espaço à lei da oferta e da procura; ... é certo que deixou de proteger os socialmente fracos..."

¹⁴ Vejam-se, em periódicos internacionais da época, como *Time e Life*, referências ao ativista Ralph Nader e seus *angry young lawyers* (seus "jovens advogados irados")

¹⁵ Lei nº 8.078, de 11/09/90

¹⁶ Objeto do Decreto-lei nº 3.708/1919

¹⁷ Referidas no Código Civil de 1916

a poder se beneficiar dos institutos do Direito Comercial, como a concordata, tornando-se passíveis de falência, por força do disposto na Lei nº 8.934/1994, que renomeou o Registro do Comércio como Registro de Empresas e Atividades Afins ampliou sua abrangência, incluindo sob sua égide também essas sociedades civis, desde que organizadas empresarialmente. De novo: esses são os recentes e sistemáticos mecanismos de inclusão jurídica e de tutela do mais fraco - esta última resultando, no caso específico, do aprofundamento das responsabilidades da sociedade empresária no que toca à publicidade e às conseqüências jurídicas de seus atos.

Buscam-se agora, também, limites que, uma vez traçados, possam pautar as combinações de interesses, de forma a maximizar a eficiência produtiva das economias. O direito adota *soluções funcionais*, superando a ótica conceitualista. Os estudos de Perelberg¹⁸ ilustram isso com precisão, anotando a força com que certos argumentos nos vêm, quando trasvestidos por uma retórica de inclusão. Perlingieri¹⁹, por sua vez, nos lembra que o *mito da neutralidade do conceito* está agora destinado a romper-se, em definitivo. De sua natureza mítica, já estávamos há muito convencidos. Mas foi somente com os estudos de linguística dos estruturalistas europeus²⁰, em fins dos anos sessenta, e com as derivações que sobre essa linguística articularam mais recentemente os estudiosos de retórica,²¹ que pudemos constatar as injustiças cometidas literalmente pelas normas e pelos tribunais, e o esgotamento dos padrões tradicionais de acesso à justiça.

É agora nesse universo novo, em que se tenta conciliar a unidade com a diversidade, buscando uma noutra, que se constelam as práticas econômicas do mercado. Para evitar que a empresa, no afã de produzir lucros, exclua os direitos do indivíduo, vêm a público os direitos do indivíduo *enquanto consumidor*. E, para evitar que subsídios e protecionismos indevidos eliminem uma eficiência que é ardentemente buscada pelo mercado, define-se hoje que a empresa sadia deve ser *equityworthy*. E *creditworthy*. Mas o que vêm a ser essas adjetivações?

¹⁸ CHAÏM PERELBERG, in *Lógica Jurídica*, Ed. Martins Fontes, 2001, *passim*.

¹⁹ PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil, Introdução ao Direito Civil Constitucional*, Nápoles, 1994, trad. bras. de Maria Cristina De Cicco, Ed. Renovar, RJ, 1999, p.211

²⁰ Dentre os quais se destacava ROMÁN JAKOBSEN.

²¹ Dentre eles: OLIVIER REBOUL, com *Introdução à Retórica*, ed. Martins Fontes : Rio, 2001; e CHAÏM PERELBERG, *op.cit.*

Elas surgem simultaneamente com a necessidade de aferição do valor do investimento, como já relatavam Berle e Means²². Essa necessidade, por sua vez, nasce da historicamente constante busca, pelos empresários, de meios e métodos para dotar os respectivos bens da característica da *ubiquidade*. Isso se processa da seguinte forma: se o bem está comigo, só eu posso utilizá-lo. Se, ao contrário, eu faço com que ele se afaste de mim, o bem se torna disponível a terceiros, que me pagam para utilizá-lo. De certa forma, o bem continua comigo, pois pertence ao meu universo patrimonial; e ao mesmo tempo está cedido a outrem; daí dizer-se que adquire certa ubiquidade. É o antigo princípio que pautava, no Direito Romano, a *locatio conductio rerum*, de que decorre nossa *locação*. Num primeiro momento histórico, prendia-se à detenção do direito de propriedade do bem. Gradualmente, para viabilizar a expansão do crédito, os comerciantes medievais criaram os *créditos documentários*, minimizando o transporte desnecessário de valores e tratando de *cartularizar* os direitos derivados das relações jurídicas tradicionais. Também com relação ao bem imóvel, separaram-se conceitualmente a propriedade e a posse, e mais adiante a posse direta da indireta. Embora divergindo de doutrinadores italianos magistras²³, alguns outros estudiosos²⁴ sintetizam que a causa do negócio jurídico, o que determina sua atribuição patrimonial, é sua *função econômico-jurídica* específica. Em conseqüência, as *cambiais* tradicionais dos comerciantes, longe de terem somente uma atribuição probatória²⁵, têm uma *natureza abstrata* que exige um extremado *rigor formal*, expressão e exigência do princípio geral da *boa-fé* em matéria comercial²⁶.

A crescente utilização de mecanismos voltados à *expansão do crédito* acarreta, quanto aos institutos jurídicos tradicionais do Direito Empresarial, a tendência de *fazer derivar novos direitos* de um direito inicialmente estatuído: todo empresário quer sempre utilizar de forma ótima, *empresarialmente*, os ativos econômicos de que dispõe. Inicialmente, numa estrutura empresarial, o direito de propriedade sobre

²² HENRY BERLE e GARDINER MEANS, *op.cit.*, p.282

²³ CARNELUTTI, *Lezioni*, vol.III, Padova, 1948, p. 243

²⁴ TULLIO ASCARELLI, in *Teoria Geral dos Títulos de Crédito*, 2ªed., Saraiva, SP, 1969, p. 63

²⁵ Como queria e sustentava CARNELUTTI, *cf. op.cit.*, *passim*.

²⁶ Ou, ao contrário, como deseja TULLIO ASCARELLI - *op.cit.*, p.85 - a mera expressão do ímpeto circulatório inerente à atividade mercantil.

determinado bem só *gera valor* se pelo menos uma das seguintes seguintes situações ocorrer: (a) se o bem for explorado empresarialmente, isto é, se a organização econômica de sua exploração contemplar a plena utilização de todos os fatores econômicos, dentre eles se incluindo capital, trabalho, tempo e logística; (b) se se constituir um *direito real de garantia* sobre o bem numa eventual contratação de mútuo — ou, para usar-se um termo mais atual, embora mais adequado à *common law* — se o bem for utilizado como *collateral*, sem prejuízo de ser utilizado como ativo produtivo; ou (c) se se atribuir *mobilidade* aos ativos, fracionando a riqueza e transportando-se-a, mediante uma seqüência de medidas de segregação, para distâncias cada vez mais remotas da pessoa de seu titular ou detentor.²⁷ Essa mobilidade consiste num certo *afastamento* — virtual mais do que físico — do bem ou direito, com relação a seu titular.

Essa possibilidade de afastamento virtual — de que decorre a *mobilidade* — do bem ou direito, com relação a seu titular, se processa de modo escalonado, e obedece à decomposição clássica dos direitos inerentes ao pleno domínio: uso, gozo ou fruição, e disposição. Ocorre assim: se o indivíduo é proprietário de um imóvel, pode alugá-lo a alguém, *afastando* voluntariamente de si próprio o direito de uso do bem. Seu direito de uso é então cedido onerosamente — via contrato de locação — a terceiro. A onerosidade daí decorrente é um primeiro movimento de circulação de valores na economia. Desse primeiro *afastamento*, o proprietário deriva portanto remuneração, graças à sua condição recém-adquirida, de locador. A despeito de existir relação locatícia, o proprietário ainda pode, fazendo uso de seu domínio, constituir sobre o imóvel *usufruto* em favor de um parente. Com isso, embora a propriedade permaneça com o titular originário, o usufrutuário perceberá os alugueres. É um segundo movimento de circulação de valor na economia. E logo em seguida, a despeito do direito real — usufruto — constituído em favor de terceiro sobre o imóvel, o proprietário ainda poderá *conferir seu imóvel* ao capital de uma sociedade-empresária que esteja, por exemplo, em fase de constituição. Nessa nova etapa de *afastamento*, o proprietário terá seu bem avaliado pelos peritos, que evidentemente lhe descontarão certos

²⁷ BERLE e MEANS, op.cit., p. 283: "Mobility decreases, in general, as the size of the unit of property sought to be made liquid increases" (trad. nossa: "A mobilidade decresce, geralmente, à medida em que cresce o tamanho do bem que se pretende tornar líquido.")

valores correspondentes aos direitos subtraídos, mas levarão em conta o valor remanescente do bem, para fins de *aporte de capital*. Também desse novo afastamento virtual resultará *remuneração* ao proprietário originário do imóvel, na medida em que, em câmbio de sua privação patrimonial, ele receberá *direitos de participação* — enquanto sócio — naquela empresa. Por sua vez, a empresa dará *uso econômico* ao imóvel, ainda que este esteja gravado com usufruto e seja objeto de locação: pode *hipotecá-lo* em garantia de empréstimos de que necessite, ou até mesmo *desfazer-se desse ativo*. A riqueza derivaria da circulabilidade dos bens e direitos.

A noção acima exposta parece complexa, mas é bastante simples. Após a grave crise econômica do primeiro pós-guerra, nos Estados Unidos²⁸, muita atenção se passou a dar ao funcionamento do mercado de títulos mobiliários. Diversos autores, hoje clássicos do Direito Empresarial,²⁹ envidaram seus esforços intelectuais no sentido de analisar cabalmente os mecanismos pelos quais se promove a *circulação dos valores mobiliários* e mediante os quais se dá a capitalização das grandes empresas abertas. Uma primeira percepção foi a de que a mera detenção do direito de propriedade sobre um meio de produção não significa necessariamente um afluxo de riqueza. Os bens, móveis ou imóveis, corpóreos ou incorpóreos, precisam ser utilizados de modo economicamente articulado, para que dessa utilização se obtenha riqueza. A adequada utilização econômica de um bem pressuporia seu afastamento virtual de seu titular. Um bem seria tanto mais utilizável, quanto mais móvel — e afastável — fosse.

Por mais paradoxal que essa conclusão possa parecer, ficou assente que, quanto mais remota de seu titular, mais líquida e móvel estará a riqueza. Com a *managerial revolution* dos anos cinquenta nos Estados Unidos, percebeu-se que é a separação entre *titularidade do direito* de propriedade sobre o bem, e o *poder de administrá-lo*, que possibilita a liquidez e a ubiqüidade da riqueza decorrente da propriedade privada dos meios de produção — ou seja, da titularidade dos ativos empresariais. É por essa razão que qualquer estrutura empresarial subsume uma dicotomia básica entre a *detenção dos ativos*, e a *administração dos mesmos*.³⁰

²⁸ Inaugurada com a quebra, o chamado *crack* da Bolsa de Nova Iorque, em 1929

²⁹ Dentre os quais os aqui citados BALLANTINE, BERLE e MEANS.

³⁰ Cf., a respeito, nosso *O Poder de Controle e o Gerenciamento nas Estatais*, ed. APEC, 1989, Rio de Janeiro.

Outra não é a lição dos financistas atuais que, cientes da volatilidade do crédito nas economias de mercado, fazem de tudo para *cartularizar* — ou, usando o jargão contemporâneo, *securitizar* — qualquer relação jurídica envolvendo direitos de crédito. Assim, ao invés de uma grande empresa industrial e comercial exportadora manter seus *créditos contra clientes habituais* sob a rubrica de “contas a receber”, ela faz flutuarem esses ativos no mercado, *securitizando seus recebíveis* e com isso antecipando jurito a instituições financeiras o recebimento dos mesmos, ainda que mediante algum deságio. De resto e embora em escala mais restrita — porque usando recursos próprios e não necessariamente envolvendo participação de instituição financeira nem recursos de terceiros, o efeito econômico-financeiro de uma operação rotineira de *factoring* é exatamente esse. Portanto, é o atributo da *credibilidade* que realça a circulabilidade dos bens e direitos e a geração de riquezas.

Também constitui parte do movimento de *otimização dos recursos econômicos* antes descrito, os acréscimos de valor proporcionados às economias em decorrência da utilização constante de *garantias substitutivas*. O instituto do *seguro de crédito*, que teve um desenvolvimento recente — pois até a década de 1970 os bancos se utilizavam internacionalmente do mecanismo de *standby letters of credit*³¹ — só passou a ser um importante meio de redução de riscos a partir do momento em que: (a) de um lado, os bancos privados tiveram sucessivas perdas de liquidez e passaram a conformar-se às regras estatuídas pelo Acordo de Basileia com relação à vinculação das garantias fidejussórias contratadas com clientes — mediante remuneração aos bancos — a reservas contingenciais específicas, voltadas à garantia da solidez da própria instituição, pela proteção de sua carteira de depósitos; e (b) as sociedades seguradoras começaram a se especializar nesse tipo de seguro, segregando de suas carteiras genéricas essa linha de seguros dados em substituição às fianças mercantis³².

Sinteticamente, tem havido uma crescente demanda de liquidez e especialização com relação às empresas e às instituições financeiras. As operações mercantis rotineiras, que geravam no passado a emissão dos

³¹ Em tradução livre: cartas de crédito na modalidade *standby*, ou seja, que funcionam como uma abertura de linha de crédito

³² Vejam-se, a respeito, notícias dadas em 1º de julho de 2002 no site da internet: Legal Media Group, link da *Euromoney*.

títulos de crédito tradicionais, objeto da Lei Uniforme³³ de Genebra, vêm sendo substituídas por mecanismos cada vez mais sofisticados e que são desdobrados em diversas operações jurídicas menores, através das quais se pode reconhecer o caráter *pulverizado* do *crédito* atual. Enfatize-se, esse é mais um aspecto democratizante da evolução que as praxes empresariais vêm tendo, na medida em que o direito de crédito tem-se revelado o motor essencial das economias de mercado.

Com relação aos critérios de análise de desempenho que vêm sendo impostos às empresas contemporâneas, os dois métodos que a nosso ver evidenciam a emergência do novo paradigma científico — a *investibilidade* e a *credibilidade* — são examinados a seguir.

3. Investibilidade

Diz-se que uma empresa é *equityworthy* — isto é, suscetível de atrair investimentos de capital — quando ela tem colocadas à sua disposição várias possibilidades de se capitalizar, todas atraentes. A *equityworthiness* ou *investibilidade*, assim, é a suscetibilidade de atrair capitais de risco. Há dois modos rotineiros de capitalização; o primeiro deles é por meio das chamadas de capital. Numa situação de chamada de capital, quem já é acionista não tem, em princípio, interesse em aumentar seu investimento, já que o capital de risco, sendo um passivo não-exigível da sociedade, só será reavido pelo acionista na hipótese de dissolução e liquidação da empresa e sob a condição de remanescerem ativos suficientes após o pagamento preferencial de credores. É, portanto, uma realidade antitética com aquela que teria motivado o investimento inicialmente feito pelo subscritor, ou a aquisição da ação, por parte do acionista. Em nosso entendimento e de um modo geral, ambas as situações se excluem mutuamente. A segunda hipótese é a do aumento de capital mediante emissões de valores mobiliários (exemplo: debêntures), resgatáveis a prazo certo, fazendo jus a remunerações pactuadas previamente a valores de mercado, em lançamento subscrito por instituições financeiras de primeira linha, conversíveis ou não em participações societárias. Uma terceira possibilidade, naturalmente, seria o aumento propriamente dito do Capital Social, solução que só é interessante ao acionista se ele já houver

³³ Decreto nº 57.663, de 24/01/1966

adiantado recursos, sob a forma de mútuo, à sociedade de que então é credor, ou ainda se a empresa apresentar perspectivas de perda iminente, para cujo enfrentamento a reserva legal seja insuficiente.

