

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE

Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro



21

AGO / DEZ

2002

ISSN 1516-6104

Departamento de Direito

Direção do Departamento de Direito
Francisco Mauro Dias

Conselho Editorial

Alejandro Bugallo Alvarez
Ana Lúcia de Lyra Tavares
Gisele Guimarães Cittadino
Joaquim de Arruda Falcão
José Eduardo Campos de Oliveira Faria
José Ribas Vieira
Tânia 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 p e-mail web@jur.puc-rio.br

DIREITO, ESTADO E SOCIEDADE
nº 21 agosto-dezembro, 2002.

ISSN 1516-6104

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

1. Direito-Periódicos. I- PUC-Rio

SUMÁRIO

1. Artigos

Estado como Ordem Normativa	6
<hr/>	
<i>Adrian Sgarbi</i>	
Transformação do Princípio da Autonomia da Vontade sob a Ótica do Novo Código Civil	52
<hr/>	
<i>Alice Moreira Franco</i>	
A Cessão de Direitos Hereditários no Novo Código Civil	79
<hr/>	
<i>Luciano Vianna Araújo</i>	
As Sociedades e o Novo Código Civil: Uma Primeira Abordagem do Tema	90
<hr/>	
<i>Pedro Paulo Cristóforo</i>	
Aporia do Estado de Direito: Notas Sobre a Legitimação dos Textos Constitucionais Perante a Autonomia Política e a Proteção dos Direitos Fundamentais	104
<hr/>	
<i>Paulo Murillo Calazans</i>	

2. Espaço Discente

Ponderação de Princípios: Uma Análise Crítica – Origem, Natureza Jurídica, Dignidade da Pessoa Humana e Proporcionalidade	126
<hr/>	
<i>Flávio Leão Pinheiro</i>	

3. Notícias e Informações

Núcleo de Direitos Humanos: Um Projeto Que Enfim se Consolida	160
<hr/>	
<i>João Ricardo W. Dornelles</i> <i>Carolina de Campos Melo</i>	

Resumos e *abstracts* das Dissertações de Mestrado defendidas
no Programa de Pós-Graduação em Teoria do Estado e Direito
Constitucional do departamento de Direito da PUC-Rio
no 2º semestre de 2002

177

Artigos

O Estado Como Ordem Normativa

Adrian Sgarbi*

Introdução

Em fevereiro de 1911 Kelsen publica, sob os cuidados de J.C.B. Mohr, a obra «Problemas Fundamentais do Direito Público». Nela, Kelsen trata, em momentos diversos, da compreensão do Estado e sua adequada configuração normativa. Tal é perceptível já na primeira parte do livro segundo quando, no capítulo sexto, mantém sua atenção centrada no tema da 'vontade do Estado', argumento que relaciona com as idéias de 'obrigação jurídica estatal' e o 'papel de seus órgãos' no sucessivo livro terceiro, capítulos quatorze, quinze e dezesseis.

Com respeito a isso, importa destacar que as décadas de 20 e 30 são particularmente importantes para a teoria do Estado de Kelsen. Depois de ter marcado forte oposição às incursões sociológicas no campo jurídico, parece ser sua tarefa a consolidação de seus resultados mais expressivos. Daí que a compreensão de que a pessoa jurídica é uma projeção antropomórfica resultante de uma duplicação do objeto, a identidade entre direito e Estado, e a acusação de pseudoproblemas, os que não

* Doutor em Direito pela USP. Professor do programa de graduação e pós-graduação em direito da PUC-Rio.

Agradeço ao Dr. Nikolai P.Z. FAHRMANN pelas observações feitas a antecedente versão deste artigo e ao Dr. Fernando QUINTANA pelos diálogos firmados ao longe de sua elaboração.

mantém como referência de contenção à normatividade, são os pontos atrativos de seus escritos principais, tais como «O Conceito Sociológico e o Conceito Jurídico do Estado», ano de 1922, «Teoria Geral do Estado», 1925, e a primeira edição da «Teoria Pura do Direito», ano de 1934. A relevância desta fase parece ser notória em seu pensamento quando se realiza a comparação desses esforços com seu escrito estadunidense, de 1945, «Teoria Geral do Direito e do Estado», cujo lugar em seu universo teórico pode ser tido como sua obra acabada sobre os lineamentos do Estado, em que pese as considerações posteriores feitas na «Teoria Pura...», de 1960.

Tudo considerado, nosso objetivo neste ensaio é duplo: apresentar pontos específicos do pensamento de Kelsen no que diz respeito ao enquadramento normativo do Estado; e agrupar seus empreendimentos de tal modo que seja possível ao nosso leitor perceber as soluções fornecidas por Kelsen como substitutas ao que ele costumava chamar de 'as teorias de potente influxo'¹. Para isso, no item (1), iniciaremos nossas considerações com a análise de um dos pontos imprescindíveis para a inteligibilidade do Estado na teoria kelseniana: a idéia de que há um impulso humano de personificar as coisas. Na seqüência, item (2), a feição normativista do conceito de pessoa é exposta e delimitada. Contudo, de nada adianta apresentar esses matizes se escapar ao leitor o real problema de Kelsen: reduzir à base normativa as teorias predecessoras. Assim é que, nos itens (3) e (4), procuramos apresentar o manancial informativo necessário para que, no item (5), os aportes críticos de Kelsen fizessem o devido sentido. Feito isto, no item (6), nossa tarefa se completa com a delimitação kelseniana dos 'elementos constitutivos do Estado'.