Então, concretamente, uma empresa será *equityworthy*, ou *investível*, se se puder reputá-la atraente, em condições eqüitativas de mercado, para qualquer investidor rendeiro, a médio e longo prazo. É um conceito complexo, pois os grandes investidores institucionais são os *fundos de pensão* – no Brasil como nas economias desenvolvidas – e os critérios de conveniência que pautam as aplicações financeiras destes não parecem ao observador comum, no Brasil, estar assim tão claramente relacionados à atratividade do risco empresarial explorado.

Alguns dos tratadistas clássicos que escreveram sobre as sociedades por ações estabeleceram que a função primordialmente desempenhada pelo *Capital Social* é: (a) manter uma margem de ativos líquidos na empresa, de forma a que esta se situe na faixa acima da linha de solvência; ou (b) manter uma equivalência entre ativos e passivos, como forma de viabilizar a responsabilidade perante credores, mecanismo substitutivo da responsabilidade pessoal do sócio. Adicionalmente, o capital social – que ontologicamente quantifica o risco empresarial – se destina à proteção recíproca³⁴ dos próprios acionistas, preferencialistas *vis-à-vis* ordinaristas e vice-versa.³⁵

³⁴ Conforme a histórica decisão do Juiz Story, em 1824, no caso *Wood versus Dummer*, 3 Mason 308, Fed. Cas. n.º 17.944 (C.C.): "the capital stock of banks is to be deemed a pledge or trust fund for the payment of their debts, a fund appropriated for such purpose by legal requirement" (Trad. nossa: "o capital social dos bancos deve ser reputado uma caução, ou um fundo fiduciário, garantidor do pagamento de seus débitos; são recursos provisionados para tal fim por determinação legal"). Veja-se também em *Wittenberg v. Federal Mining and Smelting Co.*, 15 Del. Ch. 147, 133 Atl. 48, 52: "... to protect different classes of shareholders against each other, particularly the preferred shareholders against common shareholders" (Trad. nossa: "para proteger - umas das outras - as diferentes classes de acionistas, especialmente os preferencialistas contra os ordinaristas").

³⁵ HENRY WINTHROP BALLANTINE – *Ballantine on Corporations*, ed. revista, Callaghan and Co., Chicago, 1946, p. 570: "The coveted privilege of carrying on business with limited liability has been thrown open to all applicants under general corporation acts. The law, however, seeks to safeguard creditors by requiring the making and keeping of a minimum investment in the business. Immunity from the personal liability which partners would have for the debts is granted only on condition that the profit sharers shall be the risk takers. The general policy is that they must put at the risk of the business some stake which shall appear reasonably adequate for its prospective needs. There is danger that shareholders will try to evade even this limited liability, either by making fictitious contributions to the ostensible capital, or by giving themselves prior claims to the corporate assets or by withdrawing their investment from the business. They may thus seek personal immunity from liability behind a corporate screen without providing or keeping in the business any sufficient stake of financial

Nos Estados Unidos, a caracterização de uma determinada empresa como *investível* – *equityworthy* – produz efeitos claros, e tem relevância explícita. Tem desdobramentos para seus acionistas controladores, que podem ter de responder pela *capitalização insuficiente* da sociedade.

Dentre os doutrinadores brasileiros que há muito vêm estudando o tema da capitalização das empresas, Rodrigues Penteadó³⁷ lembra que, nos sistemas legislativos que adotam o regime legal de capital mínimo – como o italiano³⁸ –, o fato de sobrevirem prejuízos que comprometam a liquidez da empresa importa a obrigação da *realização obrigatória* das chamadas de capital, para recompô-la.

O Capital Social tem uma dúplici natureza. Pode ocorrer que esteja superestimado, ou subestimado. Se estiver *quantitativamente subdimensionado* em relação às necessidades ótimas da empresa, várias podem ser as causas: pode-se estar tentando antecipar a fase operacional de determinada empresa, por exemplo, ou pode estar havendo retração nos mercados de capitais. Se estiver *nominalmente* – *i.e.*, *qualitativamente* – subdimensionado, pode tratar-se de medida acautelatória de iniciativa dos próprios administradores³⁹, mas perniciosa pois oculta ao mercado

resources, thus throwing the risks of disaster upon the creditors" (Trad. nossa: "O ambicionado privilégio de conduzir negócios mediante responsabilidade limitada tem sido proporcionado a quem queira se habilitar, em decorrência genérica da lei de sociedades anônimas. A ordem jurídica, entretanto, tenta tutelar os credores exigindo a formação e a manutenção de um investimento mínimo no empreendimento explorado. A imunidade quanto à responsabilidade pessoal, que decorre para os sócios, é dada somente mediante a condição de que aqueles que dividem o lucro sejam também aqueles que correm os riscos. A orientação geral é a de que eles devem destinar à cobertura do risco do empreendimento, algum montante que seja razoavelmente adequado para as necessidades previsíveis. Há o risco de que os acionistas tentem se evadir até mesmo dessa responsabilidade limitada, seja efetuando entradas fictícias para o capital social, seja atribuindo a si mesmos direitos de prelação sobre os ativos sociais, seja ainda retirando do negócio o investimento antes feito. Por esse expediente, eles podem tentar obter uma imunidade por trás da trama societária, sem fornecer ao empreendimento, nem nele manter, um montante suficiente de recursos financeiros, assim fazendo com que os riscos de um desastre recaiam sobre os credores").

³⁶ HENRY WINTHROP BALLANTINE, op. cit., p. 302: "If a corporation is organized and carries on business without substantial capital in such a way that the corporation is likely to have no sufficient assets available to meet its debts, it is inequitable that shareholders should set up such a flimsy organization to escape personal liability." (Trad. nossa: "É injusto que uma sociedade por ações seja organizada com capital insuficiente, e assim conduza seus negócios, ensejando a probabilidade de não ter ativos suficientes para pagar seus débitos; os acionistas terão criado uma estrutura tão diáfana assim, apenas para fugir da responsabilidade").

³⁷ MAURO RODRIGUES PENTEADO, *Aumentos de Capital das Sociedades Anônimas*, Ed. Saraiva, SP, 1988, p. 61 e segs.

³⁸ Cf. art. 2.447 do Código Civil italiano

³⁹ Como alertam WILLIAM H. HUSBAND e JAMES C. DOCKERAY, *Modern Corporation Finance*, 6th ed., R.D. Irwin: Illinois, 1966, p. 165

a real situação econômica da empresa. Por outro lado, o Capital Social poderá estar *superdimensionado quantitativamente* – caso que ocorria, no Brasil, até final da década de oitenta, quando o Regulamento do Imposto de Renda cessou de permitir que se usasse a antiga *quota de exaustão* – inspirada no sistema canadense e norte-americano da *depletion allowance*. Ou poderá resultar do mecanismo nocivo da *watered stock*, que a lei brasileira expressamente tenta evitar⁴⁰ e que ocorre quando os peritos avaliadores, em conluio com os subscritores, atribuem valores excessivos, sem contrapartida patrimonial, aos bens e direitos com que se pretende formar o Capital Social.

Em diversos países signatários do Acordo Geral de Tarifas e Comércio – GATT – e membros da Organização Mundial do Comércio (OMC), a *investibilidade* de uma sociedade mercantil é um conceito vivo, materializável em diversos índices, e que tem conhecidos desdobramentos para empresas alienígenas que exportem seus produtos para as nações em questão. Nos Estados Unidos, o contencioso comercial e tributário – os *trade cases* – gerado entre diversos produtores e sindicatos de trabalhadores na indústria norte-americana, e determinadas empresas exportadoras que pretendam vender seus produtos nos mercados norte-americanos tem como pressupostos – geralmente alternativos – dois procedimentos potencialmente danosos à economia de mercado. O primeiro deles é o fato de certo produto exportado estar sendo ofertado, no país importador, mediante estratégia de *dumping* – ou seja, a valores inferiores ao seu custo de produção, numa tentativa de controle de mercados. O segundo é o fato de o produto ingressar no território do país importador, já contendo um grau razoável de *subsídios públicos*. Subsídios governamentais podem, por exemplo, tornar atraente o investimento de capital numa empresa quase insolvente, ou que explora um risco econômico de longa maturação (hipótese dos investimentos denominados *sociais*), e portanto podem contribuir para que se distorça a realidade do próprio mercado. Um empreendimento subsidiado pelo governo tem geralmente alíquotas tributárias reduzidas de modo não-equitativo com relação aos demais participantes do mercado. Ou, em se tratando de sociedade estatal ou empresas de economia mista, poderá se beneficiar de aumentos de capital

⁴⁰ Cf. arts. 5º ao 10 da Lei 6.404/76, com as modificações introduzidas pela Lei nº 10.303/2001

mesmo sem ser competitiva, isto é: embora estando em condições que levariam outras empresas – não-destinatárias do subsídio – à bancarrota. As concessionárias de serviços públicos, por exemplo – as denominadas empresas de *utilities* – poderão estar recebendo subsídios, ainda que estes venham disfarçados de autorizações extemporâneas para aumento de tarifas; e assim por diante.

Sempre que um determinado empreendimento recebe aportes de valor – diretamente ao capital ou por via transversa, como é o caso de isenções, reduções de alíquotas fiscais, acesso privilegiado a matérias primas ou redução de preço de insumos importantes como energia elétrica – está-se prorrogando e agravando a ineficiência do mercado, porque está-se tolerando que os acionistas deixem de provisionar – no *orçamento de capital* – o incremento de capital próprio ou a retenção de lucros que sejam pertinentes ao desenvolvimento da empresa. A moderna doutrina vem estabelecendo que toda vez que a sociedade por ações tiver um determinado *acréscimo líquido de valor*, seu capital estará aumentado.⁴¹ Remanesce porém, é certo, o direito que têm os sócios, de homologar ou não a formação de reservas propostas pelos administradores, uma vez que o fenômeno da capitalização ainda permanece embasado na manifestação de vontade dos acionistas. Por outro lado, o desaparecimento das reservas patrimoniais da empresa contemporânea se dá pela vontade expressa dos acionistas, seja pela *compensação de prejuízos*, seja pela *aquisição das próprias ações* – esta, sempre excepcional⁴² – e até mesmo por meio de uma *simples reversão* acarretada por perspectivas mais favoráveis de desenvolvimento empresarial.

⁴¹ Como se lê em JEAN LACOMBE, *Les Réserves dans les Sociétés par Actions*, Ed. Cujas : Nancy, 1962, p.65: “Deux conceptions sont possibles qui, partant de points de départ opposés aboutissent au même résultat: à savoir que les réserves constituent du capital(mais) la volonté individuelle joue son rôle ... Il y a évidemment un élément subjectif très important qui est introduit...Pour l’apprécier, il faut envisager le point de vue de la collectivité des associés, puisqu’il s’agit d’une créance interne qui est collective, et non la volonté individuelle de chaque actionnaire” (Trad. nossa: “Há duas concepções possíveis que, saindo de pontos de partida opostos, acabam confluindo ao mesmo local: ou seja, que as reservas constituem capital.....(porém) a vontade individual desempenha seu papel...Há evidentemente um elemento subjetivo muito importante, que é introduzido. Para apreciá-lo, é preciso avaliar o ponto-de-vista da coletividade dos sócios, já que se trata de um crédito interno de natureza coletiva, e não resultado da vontade de cada acionista”)

⁴² Veja-se, a respeito, o artigo 30 da lei nº 6.404/76, com as alterações introduzidas pela Lei nº10.303, de 2001.

A *investibilidade*, enquanto característica típica da empresa emissora, vem-se tornando um fator essencial na seletividade de valores mobiliários emitidos por empresas abertas. Junto com a democratização da informação (*disclosure*) e o grau de profissionalismo da administração (*corporate governance*), constituem os fatores básicos para a implantação de um mercado de capitais sadio. Hoje, o risco do negócio é atraente para quem investe numa empresa porque o retorno potencial – em termos de lucros e acréscimo de valor das respectivas participações societárias – pode ser muito grande. Ao contrário, quem financia uma empresa – emprestando-lhe dinheiro mediante mútuo, ou adquirindo suas debêntures, por exemplo – tem outro critério em mente: interessa-lhe correr certo risco por certo período, em função da possibilidade de receber seu pagamento, mediante as taxas remuneratórias pactuadas. O *risco de quem financia* – e quer em princípio receber num prazo relativamente curto, ressalvadas eventuais distorções impostas às taxas de juros, que possam acarretar um interesse específico na prorrogação ou extensão do prazo do mútuo, em decorrência de juros excessivos – é distinto do *risco de quem investe na empresa*. A subcapitalização, hoje, vem até acarretando a *desconsideração da personalidade jurídica* da sociedade, de modo desarrazoado e exagerado. O uso das medidas previstas na lei⁴³ pode acarretar até injustiças flagrantes, quando se pretende *ab initio* desconsiderar a *personalidade jurídica da empresa* para atingir o patrimônio de um sócio minoritário e não-votante⁴⁴, que nunca administrou a sociedade, ao invés de se seguirem os trâmites normais e sucessivos: primeiro se executaria a própria sociedade, depois seus administradores que sejam moralmente ineptos ou que hajam atuado *ultra vires societatis*, depois os controladores que os elegeram e os mantiveram – negligentemente ou não – nas funções de administradores e assim por diante, sempre seguindo uma ordem lógica que vinculasse u'a maior responsabilidade à maior possibilidade de prever e evitar o dano infligido ao erário público.

⁴³ Vejam-se o art.13,§ ún, art.30, item IX e art.95, da Lei nº 8.620/1993, que alterou a Lei nº 8.212/91 e a Lei nº 8.213/91, regulamentadas pelo Decreto nº3.048/99, sobre a Previdência Social.

⁴⁴ Veja-se a Indicação nº 291 de 1999, apresentada por Dr. Aarão Lachman perante a Comissão de Direito Comercial – que à época tínhamos a honra de presidir - do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Não existe seguro que proteja os acionistas, embora exista seguro que protege eventuais vítimas de *responsabilidade civil* da empresa. A razão pela qual inexistente seguro que elimine integralmente o *risco empresarial* é exatamente porque é em função desse risco assumido, que se tornou logicamente possível limitar a *responsabilidade* do sócio ou acionista ao preço da ação subscrita ou adquirida, e preservá-la assim limitada.

4. Credibilidade.

O atributo da credibilidade – *creditworthiness* – da empresa é matéria que vem ocupando muito espaço na mídia impressa⁴⁵, mesmo aqui em nosso sistema jurídico de base romano-germânica. Pode-se definir *creditworthiness*⁴⁶ como credibilidade, ou índice de confiabilidade, para fins de pagamento de obrigações financeiras assumidas por determinada pessoa, natural ou jurídica. Um credor potencial terá de avaliar o risco a que seu dinheiro está exposto, não apenas conforme a natureza do crédito concedido e das respectivas garantias, como ocorre com as preferências estatuídas pela nossa Lei de Falências⁴⁷, mas principalmente conforme a empresa que se habilite a receber tal crédito, e até conforme o tipo de estrutura societária de que se trate.

Em caso rumoroso ocorrido no final da década de 1980 nos Estados Unidos,⁴⁸ o fundo mútuo *MetLife* acabou tendo de *permanecer credor* por 100 milhões de dólares da *Nabisco Brands* (indústria de biscoitos),

⁴⁵ Vêm sendo freqüentes as notícias sobre “risco Brasil” e sobre as avaliações de riscos de crédito feitas pelas empresas internacionais Standard & Poor's e Moody's. *Risco Brasil* nada mais é, do que o resultado de uma indexação macroeconômica da credibilidade – *creditworthiness*, ou seja, do risco de crédito acarretado soberanamente por nosso país, e pelas empresas e instituições aqui sediadas ou com ativos em nosso território.

⁴⁶ Também denominada *credit rating* e definida comumente como: avaliação formal da história creditícia de um indivíduo ou de uma empresa, abrangendo as respectivas condições de repagar uma obrigação financeira: “Any number of firms investigate, analyse and maintain records on the credit responsibility of individuals and businesses — TRW (individuals) and Dun & Bradstreet (commercial firms), for example. The bond ratings assigned by Standard & Poor's and Moody's are also a form of credit rating. Most large companies and lending institutions assign credit ratings to existing and potential customers” como expõem DOWNES, JOHN, JORDAN ELLIOT GOODMAN, 1936, *Dictionary of finance and investment terms*, 4th Ed., Barron's Educational Series, Inc.

⁴⁷ Decreto-lei nº7.661, de 1945.

⁴⁸ Que foi objeto do litígio *MetLife v. RJR Nabisco*, o qual constitui um *leading case* naquele país, em matéria de finanças empresariais.

incorporada à *RJ Reynolds* (indústria de tabaco), durante e em seqüência à operação de compra de controle promovida pelos administradores do conglomerado *RJR-Nabisco*⁴⁹, muito embora a *segurança de seu crédito* – e sua correspondente liquidez – tenham-se reduzido substancialmente, como resultado do endividamento a que a empresa foi exposta, na esteira das tentativas de aquisição de seu controle por parte de seus administradores. (Tratou-se, na época, de um *leveraged management buy-out*)⁵⁰. Esse é um problema comum em nossos dias, na medida em que não basta que se mantenha preservado o direito de crédito do terceiro de boa-fé, é preciso que esse crédito persista condicionado pelas mesmas garantias e qualidades. Se é agravado o risco de inadimplemento inerente à concessão de um crédito, naturalmente o direito do credor tem sua liquidez reduzida. Esse é um campo em que fica extremamente difícil segregarem-se os ramos de conhecimento, e separar-se a Economia do Direito.

Os mecanismos de oferecimento de garantias envolvidos na *concessão de crédito* acarretam geralmente uma situação de dependência, que sujeita terceiros à boa disposição do credor para pagar seu débito. Não sem razão – como já alhures mencionado⁵¹ – nas economias mais desenvolvidas, as empresas seguradoras que emitem apólices de *seguro de crédito* acabam por segregar essa atividade, organizando-se em sociedades *monosseguradoras*. Caso não o fizessem, poder-se-iam considerar afetadas sua solvabilidade e até mesmo suas outras linhas de seguro, se houvesse um sinistro de porte tal, que impactasse adversamente a respectiva liquidez. Por outro lado, pode acontecer de alguma dessas *monosseguradoras*⁵² – *monoline insurers* – perderem *credibilidade* no mercado em que atuam⁵³, se se recusarem a efetuar o pagamento de determinado sinistro, caso que

⁴⁹ Sobre o qual até se fez, nos anos noventa, um filme de grande sucesso, *Barbarians at the gate*, disponível em vídeo, no Brasil, sob o nome de *Selvagens em Wall Street*.

⁵⁰ Também conhecido pelo apelido de *LBO*, ou *LMBO*; a letra L se refere à expressão *leveraged*, que é traduzível como *alavancada*, figura metafórica que expressa a imagem de uma alavanca sendo utilizada para alçar um peso grande; a *alavancagem*, naturalmente, equivaleria à interferência e ao suporte proporcionados por grupo financeiro alheio à empresa.

⁵¹ Veja-se, ilustrativamente, o *site* da Euromoney Publications, na *internet*, em especial a conexão (*link*) Legal Media Group, LMG, acessada em 1º de julho de 2002.

⁵² Que já são freqüentes na Comunidade Européia, menos conhecidas ou trabalhando em cooperação com o sistema bancário, em nosso país.

⁵³ Hipótese admitida por Robert Aicher, sócio de Sidley Austin Brown & Wood, em trabalho denominado *A clash of cultures: insurance products as credit enhancement devices*, in Legal Media Group, Euromoney (*internet*), 2002.

não ocorreria se elas não fossem tão especializadas. Ou seja: à mais acentuada especialização corresponde u'a maior *responsabilidade social*.

Não são outros, os fundamentos teleológicos da recente reforma introduzida pela Lei nº 10.303/2001 à Lei de Sociedades por Ações (Lei nº 6.404/76). Entre outras modificações, foi ali restaurada a fundamentação legal do *direito de retirada*, que assiste ao acionista que haja dissentido de deliberação assemblear autorizativa da *mudança do objeto* da companhia, em caso de *cisão* – hipótese que em 20/12/1989, com a denominada Lei Lobão, havia sido retirada do elenco de deliberações que ensejam o recesso. O atual legislador – i.e., o da Lei 10.303/2001 – resgatou de certo modo a *credibilidade* da sociedade por ações, na medida em que passou a reconhecer que, utilizando-se do subterfúgio da *cisão* – portanto por via oblíqua⁵⁴ – o acionista controlador em certas ocasiões tenta, nem sempre em prejuízo direto dos minoritários, mas às vezes fazendo uso de subterfúgios, alterar o *objeto social*. Para instrumentalizar o acionista minoritário contra a ação obscura dos controladores na operação objeto do inciso IX do art. 136 da lei, o legislador usa a expressão *atividade preponderante*.⁵⁵

O reconhecimento, pelos legisladores, da extensão e amplitude do *direito de participação* que têm os acionistas da sociedade por ações, oferecendo remédios legais aos minoritários quando o acionista controlador tenta *alterar, ainda que por via indireta, o objeto social* ou *reduzir o dividendo obrigatório*, desfigurando os pressupostos que justificaram o investimento naquele risco empresarial, a *investibilidade* ou a *credibilidade* daquela empresa – já são, a nosso ver, manifestações que traduzem os ajustes feitos pelos operadores da ordem jurídica com vistas à absorção dos novos paradigmas de inclusão social e tutela dos menos favorecidos.

⁵⁴ Como esclarece LUIZ LEONARDO CANTIDIANO, in *Reforma da Lei das S/A comentada*, ed. Renovar : Rio de Janeiro, 2002, 304 p., p. 160 e segs, sobre a nova redação do inciso III do art. 137 da Lei nº 6.404/76: "III – no caso do inciso IX do art. 136, somente haverá direito de retirada se a *cisão* implicar em: a) mudança do objeto social, salvo quando o patrimônio cindido for vertido para sociedade cuja atividade preponderante coincida com a decorrente do objeto social da sociedade cindida; ...".

⁵⁵ Isto é, como explicita L.L.CANTIDIANO, op.cit. : "Considerando que toda a expressão atividade preponderante é vaga, o intérprete deve examinar cada caso para verificar se a principal atividade desenvolvida pela sociedade que absorve a parcela cindida coincide com toda a atividade – ou parte dela – que vinha sendo explorada pela sociedade cindida."

5. Conclusão

A idéia de que os menos favorecidos merecem ser tutelados não é nova. Aparecia nos antigos brocardos romanos, e vem-se manifestando nos mais diversos ramos do Direito. Não é sem razão que um dos mais conhecidos aforismos do Direito Penal é *in dubio, pro reo*⁵⁶. Ou *nullum crimen, nulla poena sine lege*.⁵⁷ Ou de que a regra de ouro, limitativa do ímpeto tributante do Poder Executivo é *no taxation without representation*.⁵⁸ Todos nós conhecemos sobejamente esses princípios, pois fomos educados à sombra deles. O que agora está em jogo já não é mais uma escolha singela de um princípio geral de Direito. O que parece inevitável que enxerguemos é a *dimensão pluralista e inclusiva* dos remédios legais.

Ascarelli⁵⁹, com sua visão de longuíssimo prazo, longe de Bolonha e escrevendo no Brasil no período pós-Segunda Grande Guerra, rememora o que o professor de economia Keynes havia percebido sobre as especulações no mercado de ações: o mercado de bolsa cota os preços das ações à base das *perspectivas de curto prazo do público*, e não com fundamento nas *projeções de longo prazo das empresas*. Mas (conclui) talvez uma das conseqüências de maior importância decorrentes da difusão das ações ao público é justamente aquela da variedade de fins visados pelos acionistas, até quando – juridicamente – são da mesma categoria.

Hoje já sabemos que de fato é a multiplicidade de interesses que enriquece a demanda no mercado de valores mobiliários, e que é com as sucessivas mudanças de titularidade dos valores – passando de mão em mão – que se aceleram a circulação das riquezas e a movimentação da economia. Só nos falta conseguir regular de modo claro e eficiente os desdobramentos práticos desse conhecimento que temos. Um primeiro passo foi a criação da Comissão de Valores Mobiliários, em 1976. Um segundo passo é seu recente⁶⁰ provisionamento como agência reguladora, dotados seus dirigentes de mandatos similares aos de suas congêneres internacionais.

⁵⁶ Trad. nossa: *Quando em dúvida, deve-se julgar a favor do réu.*

⁵⁷ Trad. nossa: *Que não haja crime nem pena sem prévia lei que os tipifique.*

⁵⁸ Trad. nossa: *Que não se imponham tributos sem autorização dos representantes do povo.*

⁵⁹ TULLIO ASCARELLI, in *Problemas das Sociedades Anônimas e de Direito Comparado*, 1ª ed. : Ed. Saraiva, São Paulo, 1945, p.369.

⁶⁰ Lei nº 10.303/2001

O que a praticidade dos norte-americanos nos demonstra, com sua construção doutrinária e jurisprudencial a respeito de *creditworthiness* e *equityworthiness* - de que aqui só mencionamos alguns aspectos - é a relevância do instituto do *crédito*, que como sabemos deriva da *confiança*. Essa é a nova *alteridade do direito*, distinta daqueloutra que estudávamos no início de nosso bacharelado: a *confiança* - que na realidade é *um sentimento humano*, é o fator econômico mais prevalentemente responsável pela caracterização dos direitos patrimoniais e pelo entendimento de sua abrangência.

Há de se reconhecer, portanto, a estreita vinculação dos princípios que pautam o ordenamento jurídico com a realidade econômica. Mais ainda nas economias de mercado, e no atual momento da história do mundo, que se torna globalizado. Somos todos um só. De nada nos adiantará conviver com tantas realidades distintas, municiados por tanta especialização de conhecimentos, se simultaneamente tivermos de buscar nos conceitos clássicos o padrão sistematizador que desconhecemos. Não é esse o movimento ideal. Nós temos é de perceber que esse padrão novo é *orgânico*, e que as situações que emergem a cada instante na ordem jurídica exigem um esforço de adaptação, de conciliação, de restauração, de inclusão, de recomposição, de abraço. Chegou um novo tempo, e com ele caiu a máscara da prosperidade estéril, ociosa, desprovida de aproveitamento social ou lesiva ao meio-ambiente; com ele se está quebrando a idolatria do dinheiro, que vale apenas pelo que pode comprar, quando entretanto os valores permanentes são *extra commercium*. O novo tempo nos traz a busca da verdade, a agudeza da visão consciente. A nova era chegou, e modestos critérios determinados pelo pragmatismo, sem ambição de serem vistos como grandes construções teóricas, nos indicam o rumo. Mostram-nos que estamos todos juntos, alegoricamente remando numa só canoa.

**Grupo de Pesquisa em
Direito e Democracia**

Democracia Deliberativa*

José Ribas Vieira (coordenador)

Alexandre Delduque Cordeiro

André Torres

Bianca Stamato Fernandes

Flávio Elias Riche

Guilherme Pereira

Manoel Messias Peixinho

Pablo Sanges Ghetti

Paulo Murillo Calazans

INTRODUÇÃO

1. Histórico

A necessidade de aprofundar a reflexão a respeito da teoria constitucional de matrizes alemã e, especialmente, norte-americana, frente aos questionamentos teóricos surgidos nos últimos 20 anos, foi amadurecida ao longo da disciplina Teoria da Constituição, oferecida no âmbito do Programa de Pós-graduação de Teoria do Estado e Direito Constitucional do 1º semestre/2001.

Em razão das dificuldades vivenciadas pela teoria constitucional contemporânea de enfrentar adequadamente o esgotamento do processo da democracia representativa e dos próprios limites da legitimidade da jurisdição constitucional, foi colocada como tema central a necessidade de se estudar a democracia deliberativa como alternativa teórica aos modelos normativos preexistentes.

* Trabalho elaborado pelo Grupo de Pesquisa em Direito e Democracia da PUC-Rio – Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional.

* O grupo agradece a contribuição inestimável de Joice Neves Alcântara – acadêmica de Direito pela UERJ

Dentro da referida Pós-graduação, essa temática já vinha sendo discutida com base em determinados parâmetros por meio de dois teóricos importantes, a saber: John Rawls e Jürgen Habermas. Desta forma, a pesquisa implica uma continuidade desta reflexão sobre a legitimidade do direito, que marca decisivamente a linha de pesquisa do programa desta instituição como um todo.

Assim, tornou-se imperioso o oferecimento de uma disciplina eletiva específica, para mapear e delinear a questão da democracia deliberativa no 1º semestre de 2002. Por consequência, foi estruturado um programa para a mencionada disciplina, privilegiando variáveis como, por exemplo, o aspecto institucional. Com o desenvolvimento do próprio curso e o acesso a novos textos editados em 2001, em publicações como, *e.g.*, a revista *Political Theory*¹, a qual possibilitou o conhecimento do trabalho original e recente de Jürgen Habermas, que dialoga com uma das últimas obras de Frank Michelman². Decidiu-se, nesse sentido, alterar o programa do curso para privilegiar a leitura de Michelman³ e Nino⁴, enfatizando mais a interface entre democracia deliberativa e direito.

Diante dos resultados altamente positivos e densos, assim como a urgência de contribuirmos para a atual agenda constitucional no Brasil, resolveu-se condensá-los na forma de resenhas das leituras realizadas, complementadas pela elaboração de uma bibliografia sistematizada.

2. Critérios de disposição das resenhas⁵

O conjunto das resenhas inicia-se com as reflexões centrais a respeito da democracia deliberativa, como é o caso de Habermas. No tocante a

¹ *Political Theory*, vol.29,n.6,p.766-781, December 2001

² *Brennan and Democracy*, Princeton University Press, 1999

³ Além da obra já citada do autor, procedeu-se à leitura do texto "How Can the People Ever Make Laws? A Critique of Deliberative Democracy", in *Deliberative Democracy Essays on Reason and Politics* (ed. James Bohman & William Reig) The Mit Press, 1997

⁴ *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven. Yale University Press

⁵ Cabe esclarecer que, apesar de o grupo haver se detido nos trabalhos de Michelman, não consta uma resenha dedicada a este constitucionalista norte-americano, porquanto a temática por ele abordada será merecedora de contribuições futuras deste grupo de estudos. Contudo, a resenha elaborada pelo mestrando Pablo Ghetti, perpassa por algumas das questões enfrentadas por aquele autor. Não podemos deixar de registrar que uma futura leitura de Michelman é também indispensável para estabelecer uma integração entre Dworkin e a democracia deliberativa.

Rawls, sua teoria aparece refletida na contribuição do mestrando André Torres⁶. Em seguida, apresentou-se a perspectiva histórica de Besette e, mais adiante, a questão da racionalidade da deliberação de Elster. As demais resenhas privilegiaram os teóricos que procuram demonstrar a viabilidade do processo deliberativo e indicar outras perspectivas de certas categorias deste debate, como é o caso da legitimidade, da publicidade, da imparcialidade e da motivação. Nesta linha de raciocínio, estão inseridas as resenhas de Benhabib e Bohman. Por fim, temos a significativa e original análise de Carlos Nino, articulando, de forma crítica, os aspectos substancialistas (Rawls) e procedimentalistas (Habermas), nos reflexos para o entendimento da constituição e da jurisdição constitucional, notadamente o *judicial review*.

3. Bibliografia sistematizada

O presente quadro teórico completa-se com a bibliografia sistematizada, na qual foram elencadas outras obras de referência, como é o caso de James Fishkin e Samuel Freeman. Não podemos deixar de apontar que no debate brasileiro já contamos com contribuições, como é o caso da obra coletiva organizada por Jessé Souza. Da mesma forma, na revista *Lua Nova*⁷, vêm sendo publicados vários estudos acerca do tema.

4. Conclusão

O esforço empreendido pelo grupo responsável por este conjunto-síntese das reflexões a respeito da democracia deliberativa lastreia-se, assim, no reconhecimento de que há uma premência, notadamente no campo do direito no Brasil, de incluir no seu debate o citado tema. Reparamos que os anos 90, entre nós, foram marcados pelo avanço e pela consolidação da discussão acerca dos aspectos principiológicos da teoria da constituição. Hoje, diante da persistência dos impasses vivenciados pelas nossas instituições, assim como com o agravamento das desigualdades sociais, apontamos para uma alternativa para superação de tais impasses, através dos instrumentais oferecidos pela democracia deliberativa.

⁶ Veja-se sua resenha sobre o texto de Cohen

⁷ *Lua Nova. Revista de Cultura e Política (Fases da Democracia)*, n 50, 2000

HABERMAS, Jürgen. Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory*, vol. 29, n° 6, dezembro, 2001.

Pablo Sanges Ghetti

Habermas e Michelman: estado de direito, democracia e deliberação, direitos humanos, soberania popular. Princípios contraditórios da filosofia política moderna: estado de direito e democracia. Direito humanos. Processo histórico auto-corretivo. Justice Brennan – resolução prática da contradição? Modelos normativos de democracia. Limites da democracia deliberativa - regresso infinito do problema da legitimidade. Institucionalização jurídica como crítica da teoria discursiva da democracia. Projeto histórico de construção de tradições. Perspectiva geracional do desenvolvimento político-constitucional. Sentido performativo da prática constitucional fundadora. Direitos políticos. Sistema de direitos redimensionado. Gênese dos direitos fundamentais em duas etapas. Co-originariedade e interdependência.

Habermas evoca o tema recorrente da contradição entre autonomia pública e autonomia privada, tratado com profundidade em suas obras de filosofia jurídica e política recentes. Começa por delinear os elementos da democracia moderna que a diferenciam da antiga. Trata-se de um conceito marcado por sua relação com o *medium* do direito, de modo que se introduz, na modernidade, uma segunda fonte de legitimação do poder político, em que são oferecidos limites “à auto-determinação soberana do povo” (p.766). A primeira fonte, por seu turno, não enseja qualquer espécie de limitação como será observado em seguida. O problema que resulta desta constatação, em termos tradicionais, versa sobre qual das duas fontes obterá prioridade. Por um lado, será o legislador capaz de decidir sobre quaisquer questões, e ainda que faça uso do instrumental dos direitos fundamentais, poderá, eventualmente, violá-los. Por outro, os direitos fundamentais constituem um núcleo fundamental doador de legitimidade, ou seja, toda a atividade política

* Mestrando em Direito pela PUC-Rio

deve circunscrever-se aos limites por eles traçados. Habermas não se satisfaz com tais alternativas, dado que contradizem uma forte intuição moral, desenvolvida em *A Inclusão do Outro*, segundo a qual os direitos humanos não podem restringir-se a instrumento da vontade do legislador, nem podem servir de mero limite externo à manifestação da vontade popular. Tanto Kant quanto Rousseau procuraram incorporá-la, mas falharam ao assumirem posturas mais republicanas ou submeterem o direito à moralidade.

O caminho tradicional de Habermas para ir além dos dilemas dos filósofos do iluminismo sem abrir mão dos potenciais emancipatórios e universalistas da modernidade, desenvolvido em *Direito e Democracia* e, sobretudo, num contexto muito próximo, em *A Inclusão do Outro*, seria o de recorrer imediatamente às ferramentas da teoria do discurso. Não é este o procedimento adotado neste trabalho recente. A obra de Frank Michelman, *Brennan and Democracy*, é fundamental nesta mudança de curso. Neste trabalho, o autor americano busca construir e justificar o modelo do juiz responsivo como alternativa para a solução do mesmo paradoxo da democracia constitucional. Habermas, no entanto, não se interessa tanto pela resposta de fundo proporcionada por Michelman, mas pelo percurso que o levou a tal conclusão, pelos meios, conceituais e argumentativos, a partir dos quais ele constrói o seu modelo. O seu trabalho refuta continuamente as contribuições teóricas liberais segundo as quais são as leis fundamentais e a Constituição que estabelecem a democracia não havendo, portanto, qualquer limitação da soberania popular, mas sim a construção de sua possibilidade – observe-se que este argumento não legitima democraticamente os direitos não-políticos. Questiona também o republicanismo clássico, que ao conferir maior importância ao reconhecimento comunitário de um *ethos* compartilhado enseja a substituição dos valores de liberdade e autonomia pelos de costume e auto-controle moral – como se a comunidade política tivesse assumido o controle do seu destino e a responsabilidade por sua liberdade, mas imediatamente recorrido a meios não jurídicos, portanto, que não garantem o auto-governo igual de todos, perdendo a autonomia moral e poder criativo que tinham tornado aquele evento coletivo possível. Uma concepção republicana adota um viés distinto, procedimental, quando incorpora a idéia de direitos fundamentais *faz parte* do processo de formação razoável da vontade.

Ainda assim, Michelman não confia completamente nesta hipótese.

Se se considera o problema do ato de fundação constitucional, sempre haverá a suspeita de que aquele ato não contou com participação livre e condições procedimentais mínimas para o exercício do debate político equitativo. Na verdade, a legitimidade de qualquer resultado do discurso pretensamente racional pode ser questionada pela consideração da correção das regras que delimitaram as condições do respectivo processo argumentativo – fato, inclusive, verificado pela maior parte dos críticos da democracia deliberativa. A solução que Habermas oferece para o problema que Michelman intitula de *infinite regress* é de natureza igualmente temporal e histórica. O epígono da Escola de Frankfurt resgata expressões de claro matiz hegeliano como *world-historical process* ou *tradition-building project*. Trata-se de uma tradição com um começo determinado no tempo e a enunciação de um certo projeto de coletividade aberto para o futuro e, sobretudo, atento para as possibilidades de aprendizado geracional em que se verifica um processo auto-corretivo incessante.

Esta forma de abordagem seria facilmente aplicável em tradições políticas que mostram uma linha contínua de história constitucional e interpretações sucessivas, cujo caráter progressista é razoavelmente aceito. Após o arrefecimento dos ânimos e a sedimentação das expectativas as reformas passam a ser tidas como conquistas daquela tradição política. Habermas reconhece que tal modelo só pode funcionar com a verificação de um certo sentido de pertença, de compreensão e identidades marcadas por uma história comum, de forma que o referido projeto de construção da tradição seja considerado como o mesmo por todos os participantes. Esta afirmação assemelha-se bastante ao entendimento de Michelman, não apenas em relação ao trecho citado por Habermas, mas, especialmente, tendo em vista o exposto na página 53 de *Brennan and Democracy* em que se menciona a possibilidade de uma *redeeming feature* capaz de garantir à tradição constitucional o respeito de todos os seus membros.

A referida noção de pertença, por seu turno, jamais será alcançada na ausência de uma prática comum com sentido performativo. O ato constitucional primordial é tido, assim, como fundador e inaugurante de uma nova maneira de autocompreensão coletiva que realmente enseja uma inscrição no tecido histórico contextual e cujo conteúdo específico permanece aberto a interpretações. Assim este sentido simultaneamente aberto e performativo das práticas compartilhadas permite um padrão criteriológico seguro para o já mencionado processo de aprendizagem

coletiva. Os descendentes dos pais fundadores poderão tomar os textos instituintes da nova tradição em sentido crítico como necessariamente incompletos e carentes de suplemento semântico e sociológico contemporâneo, bem como adorá-los como instrumento de julgamento ou teste do caráter socialmente adequado de mudanças ou reformas propostas no presente.

Em seguida, Habermas modifica substancialmente a sua argumentação ao introduzir um exercício fictício de gênese de direitos. Trata-se da gênese lógica de direitos verificada em *Direito e Democracia* assumindo os contornos de uma fábula de origem nos termos do ensaio crítico de Honig. Perde-se o caráter falível de afirmações verificáveis ainda que num contexto cultural largo – sociedades que passaram por processos de modernização, pós-industriais ou norte-atlânticas e adota-se um caminho heurístico abstrato. A partir deste momento, Habermas pretende fundamentar uma conexão interna entre direito e democracia. Simula uma situação original em que os participantes são livres, procuram constituir uma associação futura mediante o direito positivo, fazem uso de um discurso racional (em que a razão comunicativa é componente necessário, para além da razão instrumental e monológica) e tornam o sentido de suas ações uma reflexão explícita.

Sob estas condições será possível começar o processo de produção constitucional, cuja primeira tarefa é constituir três categorias de direitos sem as quais não é possível nem mesmo a utilização do *medium* do direito. Os participantes do discurso original ao produzirem estes direitos fundamentais 1) derivados do livre desenvolvimento de uma medida equitativa de liberdade individual; 2) derivados do status de membro de uma determinada associação de sujeitos de direito; 3) derivados do direito à proteção dos direitos individuais; entender-se-ão como futuros usuários, destinatários das normas de direito. Além disso, sem uma referência à instância legisladora não terão os direitos mencionados qualquer conteúdo concreto. Demanda-se, assim, uma categoria de direitos que assegure direitos fundamentais 4) derivados da igual oportunidade de participação no processo de decisão legislativa.

Na verdade, todo este processo é apenas mentalmente verificado. Tais são realizações conceituais que precisam estar consolidadas quando do momento da concretização de quaisquer destes direitos. Nenhuma destas abstrações ganhará lugar no mundo jurídico real. Este é povoado por

direitos gerais mas de conteúdo concreto, dependentes de um contexto e de circunstâncias. Trata-se de dois estágios distintos: o primeiro, conceitual, em que a prática compartilhada imaginária manifesta a necessidade conceitual do *medium* do direito, em que se incluem necessariamente os direitos individuais fundamentais; o segundo, empírico, em que se realiza a soberania popular e que em virtude das considerações de natureza histórica observadas anteriormente, dão ensejo a um processo de construção de uma tradição cultural apenas possível mediante atores suficientemente independentes, protegidos pelos direitos fundamentais.

Bibliografia complementar: HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia – Entre Facticidade e Validade, vol. 1*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1999. HABERMAS, Jürgen.. Sobre a Coesão Interna entre Estado de Direito e Democracia. In: Idem. *A Inclusão do Outro*. São Paulo: Loyola, 2002. HONIG, Bonnie. Dead Rights, Live Futures. *Political Theory*. Vol. 29 nº 6, December 2001. MICHELMAM, Frank. *Brennan and Democracy*. Princeton: PUP, 1999.

BONNIE, Honnig. “Dead rights, Live futures. A Reply to Habermas’s “Constitutional Democracy”, in *Political Theory, Vol. 29, number 6, December 2001, p. 766*.

Manoel Messias Peixinho

Democracia e constitucionalismo. Projeto constitucional e as regras do jogo democrático. Constituição circular e providencial model. Legitimidade horizontal e temporalidade Inexorabilidade da história e triunfalismo. O direito vivo.

Esta resenha pretende destacar alguns pontos fundamentais levantados pela autora no seu diálogo com Habermas. As indagações não se restringem a uma mera reprodução do pensamento habermasiano. As reflexões de Honig Bonnie demonstram que a constante tensão entre democracia e

* Doutorando e professor do Departamento de Direito da PUC-Rio.

constitucionalismo resulta não somente de questões teóricas, mas, também, de eventos históricos, exigindo do intérprete uma consciência crítica em relação à temporalidade. A experiência norte-americana nas últimas eleições presidenciais de 2000, que culminou na intervenção da Suprema Corte, foi fundamental para vitória de George W. Bush e demonstrou que a democracia nem sempre é decidida exclusivamente por meio da vontade do povo. Este intervencionismo da *Suprem Court* no processo democrático configurou-se em exemplo paradigmático dessa constante tensão entre democracia e constitucionalismo no seio das democracias liberais. Porém, os conceitos de democracia e constitucionalismo transmudaram-se historicamente. Da democracia clássica, fundada na participação popular direta nas assembleias helênicas, a democracia moderna assume contornos diferenciados, ao centrar-se no apelo à lei positiva, abstrata e individualista, concebida como valor máximo do legislador racional.⁸ Contudo, a relação entre democracia e constitucionalismo não significa alternativas excludentes, mas princípios que podem e devem conviver simultaneamente. Lei e Democracia estão intimamente relacionadas. As constituições não são documentos abstratos: espelham direitos específicos, procedimentos e valores resultantes de um jogo cujas regras provêm de um peculiar regime democrático. Do mesmo modo que a Democracia está em constante construção, a Constituição, para Habermas, é uma obra inacabada: os pais fundadores a escreveram, mas todos nós a ela também estamos submetidos. É preciso ponderar, não obstante, que a submissão a uma Constituição outorgada no passado não significa a obediência obsequiosa a tradições incrustadas em valores temporalmente estagnados. A geração do presente, ao receber a Constituição, complementa-a e a inspira com renovados matizes - ao invés de recebê-la acriticamente - assumido a responsabilidade política de concretizá-la de acordo com dimensões históricas dinâmicas. Habermas concilia, deste modo, presente e futuro, democracia e constitucionalismo, diluindo-se a aparente paradoxal relação entre democracia e Constituição. O povo é o autor do projeto de uma democracia constitucional, cujas regras são responsáveis pela estabilidade do próprio procedimento democrático. Inexiste democracia sem normas. Ao vivenciar a democracia,

⁸ Cf. Jürgen Habermas. *Constitutional democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles?* London: *Political Theory*, Vol. 29, number 6, December 2001, p. 766.

o povo cria as regras e a elas se submetem como co-legislador, legitimando o projeto do constitucionalismo. Porém, o processo democrático não deve ser compreendido como um eterno retorno. Contestando Frank Michelman, para quem o processo democrático é capturado numa constituição circular, que conduz a um infinito regresso, Habermas rejeita o enclausuramento da história, consubstanciado num realismo moral cujas raízes fundam-se no providencialismo. Esse *providential model* é resultado de um problema "fundacionista"⁹ resultante de um velho paradigma de autoridade arraigada na verticalidade das relações sociais. Habermas procura, antes, defender uma legitimidade horizontal, teleologicamente procedimental, em que lei e democracia transcendem a concepção filosófica conservadora de uma história inerte, passando a temporalidade a ter o sentido de "processo-síntese de uma contínua auto-aprendizagem". Mas, Bonnie Honig questiona: o que temos a ver com tudo isso? Ao responder a essa questão, Habermas argumenta que se o passado continua umbilicalmente associado às tradições preservadas, o presente e o futuro são ações legitimamente "re-construídas" pelas novas gerações¹⁰. Ao defender a continuidade da História "através das" gerações, Habermas contesta, ao mesmo tempo, tanto aqueles que se apegam a uma visão estritamente temporal regressiva (*original intentionalist*), quanto aqueles que defendem a mera temporalidade transitória. (*realists e critical legal theorists*). Mas esse progresso inexorável termina por estabelecer uma síntese harmoniosa, sendo os perdedores simplesmente "convencidos" de seus equívocos? Para Bonnie, muitos embates constitucionais ainda não foram definitivamente vencidos. É inegável que as instituições mudam em decorrência de contingentes interrupções, avanços e regressões. Todavia, o resultado dessa interminável batalha pode nos transformar em pessoas despreparadas quando ressurgem velhos ressentimentos sepultados por um enganoso triunfalismo. As velhas idéias

⁹ No original *Foundationalist's problem*.

¹⁰ Para Habermas, in *Direito e Democracia - entre facticidade e validade. II -*. Rio de Janeiro: 1997, p. 253, "a consciência revolucionária é o berço de uma mentalidade, a qual é cunhada através de uma nova consciência do tempo, de um novo conceito de prática e de uma nova idéia de legitimação. São especificamente modernas: a consciência histórica que rompe com o tradicionalismo de continuidades tidas como naturais; a compreensão da prática política que se coloca à luz da autodeterminação e da auto-realização; e a confiança no discurso racional, pelo qual passa a legitimação de todo poder político."

associam os seus defensores a agentes do atraso, apegados a um passado reacionário justamente porque podemos, segundo Bonnie, estabelecermos, arbitrariamente, o fim da história, quando, na verdade, não há um consenso quanto a esse fim. Os direitos não são instrumentos mortos, mas práticas vivas, devendo ser constantemente animados.

Bibliografia complementar: HABERMAS, Jürgen. Constitutional democracy. A Paradoxical Union of Contradictory Principles? London: Political Theory, Vol. 29, number 6, December 2001. ———

——— Direito e Democracia – entre facticidade e validade. II -. Rio de Janeiro: 1997. MICHELMAN, Frank L. How Can the People Ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy, in Deliberative Democracy. Edited by James Bohman and William Rehg.

COHEN, Joshua. "Deliberation and Democratic Legitimacy", in Alan Hamlin e Philip Pettit (org.), *The Good Polity – Normative Analysis of the State*, Oxford: Blackwell, 1989, pp. 17-34.

André de A. Torres

O legado de Rawls. Momento de ruptura: a democracia não visa à realização dos ideais de justiça e equidade que modelam a posição original. A democracia consiste num ideal político auto-sustentável. Substituição do contrato hipotético pela noção de um procedimento ideal de deliberação que sirva de modelo para o comportamento das instituições políticas. Noções fundamentais que motivam o projeto de democracia deliberativa de Cohen: fato do pluralismo razoável e compromisso com a deliberação. Concepção formal de democracia deliberativa. Cinco características: perenidade, compromisso com a deliberação e seus resultados (base de legitimidade política); pluralismo, publicidade e igual respeito. Necessidade de acrescentar outros elementos normativos, configurando o procedimento ideal de deliberação que regulará a atividade das instituições políticas: a deliberação ideal é livre,

* Mestrando em Direito pela PUC-Rio

motivada, igualitária e orientada para o consenso. Desafios: sectarismo, incoerência, injustiça e irrelevância. Considerações finais:

Dentre os modelos normativos de democracia deliberativa, dois desfrutam de um prestígio invejável, evidenciado pelo simples fato de que balizam o terreno no qual todas as demais reflexões sobre o tema são iniciadas. Refiro-me aos modelos propostos por John Rawls e Jürgen Habermas. Autores de indiscutível relevância no cenário contemporâneo, como James Bohman e Carlos S. Nino, por exemplo, buscam na reconciliação entre os elementos normativos centrais dos dois modelos, a construção de um ideal de democracia deliberativa capaz de superar as deficiências do modelo analítico de democracia baseado na agregação de interesses. Tal propósito também norteia as reflexões do filósofo político Joshua Cohen. Contudo, apesar de revelar inúmeros pontos de aproximação à perspectiva de Habermas, Cohen se destaca como sendo o mais fiel representante das visões de Rawls sobre a democracia deliberativa. O autor recorre a alguns dos elementos descritivos que Rawls considera como essenciais para uma adequada compreensão das atuais sociedades democráticas, dentre eles a idéia de uma sociedade como um sistema justo de cooperação entre cidadãos livres e iguais, o fato do pluralismo razoável, o fato da opressão e os limites do juízo. Também na esteira de Rawls, Cohen afirma que a democracia deliberativa possibilita um ideal de justificação política congruente com o igual respeito devido a cidadãos que, no uso efetivo das faculdades da razão prática, chegam a diferentes conclusões sobre as questões da vida moral. Não obstante esta estreita afinidade, que obviamente não se resume aos pontos mencionados, Cohen se distancia de Rawls ao negar o caráter meramente instrumental que este último atribui à democracia deliberativa.

Segundo Cohen, três são os aspectos centrais do conceito de política democrática na perspectiva de Rawls. Primeiro, numa democracia bem-ordenada, o debate político é organizado em torno de concepções alternativas sobre o bem comum. Uma concepção sobre o bem comum, nesta visão, está credenciada para participar do debate político à medida que se conforma aos dois princípios de justiça privilegiados por Rawls. Assim sendo, a versão de política democrática caracterizada pela barganha e/ou compromisso entre facções privadas, interessadas tão somente na implementação de vantagens particulares, se mostra inadequada para uma

sociedade justa. Segundo, a adoção de um ideal de democracia bem-ordenada apresenta sérias implicações igualitárias: posições sociais e econômicas são irrelevantes sob o ponto de vista moral do debate político. Por fim, a política democrática encoraja e inculca certas virtudes e motivações nos cidadãos, que serão cruciais para o êxito na busca pelo bem comum. Cohen não se indis põe contra quaisquer dessas características, pois que também constituem o corpo do seu ideal de democracia deliberativa. O que está em disputa é o modo específico como Rawls as justifica: elas apenas refletiriam os ideais de justiça e equidade que restringem a conduta dos agentes racionais na posição original. Como efeito, as instituições políticas de uma sociedade democrática deveriam tentar ao máximo se espelhar nas condições de igualdade que norteiam tal deliberação hipotética. Ocorre que, segundo insinua Cohen, o recurso à posição original se revela insatisfatório. Nada há nesta estratégia que indique, por exemplo, que a política democrática deva se pautar em considerações sobre o bem comum. No intuito de superar tal dificuldade, Cohen insiste que não advoga uma visão meramente estratégica da democracia, explicada em termos de valores como os da justiça e da equidade, mas que, na sua visão particular, a própria democracia manifesta um ideal político normativamente autônomo (auto-sustentável), que tem como objetivo precípua desvelar a conduta apropriada para lidar com questões públicas, ou melhor, indicar qual o mecanismo apropriado para se alcançar decisões coletivas legítimas. Este mecanismo, como seria de se supor, é a própria deliberação pública. Ao invés, então, de apelar a noções de justiça ou equidade, Cohen sugere que as instituições políticas devem se mirar no que ele denomina de procedimento ideal de deliberação. Mais importante ainda é que tal procedimento anima todo o projeto de Cohen com relação à democracia deliberativa.

Duas noções fundamentais motivam este projeto. Uma delas se refere ao ambiente no qual o autor pretende que suas idéias em relação à democracia deliberativa tenham plena aplicabilidade. Tal ambiente é permeado por aquilo que Rawls batizou de fato do pluralismo razoável, ou seja, sociedades democráticas se caracterizam pela existência de uma diversidade de concepções sobre a vida digna, muitas vezes incompatíveis e irreconciliáveis entre si, mas que, mesmo assim, observam critérios de razoabilidade no exercício de suas convicções. Mais do que isso, Cohen enxerga esta pluralidade, não como um infortúnio a ser lamentado ou

uma aberração a ser corrigida, mas sim como o resultado normal do exercício da razão prática sob condições favoráveis de liberdade, apresentando um diagnóstico muito semelhante ao traçado por Rawls sobre os limites do juízo. Apesar da centralidade do fenômeno do pluralismo razoável para a justificação do modelo deliberativo, Cohen não atribui muita importância à sua análise. O tema, que tem influência decisiva no ideal de comunidade política proposto pelo autor, foi objeto de um exame mais minucioso em outro lugar (COHEN, 1996). No artigo em comento, no entanto, é a segunda noção fundamental que desperta maior atenção. Segundo Cohen, os cidadãos de uma democracia bem-ordenada compartilham um compromisso de estabelecer, através da deliberação, os termos e condições que hão de disciplinar a convivência social e política. Em virtude deste compromisso, uma decisão coletiva será considerada legítima e, portanto, vinculativa para todos, na medida em que a estrutura política forneça todas as condições institucionais e sociais necessárias para a promoção de uma deliberação pública livre entre todos os cidadãos. Cumpre notar, entretanto, que é ao menos misteriosa a origem do mencionado compromisso. Nada obstante, tal assunção é de importância incontestável para as subseqüentes reflexões de Cohen: cabe ao modelo deliberativo de democracia o papel de institucionalizar este compromisso, ou ideal, de que a vida política de uma sociedade seja regulada por fóruns deliberativos de decisão coletiva. Tendo em vista esse fato, Cohen inicia uma descrição mais pormenorizada desse próprio ideal, através do que classifica como concepção formal de democracia deliberativa, para após, imprimindo um caráter mais substantivo à democracia deliberativa, ser capaz de formular um procedimento ideal de deliberação que sirva como modelo para o comportamento das instituições políticas.

O cerne da concepção formal de democracia deliberativa é constituído por cinco características. Primeiro, a democracia deliberativa deve ser vista como uma associação permanente e autônoma. Ela não está programada para ou condicionada à consecução de determinada finalidade que, uma vez exaurida, torna a deliberação pública a respeito de questões políticas fundamentais uma exigência estéril. Segundo, os cidadãos compartilham um compromisso de estabelecer os termos de convivência política e social através da deliberação, sentindo-se obrigados a respeitar e agir conforme as normas que resultem dos fóruns públicos de deliberação. "Para eles, a

base da legitimidade reside na deliberação livre entre iguais”. Terceiro, a democracia deliberativa é uma associação pluralista. Ao reconhecer o fato do pluralismo razoável, Cohen esvazia a possibilidade de que um determinado grupo se aproprie do Estado para impor, sobre os demais cidadãos razoáveis, um sistema particular de preferências, convicções, ou ideais que estes últimos sejam incapazes de sancionar pelo simples uso da razão. Quarto, não basta para a legitimidade de uma norma que a mesma tenha resultado de procedimentos deliberativos, mas que tal liame entre deliberação e decisão seja evidente aos olhos de todos os cidadãos inseridos no âmbito de incidência da norma. Trata-se, claramente, de um critério de publicidade: “(os cidadãos) preferem instituições nas quais os vínculos entre deliberação e resultados são evidentes àquelas nas quais os vínculos não são tão claros”. Finalmente, todos os cidadãos de uma democracia deliberativa reconhecem-se como portadores das capacidades necessárias para a articulação de razões nos fóruns políticos e para a observância - indispensável à estabilidade - das normas provenientes do diálogo público. Ao ver de Cohen, entretanto, outros elementos normativos devem se juntar à concepção formal no intuito de fornecer um modelo ideal de deliberação que possa efetivamente moldar o comportamento das instituições políticas de uma sociedade democrática pluralista. Quatro elementos compõem, assim, o procedimento ideal de deliberação instituído por Cohen.

Em primeiro lugar, a deliberação ideal é livre ou autônoma. Para isso, duas condições devem ser satisfeitas. De acordo com a primeira, as propostas avançadas pelos participantes não estão condicionadas à autoridade de qualquer norma ou requerimento preexistente. Neste aspecto particular, o modelo de Cohen se distancia do proposto por Rawls que, ao adotar o princípio da neutralidade como parâmetro de legitimidade política, recomenda que o debate dos cidadãos no espaço público se oriente exclusivamente pelos princípios da concepção política de justiça objeto do consenso sobreposto. Em Cohen, apenas as precondições da deliberação restringem a conduta dos participantes. Já a segunda dispõe que a gênese deliberativa de uma norma constitui razão suficiente para que a conduta dos cidadãos se pautem pelos seus preceitos. Em segundo, a deliberação ideal é motivada: toda manifestação a favor ou contra determinada proposta política deve ser suportada por razões. É o convencimento, e não a força ou qualquer outra forma de manipulação,

que orienta a relação entre cidadãos que discordam sobre o bem e que mantêm um compromisso de resolver suas diferenças através da deliberação. Terceiro, na deliberação ideal os participantes são considerados como formalmente e substantivamente iguais. Formalmente, porquanto as regras que regulam o procedimento deliberativo não discriminam quaisquer dos participantes. Todos têm um igual direito de influir na agenda política. Substantivamente, à medida que a atual distribuição de poder e recursos (talentos, posses e riquezas) não afeta as chances que cada cidadão tem para influenciar decisões políticas. Finalmente, a “deliberação ideal almeja alcançar um *consenso* racionalmente motivado”. Isso significa que os participantes de uma discussão política devem avaliar as razões disponíveis, simultaneamente, a partir de sua própria perspectiva e da perspectiva dos demais, visando descobrir princípios vinculativos para a conduta, que possam ser aceitos por todas as perspectivas envolvidas. A deliberação orientada para o consenso envolve muito mais do que permitir o acesso e a manifestação do mais amplo espectro de vozes dissonantes. Ela procede a uma espécie de filtragem de razões: somente as razões que gozem da aceitação de todos os cidadãos razoáveis devem comandar o diálogo público. Conquanto esta seja a regra, Cohen admite que, na falta de tais razões consensuais, ou públicas, o voto majoritário deve ser admitido.

Ao final, com todo o procedimento devidamente esmiuçado, Cohen trata de rebater quatro críticas decisivas para o sucesso do seu ideal de democracia deliberativa: sectarismo, incoerência, injustiça e irrelevância. A deliberação ideal não é sectária, à medida que deriva de uma visão a respeito da justificação política, e não de uma concepção de orientação aristotélica que vê a participação política como o ingrediente precípua de uma vida digna. Também não é incoerente, pois somente através das instituições que estruturam a deliberação podem os cidadãos construir preferências de forma autônoma. Tais instituições, assim, não se constituem em restrições estranhas e contrárias ao processo de formação de preferências pelos cidadãos. A deliberação ideal não é injusta, pois não se confunde com teorias puramente procedimentais: as garantias individuais não se resumem àquelas intrinsecamente ligadas ao processo democrático, sendo exemplo paradigmático a liberdade religiosa. Por fim, responde à objeção de irrelevância, afirmando que não há mérito na reivindicação de que somente a democracia direta é capaz de

institucionalizar o ideal de democracia deliberativa. Na ausência de participação, Cohen propõe a criação de arenas deliberativas paralelas ao Estado, que sirvam ao propósito de superar as desigualdades de natureza política e econômica que permeiam até as instituições das sociedades democráticas mais avançadas.

O modelo de Cohen, apesar de silenciar sobre questões fundamentais, oferece uma interessante alternativa à empobrecida e desgastada prática política que impera nas democracias contemporâneas, prática essa infelizmente reverenciada por alguns e assimilada por tantos outros. A ênfase na deliberação contribui para a construção de um ideal de amizade cívica, baseado em virtudes como a moderação, a empatia e a tolerância. Essas virtudes, aliadas a tantas outras, nos ajudam a compreender que, no atual cenário de pluralismo razoável, a política pode oferecer algo mais que o embate entre inimigos morais acentuado por Schmitt, pode significar mais do que a luta permanente entre facções pela maior porção dos recursos públicos, pode, enfim, reunir cidadãos - profundamente divididos por suas convicções últimas sobre a vida - na busca pelo bem comum. A alusão ao consenso, por sua vez, traz conseqüências consideráveis para as pretensões de minorias, invariavelmente repelidas sob formas tradicionais de democracia majoritária. Também o consenso, ao exigir que as razões articuladas no debate político possam ser aceitas por todos os participantes envolvidos, resume uma instância de autodeterminação, de exercício da autonomia política, condizente com a crescente identificação dos cidadãos como não só destinatários, mas também autores das normas que regulam sua conduta. Enfim, se não necessariamente inova, Cohen fortalece a recente virada deliberativa na teoria democrática, fornecendo todo um instrumental para a superação dos modelos normativos de democracia até então dominantes.

Bibliografia Complementar: *Democratic Equality*. Ethics, vol. 99 (July, 1989), pp. 727-751. Substance and Procedure, in *Deliberative Democracy*, in Seyla Benhabib (org.), *Democracy and Difference - Contesting the Boundaries of the Political*. Princeton: Princeton University Press, 1996, pp. 95-119

BESSETTE, Joseph. *The Mild Voice of Reason: Deliberative Democracy & American National Government*. Chicago : The University of Chicago Press, 1994.

Alexandre Delduque Cordeiro

Bessette e as origens da democracia deliberativa. A ênfase na prática política norte-americana. As divergências com Jon Elster e James Bohman. A ótica dos framers na constituição dos Estados Unidos da América: democracia enérgica e democracia deliberativa. O papel do Congresso como o locus apropriado para a deliberação nos EUA. A defesa intransigente do sistema de representação e sua lógica na produção legislativa. As vantagens do representante em relação ao representado. A "noção fria" de representação. A preocupação com os resultados práticos da democracia deliberativa.

Joseph M. Bessette sustenta um ponto-de-vista muito particular sobre a democracia deliberativa, identificando-a como uma prática de produção de políticas públicas originariamente norte-americana. Sua obra não reflete uma preocupação do assunto em nível mais elástico, isto é, num âmbito mais universal. Tanto é verdade que, enquanto seus conterrâneos Jon Elster e James Bohman localizam as origens da democracia deliberativa em trechos atribuídos a Péricles, na Antiga Atenas, ou no discurso de Burke aos eleitores de Bristol, em 1774, Bessette afirma, desde logo, ser a democracia deliberativa uma criação consciente dos delegados da Convenção Constitucional de 1787. E essa afirmação fica evidente já a partir do título da obra sob comento, *The mild voice of reason - deliberative democracy & american national government*. Como parece ficar claro ao longo da presente resenha, Bessette se apresenta como um fervoroso defensor da prática política norte-americana.

A segunda singularidade de Bessette - e talvez sua contribuição mais original ao debate - está no destaque que ele dá ao poder legislativo americano. O Congresso, segundo o autor, foi idealizado para ser o principal local de deliberação no governo nacional americano. O autor

* Professor da Universidade Cândido Mendes, Mestrando em Direito pela PUC-Rio e Procurador da Fazenda Nacional.

faz essa afirmação já no intróito de obra acima mencionada: “*because Congress was designed to be the principal locus of deliberation in American national government, much of the analysis here is a detailed of evidence for and against the case that the modern Congress remains in important respects a deliberative institution*”. E, na defesa do Congresso, como o foro próprio de discussão política, chega mesmo a afirmar que a barganha, um mecanismo distorcido de elaboração de decisões coletivas (distinto, portanto, da deliberação), bem analisado por Jon Elster, não seria tão predominante no Congresso dos EUA, quanto em outras casas legislativas. Como corolário dessa premissa, Bessette advoga a capacidade da produção da *public voice* através do sistema de representação, não obstante as sensatas observações de Jon Elster a esse instrumento político. Elster reconhece que o sistema de representação padece de certos vícios, especialmente o fato de o representante não conseguir se desvincular de seus próprios interesses na defesa dos interesses coletivos, o que macularia a “neutralidade” do processo deliberativo. Bessette, ao contrário, sustenta que a própria constituição americana foi o resultado de um processo democrático de facções, e que a representação proporcionou meios eficazes de controle das maiorias.

A terceira e última peculiaridade do autor em análise, que o distingue sensivelmente de outros acadêmicos, em especial James Bohman, está no fato de Bessette preocupar-se com os resultados concretos das políticas públicas produzidas através da deliberação. O autor não se ocupa com questões ideais ou filosóficas que cercam o tema. Em suas próprias palavras: “*thus, the approach here is both descriptive, or empirical, and normative. Analyzing U. S. national government as a deliberative democracy goth enhances our understanding of the real working of American democracy provides us with a set of norms or standards for assessing how our governing institutions ought to work*”.

Como já afirmamos, Bessette identifica o nascedouro da democracia deliberativa com a fundação dos Estados Unidos da América, no final do século XVIII. Corroborando o que já foi dito a respeito de sua pouca preocupação com um modelo universal da democracia deliberativa, ele nem sequer faz referência às práticas democráticas atenienses, como o faz Jon Elster. O ponto-de-vista deste é radicalmente oposto, na medida em que o estudo da democracia deliberativa seria um *revival* e não de uma *innovation*. Para Elster, a idéia de democracia deliberativa é tão antiga

quanto a própria democracia. Ao contrário, Bessette analisa o histórico da democracia deliberativa, sugerindo que os arquitetos da ordem constitucional norte-americana rascunharam um novo modelo estatal com dois traços qualitativos: a energia e a deliberação. A *energetic democracy* garantiria a segurança nacional e os interesses vitais contra as ameaças externas, além de permitir que as leis fossem efetivamente aplicadas no território americano. Já a *deliberative democracy* permitiria que as leis destinadas aos americanos fossem criadas através de um processo racional de decisão coletiva.

Dessa maneira, os *framers*, isto é, os fundadores do novel estado acreditavam que se a democracia houvesse de ser bem sucedida, o processo legislativo deveria refletir a noção fria, racional, da comunidade. A deliberação, através do sistema representativo, proporcionaria meios de inibir os ímpetos às vezes irracionais do povo. A voz da cidadania deveria passar pelos representantes eleitos, que estariam mais aptos a refletir sobre os sentimentos populares e promover a regra da maioria. Na defesa do sistema de representação, Bessette não esconde seu talante conservador e elitista. Ele afirma que duas razões justificariam um melhor desempenho dos representantes eleitos em relação à democracia direta, nos moldes suíços. A primeira consistiria na premissa segundo a qual os homens públicos são tipicamente mais conhecedores e experientes nos *affairs of state* que os seus eleitores. Em segundo lugar, o representante trabalha em um ambiente institucional que encoraja a razão coletiva enquanto os seus eleitores freqüentemente não dispõem de tempo, aptidão nem tampouco um ambiente apropriado para tal experiência.

Por outro lado, amenizando de certa maneira o discurso, Bessette não nega que a democracia deliberativa implica que tanto representante quanto representado compartilhem os mesmos valores básicos e objetivos, até porque toda produção legislativa necessariamente seria contaminada pelos interesses e inclinações da população a qual se destina. A democracia deliberativa dos arquitetos do constitucionalismo norte-americano não se confundiria nem com a democracia direta, onde o povo diretamente toma as medidas legislativas, nem com a proposta de Edmund Burke, onde o virtuoso representante, escolhido livremente pela comunidade, não teria esse vínculo com os interesses e valores dessa mesma comunidade.

Em resumo, o aparato estatal engendrado pelos *framers*, entre os quais o legislativo bicameral (onde uma das casas poderia “arrefecer” as medidas

deliberadas na outra), a Suprema Corte com juízes vitalícios e uma presidência extremamente fortalecida, dotada do poder de veto, visava a moderar as demandas populares: “*the people know from experience that they sometimes err*”. Para Bessette, a democracia deliberativa foi, portanto, uma criação consciente daqueles fundadores do estado americano que se depararam com uma multiplicidade de interesses locais, os mais diferentes possíveis, que precisariam ser urgentemente atendidos. A democracia deliberativa, assim, não se prestou, *rectius*, não se presta, como um meio para depuração ou aperfeiçoamento das decisões públicas, mas um instrumento de controle dos ímpetus populares, com a finalidade de atingir resultados concretos na vida pública norte-americana.

Bibliografia complementar: BESSETTE, Joseph. *The mild voice of reason – deliberative democracy & american national government*. Chicago: The University of Chicago Press, 1994. BOHMAN, James. *Public deliberation – pluralism, complexity and democracy*. Cambridge: The Mit Press, 1996. ELSTER, Jon. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1997.

ELSTER, Jon. *Deliberative Democracy*. New York: Cambridge University Press, 1998.¹¹

Guilherme Pereira e Filomeno Espírito

O que é Democracia Deliberativa. A perspectiva de Elster. A lógica da argumentação. A deliberação. O precompromisso. Conclusão.

Trata-se de um filósofo político essencial para o estudo da Democracia Deliberativa, que a define sob dois aspectos, a saber: um democrático, em que se inclui uma tomada de decisão coletiva com a participação de

¹¹ A análise do presente autor, além do referido texto, seguiu a substancial contribuição do artigo Democracia y deliberación. Una Reconstrucción del modelo de Jon Elster, escrito por José Luiz Martí Mármol.

* Mestrando em Direito pela PUC-Rio.

todos aqueles que serão afetados pela mesma; e outro, deliberativo, no sentido de que todos, sob os valores da racionalidade e imparcialidade, devem estar de acordo com a decisão adotada pelo grupo, através de argumentos oferecidos pelos participantes.

Todavia, Elster relaciona democracia, política e economia por meio dos conceitos de mercado – retirado da teoria econômica clássica – e fórum – espaço principal da comunidade onde os cidadãos se unem para buscar o bem comum –, levando em conta três perspectivas, quais sejam: teoria da eleição social, a teoria que liga política a fórum e uma teoria intermediária.

A teoria da eleição social, cuja a esfera política equivale a um mercado, tem como objetivo alcançar o compromisso entre os consumidores. Por sua vez, a segunda teoria, aquela que vincula a idéia de política com a noção de fórum, afasta as considerações econômicas e, por efeito, torna a política e a vida pública com fim valioso em si mesmo; e, por fim, a teoria intermediária, abraçada pelo filósofo, reconhece que o funcionamento da política deve ser conforme um fórum, porém sem descartar, por completo, as influências econômicas.

Assim, o autor, a fim de sustentar esta última teoria, analisa o procedimento de tomada de decisão coletiva na democracia atual, defendendo a posição segundo a qual a lógica da argumentação, que se fundamenta nos valores da razão e imparcialidade, deve prevalecer; sem, contudo, se excluam outras lógicas, tais como a lógica do voto e da negociação.

Na verdade, os valores da racionalidade e imparcialidade têm fundamento no fato de que as opiniões e demandas de todos os participantes são, respectivamente, escutadas e consideradas, podendo, portanto, serem admitidas críticas dos demais, mas desde que de forma lógica, argumentativa e principalmente em prol do interesse público, o que contribuirá para afastar as preferências auto interessadas e estabelecer a força civilizadora da hipocrisia.

A tônica da deliberação em Elster se refere sobretudo ao processo constituinte, o qual, além de ser democrático, tem nas assembleias constituintes o fórum propício para eleição de propostas políticas concretas e, via de consequência, obter a justificação da decisão pública. A deliberação pode ter uma dimensão formal, em que se analisa se uma determinada decisão deve ou não ser deliberada naquele fórum e, por outro lado, um

aspecto material, que visa verificar os temas deliberados e se eles foram ou não aceitos na discussão pública.

O problema maior apreciado pelo autor é se toda e qualquer questão pública poderá ou não ser deliberada e, por outro lado, se tal decisão tem que estar ou não dentro do limite estabelecido pela Constituição.

Nestes pontos, que estão interligados, Elster sinaliza inicialmente no sentido de que há limites constitucionais, visto que na democracia constitucional, fundamentada num conjunto de instituições estáveis, não deve desprezar seus organismos por razão de ter sido estabelecido, numa dada época, certos precompromissos constitucionais irreversíveis que levaram em mente o respeito aos direitos individuais e a proteção das regras básicas da democracia.

Em tais condições, o temor de Elster consiste sobretudo na possibilidade de uma maioria, não submetida a limites constitucionais, sob o argumento da ameaça externa ou interna, estabelecer, ainda que temporariamente, a suspensão de direitos e liberdades civis e, assim, dar ensejo ao regime ditatorial como também a derrocada da própria regra da maioria.

Para o filósofo, os precompromissos, legitimam a autolimitação irreversível, isto é, fazem com que as decisões obedeçam o preconizado pela Carta Magna que, excepcionalmente, poderá ser rompida quando ocorrerem razões morais justificáveis.

Não obstante isto, o autor não fecha os olhos para a existência, num regime democrático, de situações "paradoxais da democracia", não só pelo fato de que, paradoxalmente, há limites constitucionais que podem ser rompidos por motivos morais justificáveis e, ainda, por exemplo, quando uma geração liberal impõe medidas não liberais para se prevenir da geração não liberal ou, em última hipótese, uma geração se arroga no direito de não seguir a geração anterior, mas, contraditoriamente, deseja amarrar a sua sucessora.

Enfim, muito embora Elster tente implementar um modelo próprio e racional para a Democracia Deliberativa, não formula um modelo completo e não expõe, de forma clara, em que casos se pode ter as razões morais justificáveis propiciadoras da quebra dos limites constitucionais, o que não diminui sua contribuição para a efetiva consolidação de práticas democráticas e o desenvolvimento de procedimentos decisórios participativos.

Bibliografia complementar: Mármol, José Luis Martí. *Democracia y Deliberación. Una Reconstrucción del modelo de Jon Elster*. Revista de Estudios Políticos do Centro de Estudos Políticos y Constitucionales, n.º 113. Nueva Época. Julio/Septiembre de 2001.

BENHABIB, Seyla (ed.). "Democratic Moment and the Problem of Difference", in *Democracy and Difference - Contesting the Boundaries of the Political*. New Jersey: Princeton University Press, 1996

Paulo Murillo Calazans

Entre liberais e republicanos – a co-originalidade. Garantia de Racionalidade e de Legitimidade do Processo Decisório na Democracia Deliberativa.. Três argumentos em favor do perspectiva procedimental. Estado Democrático de Direito: Motivação, Publicidade e Reexame. Constitutional Minimums e Pluralidade. Debate Argumentativo e Resolução de Conflitos. Sociedades Complexas e a Impossibilidade da Onicracia: Descentralização dos fóruns de deliberação.

A partir do enfrentamento entre a proposta liberal, que enfatiza a primazia da autonomia privada (direitos individuais fundamentais), e a posição republicana, que prestigia a autonomia pública (soberania popular), vários pensadores contemporâneos vêm trabalhando no sentido de construir de uma ponte que possa aproximar, como aspectos *co-originais*, ambos espectros da democracia, onde, por um lado, se verifique que a garantia da ampla participação dos cidadãos no processo político depende da institucionalização de determinados direitos e garantias fundamentais, e, por outro, que é o próprio exercício do discurso público igual e livre que permite a efetiva realização dos direitos fundamentais elencados como tais pelas sociedades e suas ordens normativas.

A presunção de legitimidade e de racionalidade dos processos decisórios democráticos vincula-se diretamente à amplitude do debate político que

* Mestrando em Direito pela PUC-Rio

lhe precedeu, se tornando tão mais efetiva quanto maior for o grau de liberdade de participação da comunidade, tanto no atinente ao próprio processo deliberativo, quanto aos participantes que nele tomaram parte.

Ao mesmo tempo, pode-se afirmar que a legitimidade das instituições e o exercício do poder que lhes é atribuído para a consecução dos objetivos de interesse geral colimados também são vistos pela comunidade como uma característica adquirida pelo processo de tomada de decisão imparcial, em que as próprias diretrizes estabelecidas para o procedimento discursivo tenham sido emanadas da discussão pública, aberta, livre e igual entre os cidadãos.

Neste sentido, Seyla Benhabib propõe que o processo deliberativo, de sorte a conferir a validade pretendida à ordem normativa e legitimidade às instituições democráticas, contenha as seguintes características: (1) as normas de participação asseguram a igualdade e a simetria entre os participantes; (2) a pauta de debates pode ser ela própria questionada; (3) as regras do debate também podem ser questionadas.

A garantia de racionalidade das decisões tomadas se apóia no processo construtivo discursivo, a partir do exercício da razão prática, com base em um procedimento deliberativo democrático realizado entre pessoas livres e iguais, e dentro de regras – elas mesmas “construídas” – em que é assegurada a maior amplitude de debate possível.

Três razões principais são apontadas por Seyla Benhabib para sustentar a insuperável importância do processo deliberativo democrático para a racionalidade das decisões: (1) O processo deliberativo tem o condão de distribuir informações entre todos os participantes. Como é intuitivo, nenhum indivíduo tem o domínio de todos os diferentes pontos-de-vista dos demais interlocutores e interessados a respeito das diversas e inesgotáveis questões éticas e políticas postas em debate. Além disso, ninguém detém a totalidade das informações disponíveis acerca de determinado tema colocado em discussão. Assim, o processo deliberativo é, antes de mais, um processo para divulgação e troca de informações e conhecimento. (2) Os pontos-de-vista respeitantes às questões políticas e sociais – em especial as mais complexas – não são hierarquizados em ordem de preferência pelos indivíduos, ao contrário do que defende grande parte da teoria política influenciada pelos modelos racionais econômicos. Com efeito, a valoração individual que cada participante de um debate atribui aos diversos aspectos morais e políticos da vida em sociedade apenas

ocorre após o momento deliberativo, uma vez que é através deste que nasce a possibilidade de reflexão do indivíduo sobre seus próprios entendimentos, a partir das novas informações trazidas pelos demais participantes do processo deliberativo e da ponderação em torno de novos pontos-de-vista argumentados e defendidos durante o debate. A clareza e o domínio sobre determinados assuntos surgem durante o processo interativo de discussão e deliberação, e a hierarquização valorativa individual em relação às preferências particulares surge *a posteriori* do processo deliberativo, como produto e não como causa ou premissa. (3) A própria tarefa de expor os seus pontos-de-vista em público e argumentar em seu favor exige que o orador produza boas e convincentes razões perante o seu auditório, o que, por sua vez, também o remete a uma consideração prévia e antecipada de suas visões e posicionamentos antes de expô-los publicamente. Nesse momento, dentro do propósito de obter a adesão dos demais participantes da deliberação aos seus posicionamentos, o locutor também se vê obrigado a justificar suas opiniões e torná-las coerentes, de forma a convencer aqueles da plausibilidade de suas propostas ou pontos-de-vista.

Esse aspecto tem fundamental importância tanto para a relação entre os membros da comunidade entre si, como para suas relações com as instituições democráticas do Estado. Deriva deste imperativo o princípio da fundamentação ou da motivação, que se tornou uma característica ínsita à própria noção de Estado de Direito, onde as decisões do Estado devem ser justificadas perante todos, de forma a serem aceitas pela força dos argumentos delineados ou rejeitados e submetidos aos diversos tipos de revisão previstos em cada ordenamento jurídico. E, paralelamente, tornou-se também um marco indeclinável do Estado democrático o princípio da publicidade, pelo qual se traz ao conhecimento de toda a comunidade, não somente as decisões tomadas – a fim de evitar o arbítrio infundado –, mas sua própria fundamentação, para que o direito de contradição à justificação produzida possa ser, conforme acima observado, efetivamente realizado.

Aliás, é a própria possibilidade de reexame dos argumentos produzidos durante o processo deliberativo que obstrui, em certo grau, a possibilidade do exercício irrestrito da ação instrumental ou estratégica, entendida como aquela voltada para os interesses individuais egoísticos ou espúrios. As regras procedimentais da democracia deliberativa, por óbvio, não

asseguram o controle sobre a qualidade das razões aduzidas durante o discurso; tampouco sobre o resultado da deliberação, mas é esta própria incerteza que, até certo ponto, assegura a eficácia do modelo racional discursivo de produção normativa, já que as regras processuais do debate são preestabelecidas e os pontos-de-partida igualmente conhecidos, enquanto os resultados não o são. Por outro lado, o procedimento deliberativo aberto à livre e igual participação dos membros da comunidade sobre a qual as futuras decisões irão produzir seus efeitos atribui a validade pretendida à regra da maioria, já que a decisão majoritária torna-se boa não pelo simples fato da superioridade numérica apurada no momento da escolha (voto), mas exatamente porque retrata o convencimento da maior parte do grupo deliberante em favor de um determinado ponto-de-vista, até que o mesmo possa ser revisto publicamente em novo momento deliberativo. A este respeito, Seyla Benhabib demonstra que a aceitação do resultado de uma determinada deliberação majoritária indica o acordo sobre a justeza e a correção do procedimento adotado, conduzido dentro das regras inicialmente concebidas e acordadas, independentemente da concordância com o resultado da deliberação.

Além da necessária preocupação com a viabilidade de tal modelo procedimental no plano da prática democrática política, a proposta deliberativa também enfrenta três complexas questões, às quais faz alusão Seyla Benhabib. Em primeiro lugar, está a pluralidade característica das sociedades contemporâneas, que contêm uma diversidade infindável de valorações morais e preferências individuais. Impõe-se, como imperativo derivado do próprio respeito à dignidade humana, a convivência entre a força da soberania popular e os direitos individuais fundamentais. Assim é que, a par da observância e do reconhecimento de determinados direitos constitucionais (*constitutional minimums*) essenciais, imanentes à própria existência e dignidade humanas, e também às concepções individuais sobre o bem, há de se reconhecer igualmente as diversas tradições e costumes que integram as distintas formas de vida compartilhadas.

Em segundo lugar, além da diversidade quanto às preferências morais, a vida em comunidade experimenta habitualmente o conflito de interesses. Nesse sentido, são os procedimentos de deliberação democrática que possibilitam a resolução dos inúmeros conflitos existentes nas sociedades complexas, assegurando àqueles, cujos interesses foram prejudicados pelas

decisões tomadas, a representação de suas postulações pelas várias vias processuais disponíveis e reconhecidas por todos, legitimando o modelo normativo democrático através da cooperação mútua em torno dos procedimentos adotados - exemplo do qual é o princípio da lealdade processual.

Por último, está a secular questão da impossibilidade factual da monocracia, isto é de um regime onde a totalidade dos membros da comunidade reunir-se-ia habitualmente para debater os problemas afetos ao seu dia-a-dia. Neste ponto, o modelo deliberativo de democracia trabalha com a concepção habermasiana de modalidades múltiplas de arenas deliberativas informais, retirando das instituições parlamentares oficiais o monopólio da deliberação e da produção normativa, dentro de um movimento descentralizador da esfera pública, reduzindo sobremodo as fronteiras separadoras da sociedade civil e do Estado, conforme tradicionalmente concebidos pela Teoria do Estado.

Bibliografia complementar: BENHABIB, Seyla (ed.). *Democratic Moment and the Problem of Difference, in Democracy and Difference - Contesting the Boundaries of the Political*, New Jersey: Princeton University Press, 1996; CATTONI, Marcelo. *Devido Processo Legislativo - Uma Justificação democrática do controle jurisdicional de constitucionalidade das leis e do processo legislativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000; CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça Distributiva*, Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2ª ed., 2000; COHEN, Joshua (ed.). *Deliberative Democracy - Cambridge Studies in the Theory of Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998; KOH, Harold Hongju & SLYE, Ronald C. (ed.). *Deliberative Democracy and Human Rights*, New Haven: Yale University Press, 1999; MACEDO, Stephen (ed.). *Deliberative Politics - Essays on Democracy and Disagreement*, New York: Oxford University Press, 1999; SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002

BOHMAN, James. *Public deliberation: pluralism, complexity and democracy*. Cambridge: The Mit Press, 1996.

Flávio Elias Riche

Rawls e Habermas: paradigmas da deliberação pública. Críticas às concepções hodiernas da democracia deliberativa: impraticáveis e desprovidas de realidade. A deliberação pública na visão de James Bohman: descritiva, normativa, prática (teoria crítica). Valor epistemológico da deliberação pública: otimização do processo decisório e incremento qualitativo da justificação política. Cooperação social: a deliberação pública enquanto joint activity. A problemática do multiculturalismo na deliberação pública. Critério de sucesso da deliberação pública. O uso público da razão: não-tiranias, igualdade e publicidade. Publicidade forte e publicidade fraca. Três níveis de publicidade. Imparcialidade e publicidade: uma relação não-necessária. Discurso versus diálogo. Modelo dialógico de deliberação pública e seus mecanismos.

Ao tratar da deliberação pública, James Bohman toma como ponto de partida as concepções desenvolvidas pelos expoentes centrais do liberalismo político e da teoria crítica: John Rawls e Jürgen Habermas, sem deixar de assinalar que sua proposta estaria mais próxima do primeiro que do segundo. Ainda que em regra a democracia deliberativa seja elaborada enquanto alternativa à democracia baseada nos interesses, isso não significa que esteja imune às críticas. As principais delas dizem respeito à sua falta de realidade, ao fato de ser muitas vezes impraticável e também, especialmente por parte de autoras feministas, o caráter elitista e também falocrata do discurso, que funcionaria muito bem em seminários acadêmicos e comunidades científicas, mas que seria inepto para o público em geral.

Reconhecendo a procedência de tais críticas é que Bohman propõe pensar a deliberação pública através de bases mais sólidas e efetivas. Daí sua referência aos três elementos centrais da teoria crítica, que ele busca implementar. Não basta que um modelo de deliberação pública parta de

uma rígida descrição e contenha elementos normativos e ideais; é preciso ainda que esse modelo seja dotado de praticidade suficiente para demonstrar como é possível a transformação da realidade, das circunstâncias que ele busca criticar.

Bohman define a deliberação pública como um processo dialógico de troca de razões com o objetivo de resolver situações problemáticas que não podem ser determinadas sem coordenação intersubjetiva e cooperação social. Aqui existem duas questões relevantes. Primeiro, a deliberação pública traz em si vantagens epistemológicas, seja ao promover a otimização do processo decisório, seja ao promover o incremento qualitativo da justificação política. Em segundo lugar, a deliberação pública, por sua própria definição, se traduz necessariamente numa atividade cooperativa conjunta e condizente com as sociedades complexas e pluralistas contemporâneas. E essa temática vai estar presente em todo o desenvolvimento da teoria do Bohman; através da deliberação pública, ele tenta fazer a ligação entre a teoria da democracia e a problemática do multiculturalismo.

Interessante notar que a deliberação pública para o autor de modo algum deve ser obrigatoriamente teleológica, guiada pelo e para o consenso. Bohman coloca o critério de eficácia da deliberação em outro lugar. A seu ver, um processo deliberativo obtém sucesso na medida em que os participantes dessa atividade conjunta reconhecem que contribuíram e influenciaram a produção dos resultados, mesmo quando venham a discordar dos mesmos. Isso porque, num diálogo livre e aberto, os cidadãos cooperam para a deliberação por acreditarem que suas visões razoáveis serão incorporadas às decisões de forma favorável, ou ao menos não desfavorável, não prejudicial a eles.

Fundamental também destacar a forma pela qual Bohman entende o uso público da razão. Para o autor, as razões que sustentam uma decisão política serão públicas na medida em que sejam convincentes o suficiente para motivar cada cidadão, inclusive os dissidentes, a continuar a cooperar na deliberação mesmo após a decisão ter sido feita. Isso só é possível numa deliberação livre e racional, na qual cidadãos possuam capacidades iguais de voz efetiva, motivo pelo qual toda deliberação pública deve atender ao menos a três condições mínimas: *não-tiranias, igualdade e publicidade*.

No que concerne à publicidade, Bohman distingue o sentido fraco do sentido forte. Num sentido fraco, a publicidade significa apenas a

* Mestrando em Direito pela PUC-Rio.

possibilidade de todos cidadãos terem conhecimento de toda e qualquer tentativa de influenciar a deliberação. Num sentido forte, a publicidade representa uma norma do diálogo capaz de garantir que todos os falantes possam participar efetivamente da arena de debate e discussão, exigência esta fundamental para a produção da cooperação social. Em uma frase, entendida enquanto uma atividade conjunta, não basta à deliberação apenas uma publicidade fraca; é preciso também a existência da publicidade em sua acepção forte. Ademais, a publicidade trabalha em três níveis: criando o espaço social para a deliberação, governando os processos de deliberação e as razões neles produzidas, e provendo um padrão a partir do qual os acordos possam ser avaliados.

Contudo é na rejeição da estreita vinculação entre publicidade e imparcialidade que Bohman demonstra toda sua originalidade. Ao contrário dos teóricos tradicionais da democracia deliberativa, Bohman entende que a imparcialidade não constitui um pré-requisito para a formação de razões públicas. Imparcialidade e publicidade não são conceitos idênticos. Mais ainda, nem sempre a imparcialidade representa a característica mais saliente da deliberação pública sobre demandas conflitantes. Com isso, Bohman não pretende expulsar de vez a imparcialidade do terreno político; pelo contrário, apenas admite que ela representa apenas uma das diversas formas de razões que podem ser convincentes sob as condições da publicidade.

Por último, um dos pontos centrais no qual também podemos verificar as peculiaridades da proposta bohmaniana em relação aos demais autores reside em seu modelo dialógico de deliberação. Ao contrário do discurso, o diálogo representa uma alternativa de comunicação mais aberta, menos elitista e, portanto, mais democrática, onde mesmo as minorias podem ser possuidoras de voz efetiva, a partir de um intercâmbio de razões (*give and take of reasons*) que prescindem a figura do especialista. Diálogo é movimento e incorporação, onde cada agente tende a reinterpretar não apenas as razões alheias senão as próprias, mediante um processo dinâmico de contínuo devir.

Certamente, inúmeros mecanismos dialógicos contribuem para uma deliberação efetiva. Bohman enumera apenas cinco grupamentos deles, destituído de qualquer pretensão exaustiva. O primeiro toma como modelo – ainda que divirja quanto a certos pontos – o equilíbrio reflexivo de Rawls, para o qual os falantes trabalham para tornar explícito aquilo

que está latente em seus entendimentos comuns, em suas intuições, compromissos e valores compartilhados. Já o segundo tipo de mecanismos toma em consideração a diversidade de experiências biográficas e históricas coletivas, que tendem a enriquecer o processo de deliberação sob o ponto de vista multicultural. O terceiro se refere à aplicação de uma norma ou princípio a um caso particular, o intercâmbio dialógico necessário entre uma norma geral e sua especificação concreta, podendo ter a estrutura geral daquilo que Klaus Günther denominou “discursos de aplicação”. Em quarto lugar, encontra-se o que Charles Taylor chamou de “apropriação”, isto é, uma dialética *quasi-hegeliana* entre um ideal vago e abstrato e as diversas propostas subjacentes. Por fim, estaria a capacidade de tomar a perspectiva alheia, de pensar a partir do ponto de vista do outro. De qualquer modo, percebe-se que o modelo dialógico proposto por Bohman é um dos que atualmente permitem uma comunicação mais efetiva e não-hierarquizada entre o *ego* e o *alter*, contribuindo para reverter muitas das críticas direcionadas à democracia deliberativa sem, todavia, abrir mão do seu caráter ideal e normativo.

Bibliografia complementar: BOHMAN, James. Citizenship and norms of publicity: wide public reason in cosmopolitan societies. In: *Political Theory*. Vol. 27, n. 2, 1999. BOHMAN, James. Deliberative democracy and effective social freedom: capabilities, resources and opportunities. In: *Deliberative democracy: essays on reason and politics*. Cambridge: The Mit Press, 1999. BABER, Walter F., BARTLETT, Robert V. *The next step toward environmental justice: making Rawls and Habermas safe for democracy*, 2001. Disponível em <<http://pro.harvard.edu/papers/025/025005BartlettRo.pdf>>. Acesso em 18-03-2002.

NINO, Carlos Santiago. *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press, 1996.

Bianca Stamato Fernandes

Complexidade da Democracia Constitucional e seus três elementos: constituição histórica, constituição ideal de democracia e constituição ideal de direitos. Fundamentação direitos individuais e sociais. Princípios morais da autonomia da pessoa; inviolabilidade da pessoa e dignidade da pessoa. Fundamentação da democracia deliberativa. Valor epistêmico da democracia deliberativa. Harmonização entre a tensão entre direitos e democracia. Fundamentação do Judicial Review em três exceções à supremacia do ideal democrático incremento do valor epistêmico pela defesa de a priori rights, defesa do princípio da inviolabilidade da pessoa e defesa da constituição histórica..

O presente trabalho tem como objetivo traçar uma brevíssima resenha da obra póstuma de Carlos Santiago Nino. Sua importância se deve à defesa da democracias constitucionais como a melhor forma de governo para promover tanto a autonomia privada como a pública dos cidadãos. Carlos Nino propõe a superação do conflito entre direitos e democracia através da noção de democracia deliberativa, que resulta, inclusive, num modelo de legitimação da jurisdição constitucional fundado em três exceções ao processo de deliberação democrática.

É de se notar que a análise do autor tem redobrada importância para o debate constitucional brasileiro em razão do contexto em que está inserida. Diferentemente dos seus interlocutores norte-americanos e europeus, Carlos Nino se volta para a prática constitucional argentina onde não se pode falar de democracia deliberativa sem mencionar a falta de concretização dos direitos sociais e quiçá de alguns direitos individuais. É exatamente no momento de redemocratização da Argentina que está situada a teoria da democracia deliberativa em Carlos Santiago Nino

O livro é dividido em sete capítulos mais a conclusão. Em razão da brevidade do presente trabalho optou-se por comentar os pontos mais

* Mestranda em Direito pela PUC-Rio e Jufza Federal.

relevantes da obra, mormente no que toca à democracia deliberativa. Nino começa por preconizar a superioridade da democracia constitucional como forma de governo, mas reconhece que o casamento entre democracia e constitucionalismo não é tranqüilo. Há uma complexidade inerente ao termo democracia constitucional, pois ela envolve três elementos, quais sejam, constituição histórica, processo democrático e proteção aos direitos individuais. Portanto indica que há uma relação dialética em dois âmbitos. No primeiro se dá o conflito entre o aspecto ideal da constituição, que reflete os ideais normativos dos direitos individuais e da democracia e o aspecto real, que reflete o aspecto histórico da prática do constitucionalismo; no segundo se dá a tensão entre os direitos e a democracia.

No capítulo cinco Nino oferece uma concepção alternativa para o ideal democrático, a democracia deliberativa, na tentativa de superar a tensão entre direitos e democracia e entre constituição ideal e constituição histórica. Propõe uma integração entre moral e política, pois localiza o valor da democracia na possibilidade de moralização das preferências das pessoas. A democracia deliberativa fundamenta-se com base em um valor epistêmico, posto que o procedimento deliberativo é o mais adequado para se obter o conhecimento de princípios morais. Em outras palavras, a deliberação pública, mais do que a razão monológica ou o raciocínio judicial, é o método por excelência de se atingir princípios morais. Nino procura construir uma concepção de democracia deliberativa que situa-se entre as teorias de John Rawls, calcada na reflexão individual, e de Jürgen Habermas, que confia exclusivamente na discussão coletiva, buscando, nas suas palavras, o melhor dos dois mundos. Apesar de defender que o método de deliberação pública é o mais viável para se atingir princípios morais corretos, sustenta que quando estão ausentes determinadas pré-condições ao processo de deliberação pública será preferível uma reflexão individual, fundada em princípios substantivos, pois o processo democrático estará desprovido de condições mínimas que garantam seu valor epistêmico.

Se a democracia é um processo de deliberação e tomada de decisão pública dentro de determinado limite temporal, então na impossibilidade (material e temporal) da unanimidade, a regra da maioria não é justificada apenas pela dimensão quantitativa (teorema de Condorcet), mas também pela dimensão qualitativa, isto é, a deliberação garante um nível maior de imparcialidade do que os outros métodos. Resumidamente, a impar-

cialidade é atingida porque as pessoas participam do debate democrático não só para apresentar seus interesses, como também para justificá-los na forma de proposições normativas, que devem ser gerais, universais e aceitáveis a partir de um ponto de vista imparcial.

É importante salientar que Nino afirma que de acordo com a sua justificação para a democracia deliberativa as leis resultantes do processo democrático não são razões substantivas para ação, mas sim epistêmicas, desse modo, fornecem razões para se acreditar que há razões para a decisão ou ação. E, assim, a qualidade epistêmica das leis varia de acordo com o grau da satisfação das pré-condições da decisão coletiva. Se o cumprimento de tais pré-condições for muito fraco a decisão coletiva é desprovida pelo valor epistêmico, devendo, então, ser substituída por uma reflexão individual fundada em princípios morais.

A tensão entre direitos e democracia é resolvida dentro dessa concepção de democracia deliberativa, pois a realização dos direitos, objetivo maior de qualquer democracia constitucional é atingida de modo mais satisfatório através de um processo democrático de discussão e tomada de decisão. Nas palavras de Nino não pode haver tensão entre direitos e democracia, porque o valor epistêmico da democracia é retirado da sua capacidade para determinar questões morais, tais como o conteúdo, o objeto e a hierarquia dos direitos.

Diante de tal solução para o conflito entre direitos e democracia é de se considerar que os direitos (*ideal constitution of rights*) são um resultado do processo democrático (*ideal constitution of power*), que precederia o estabelecimento de um rol de direitos fundamentais. O inverso significaria um elitismo epistêmico que vai de encontro com ideais deliberativos, relegando o papel democrático a um segundo plano. Portanto, o processo democrático precederia os direitos, isto é, nas democracias constitucionais o elemento democrático teria supremacia. Entretanto a questão não é tão simples e requer uma análise mais profunda, pois segundo Nino o processo democrático, para adquirir valor epistêmico exige a satisfação prévia de determinados requisitos, que são os chamados *a priori rights*. Nessa categoria Nino inclui direitos típicos da cartas constitucionais tais como igual e livre participação de todos os interessados no processo de discussão e deliberação e ausência de minorias insulares. Assim tais direitos apriorísticos podem ser de vertente individual ou social, já que não há diferença essencial entre ambas as categorias, cuja função é a mesma,

garantir a inviolabilidade da pessoa. Dessa forma, Nino salienta que há o perigo de uma hipertrofia dos direitos *a priori*, o que esvaziaria a fórmula da deliberação democrática. Então o modo de se retornar ao equilíbrio proposto inicialmente entre direitos e democracia consiste em não exigir a perfeição do processo deliberativo democrático, caso contrário as decisões democráticas se limitariam a decidir questões menores, como as normas de trânsito, por exemplo. Ele propõe que o valor epistêmico da democracia não seja aferido na forma do tudo ou nada, mas de forma gradual. Apenas quando a falta de cumprimento dos *a priori rights* for de tal monta que o valor epistêmico do processo democrático se torna menor do que o da reflexão individual é que se deve perseguir de pronto a sua realização, ainda que de modo não democrático. Por outro lado, mesmo que a satisfação dos *a priori rights* ainda não seja de todo satisfatória e o valor epistêmico ainda seja fraco, mas não totalmente inviabilizado, deve-se confiar na capacidade do processo democrático de se auto-desenvolver, sob pena de se neutralizar o elemento democrático da constituição.

Além do capítulo cinco, o três e o sete são de capital importância para a compreensão da teoria de Carlos Nino, pois neles são tratadas questões fundamentais das democracias constitucionais que estão interligadas: a fundamentação dos direitos nos princípios morais da autonomia da pessoa, da inviolabilidade da pessoa e da dignidade da pessoa; o valor epistêmico do procedimento de deliberação democrática como método de imparcial de conformação, interpretação e concretização dos direitos; e a fundamentação do *judicial review*. Através do seu conceito peculiar de democracia deliberativa Nino pretende resolver a relação conflituosa entre direitos e democracia situando-se para além de Rawls e Habermas, pois defende a supremacia do procedimento democrático, mas não em detrimento dos direitos, e sim como método mais eficiente de realização dos mesmos, ao mesmo tempo em que considera a existência de alguns direitos *a priori*, que por sua vez são também indispensáveis ao desenvolvimento do procedimento democrático. O *judicial review* embora seja concebido como indispensável à garantia da constituição tanto na dimensão histórica como ideal, é tido como excepcional, o que corrobora a tomada de posição em favor da preponderância do elemento democrático nas constituições. A forma original com que Nino desmistifica a lógica de Marshall, situando a justificação do *judicial review* para além do princípio da supremacia da constituição também merece

nota. O mesmo se dá com a defesa dos direitos sociais como essencialmente semelhantes aos direitos individuais, o que irá ajudar a concretizar tais direitos de forma mais eficiente até mesmo pelo Judiciário, sem se precisar recorrer a mecanismos limitadores, tal como o princípio do mínimo existencial, o que é fundamental quando se tratam de cartas constitucionais compromissárias como a nossa, que traz positivado um extenso rol de direitos sociais.

Por fim, algumas observações podem ser feitas. De certo modo, como parece reconhecer o próprio autor, a tensão entre direitos e democracia não teria sido solucionada, pois há uma linha muito tênue entre o que são *a priori rights* e *a posteriori rights*, o que obriga o juiz a posicionar-se mais ao lado dos republicanos adotando uma posição mais tímida, ou ao lado dos liberais esposando um ativismo judicial, razão pela qual Nino talvez não tenha realmente oferecido uma alternativa aos modelos de Rawls e Habermas. Em segundo lugar, Nino talvez esteja incorrendo em uma circularidade, em semelhança a Habermas, pois ao mesmo tempo de defende o processo democrático como indispensável para a fixação do conteúdo e concretização dos direitos também entende que alguns direitos são indispensáveis à democracia. Em terceiro lugar, a segunda exceção à impossibilidade do *judicial review*, como é fundada no princípio da inviolabilidade da pessoa apontaria para uma supremacia dos direitos sobre o procedimento democrático, pois a decisão do legislador será afastada toda vez que for considerada perfeccionista. Em quarto lugar, ao sustentar a atuação do *judicial review* para defender a continuidade da prática constitucional plasmada no documento histórico, Nino não oferece um arcabouço teórico para a fundamentação da possibilidade da ruptura constitucional, embora reconheça que ela pode ocorrer, o que poderia configurar uma lacuna na presente obra. Por fim, podemos ainda notar que o *judicial review*, segundo as três hipóteses de Nino, é justificado tanto para defender o valor epistêmico da democracia; como para garantir o respeito ao princípio da inviolabilidade da pessoa, e também para assegurar a manutenção do documento histórico da constituição, o que talvez demonstre que ao contrário do que Nino preconiza, a atuação do Poder Judiciário não é tão excepcional assim e talvez esteja fundamentada na Supremacia da Constituição, como intuiu o grande Marshall, nas suas três dimensões, histórica, ideal de direitos e ideal de democracia, caso contrário o legislador poderia neutralizar qualquer uma delas

comprometendo, desse modo, a complexidade que é a característica das democracias constitucionais.

Bibliografia complementar: KOH, Harold Hongju and Ronald C. Slye (ed). *Deliberative Democracy and Human Rights*. New Haven: Yale University Press, 1999; MICHELMAN, Frank I. *Brennan and Democracy*. Princeton University Press, 1999; FREEMAN, Samuel. "Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment" in *Philosophy & Public Affairs* Vol 29, Number 4, Fall 200, 371:418.

Bibliografia Sistematizada

Bibliografia obrigatória:

- BENHABIB, Seyla. In *Democracy and Difference Contesting Boundaries of the Political* (ed. Seyla Benhabib) Princeton. Princeton University Press. 1996. 67:94.
- BESSETE, Joseph M. In *The Mild Voice of Reason. Deliberative Democracy E American National*. Chicago. The University of Chicago Press. 1994. 1:39.
- BESSETE. Capítulo 3_ 40:66.
- BOHMAN, James. In *Public Deliberation_ Pluralism, Complexity and Democracy*. Cambridge. The Mit Press. 1996.
- COHEN, Joshua "Deliberation and Democratic Legitimacy" in Alan Hamlin e Philip Pettit (org.), *The Good Polity - Normative Analysis of the State*, Oxford. Blackwell, 1989, pp. 17-34
- _____ In *Democracy and Difference Contesting Boundaries of the Political* (ed. Seyla Benhabib) Princeton. Princeton University Press. 1996, 95:119.
- DRYZEK, John S. "Legitimacy and Economy in Deliberative Democracy". In *Political Theory*, vol.29,n.5,p.651-669, October 2001.
- ELSTER, Jon. In *Deliberative Democracy* (ed. Jon Elster). New York. Cambridge University Press. 1998. 1:18.
- MICHELMAN, Frank I. "How Can the People Ever Make Laws? A Critique of Deliberative Democracy" in *Deliberative Democracy*

Essays on Reason and Politics (ed. James Bohman & Willian Reig)
The Mit Press, 1997;

_____, in *Brennan and Democracy* Princenton. Princenton
University Press, 1999.

NINO, Carlos Santiago. Capítulo 5 in *The Constitution of Deliberative
Democracy*. New Haven. Yale University Press 107:143.

Bibliografia complementar:

BABER, Walter F and Robert V. Bartlett. "The Next Step Toward
Environmental Justice: Making Rawls and Habermas Safe for
Democracy" internet <http://pro.harvard.edu/index.htm>. disponível
em 16/10/2001;

BOHMAN, James. "Citizenship and Norms of Publicity Wide Public
Reason in Cosmopolitan Societies" in *Political Theory*, Vol. 27,
No. 2, April 1999, 176-202.

COHEN, Joshua. "Democratic Equality". *Ethics*, vol. 99 (july, 1989),
pp. 727-51.

CHRISTIANO, Thomas "The Authority of Democracy" disponível em:
<http://pro.harvard.edu/index.h>.

FEREJOHN, John and Pasquale Pasquino, "Constitutional Courts as
Deliberative Institutions" disponível em [http //www. la.
utexas.edu](http://www.la.utexas.edu)

FERRARA, Alessandro "Of Boats and Principles- Reflections on
Habermas's "Constitutional Democracy" in *Political Theory*,
vol.29, n.6,p. 782-791, December 2001.

FISHKIN, James S. "Reflections on Deliberative Democracy" disponível
em [http //www. la. utexas.edu](http://www.la.utexas.edu)

FITZPATRICK, Peter. "Consolations o the Law: Jurisprudence and the
Constitution of Deliberative Politics"
Ratio Juris. Vol.14, n.3, September 2001 (281-97).

FREEMAN, Samuel "Deliberative Democracy and the Idea of Public
Reason" disponível em: [http//pro. harvard.edu/index.h](http://pro.harvard.edu/index.h).

_____"Deliberative Democracy: A Sympathetic Comment"
in *Philosophy & Public Affairs* Vol 29, Number 4, Fall 200,
371:418.

GUTMANN, Amy and Dennis Thompson "Deliberative Democracy
Beyond Process" disponível em [http //www. la. utexas.edu](http://www.la.utexas.edu)

HABERMAS, Jürgen. "Constitutional Democracy_ A Paradoxal Union
of Contradictory Principles ?" in *Political Theory*,
vol.29,n.6,p.766-781, December 2001, 782:191.

HONIG, Bonnie, "Dead Rights, Live Futures: A Reply to Habermas's
"Constitutional Democracy" in *Political Theory*, vol.29,n.6,p.766-
781, December 2001.

MÁRMOL, José Luis M. . "Democracia y Deliberación. Una
Reconstrucción del Modelo de Jon Elster" in *Revista de Estudios
Políticos. (Nueva Época)* Num. 113 Julio/septiembre 2001.

MICHELMAN, Frank I. "Morality, Identity and "Constitutional
Patriotism" in *Ratio Juris* Vol. 14 No. 3 September 2001 (253-
71)

SANDERS, Lynn M. "Against Deliberation" in *Political Theory*, Vol. 25
No. 3, June 1997, 347-376

SUNSTEIN, Cass R. "*Health_ health Trade offs*" in Elster Jon (ed.)
Deliberative Democracy. New York. Cambridge University Press.
1998

Edições Especiais sobre Democracia Deliberativa:

Ratio Juris, Vol. 14, No. 4, December 2001,
Lua Nova Revista de Cultura e Política, (Fases da Democracia), n 50,
2000.

Impressão e Acabamento GRÁFICA LIDADOR LTDA.
Rua Hilário Ribeiro, 154 - Pça. da Bandeira
Tel.: (21) 2569-0594 / Fax: (21)2204-0684
e-mail: lidador@terra.com.br - Rio de Janeiro - RJ