1. Pessoa, homem e hipóstase

Para Kelsen, as teorias tradicionais distinguem «pessoa física» de «pessoa jurídica» mediante um critério banal: pessoa física é o ser humano; pessoa jurídica não o é². Aliás, pontua ser essa a distinção

¹ H. Kelsen (1911), p. 14.

² H. Kelsen (1945), p. 175.

utilizada por AUSTIN. John AUSTIN, de fato, entende ser pessoa física «...um ser humano investido de direitos ou considerado como sujeito de deveres»³. Mas, parece perceber KELSEN que essa atribuição de deveres e direitos a uma pessoa «identificada» como «homem», encontra explicação na necessidade humano-psíquica de personificar as coisas, uma necessidade do ser humano de ver imagens, uma «projeção do Eu»⁴. A propósito, em escrito datado de 1919, KELSEN, voltado para os trabalhos de VAHINGER, precisamente a teoria do «Als-Ob», aceita a idéia das «ficções personificativas», pontuando assim que: «O conceito de sujeito jurídico... nasce do impulso antropomórfico de personificar que tem dominado o nosso aparato representativo, sendo, isto, uma 'tendência do gênero humano' de hipostasiar e de firmar de modo tangível em forma de pessoa, de sujeito, tudo aquilo que é puramente ideal»⁵. Tal compreensão, KELSEN manterá sempre presente em seus trabalhos, o que se pode constatar em sua «Teoria Geral do Direito e do Estado», que seria editada quase três décadas mais tarde. Esses os seus termos: «O pensamento jurídico não se satisfaz com o conhecimento de que certa ação ou omissão humana forma o conteúdo de um dever ou direito. Deve existir algo que 'tem' o dever ou o direito»⁶.

É nesse sentido que, como toda personificação, também a personificação do Estado esconde, com o ilusionismo da simplificação ilustrativa, uma série de complexas relações que se vêem unidas por imagens, subsumidas em «hominizações» como veremos em breve. E isso é particularmente significativo: o próprio impulso de se ver uma essencial vontade ou um querer subjetivo atribuído a alguém é que remete ao esforço de se radicar no Estado certo «espírito humano», o mesmo valendo para a conversão dessa idéia em «instrumento auxiliar» do pensamento vertendo-a em ente real, como se o Estado fosse um ser empírico⁷. Ou seja, e com o mesmo foco: «Trata-se somente de um caso particular da 'tendência universal do pensamento' de se transformar aquilo que não passa de mero instrumento do conhecimento em 'outro

objeto do conhecimento'»⁸. Mas, de fato, essa duplicação nada mais é que uma tautologia oculta. E isso é freqüente e cortes devem ser feitos para se evitar equívocos. A partir dessa constatação, KELSEN não deixa escapar questões como as da «alma», que para o psicólogo nada mais é que a «psique», e da «força», que, para a física, não passa de uma construção. Esse particular aspecto, por sua vez, KELSEN cuidou com atenção em escrito que data de 1927, este intitulado «O Conceito de Estado e a Psicanálise» cujo fundo teórico continuou sendo o de que há uma tendência humana de ceder a projeções mitificadas que promovem, no pensamento humano, duplicações do objeto que intenta conhecer⁹.

A nosso aviso, com esses fundamentos, o aspecto técnico de sua teoria ganha em clareza distintiva: uma coisa é o «Homem», conceito da biologia e da fisiologia, i.e., das ciências naturais; outra é «pessoa», conceito do direito, da análise das normas jurídicas, com o que essa «antropometria jurídica» esconde na palavra «pessoa» apenas o referente normativo. Mas se por pessoa não se deve assimilar a idéia de homem, então como deve ser concebido o sujeito das situações jurídicas?

2. Pessoa jurídica física, pessoa jurídica coletiva, e Estado

Sabe KELSEN que existem dois critérios distintos que emergem de dois tipos de pessoa: a pessoa física (ou natural) e a pessoa jurídica (ou fictícia). Para a compreensão de ambos é imprescindível a idéia de deveres e direitos.

Quando alguém tem uma determinada conduta estatuída pelo conjunto normativo, diz-se possuir um «dever jurídico». «Dever jurídico» quer dizer, portanto, que uma conduta oposta é tornada pressuposto de uma sanção ou consequência jurídica¹⁰. «Direito», na acepção referencial normativa (e não como disciplina ou campo do conhecimento), significa que há a atribuição de agir atribuída por normas a alguém¹¹. E se esse alguém age vinculando outros sujeitos de direito, diz-se que possui um «poder jurídico»; ou seja, que, nos termos de um ordenamento jurídico,

³ J. AUSTIN (1929), pp. 350-351.

⁴ H. KELSEN (1922a), p. 7.

⁵ H. KELSEN (1922a), p.

⁶ H. KELSEN (1945), p. 135.

⁷ H. KELSEN (1922a), pp. 7-8.

⁸ H. KELSEN (1922a), pp. 7-8.

⁹ H. KELSEN (1927a), pp. 171-172.

¹⁰ H. KELSEN (1960), p. 188.

¹¹ H. KELSEN (1979), pp. 158-160.

são produzidas normas jurídicas através de determinados atos seus. Com efeito, a pessoa, que chamamos habitualmente de pessoa física, corresponde, segundo KELSEN, ao conjunto de normas jurídicas enquanto contenha alguma referência à conduta de um indivíduo, i.e.: «pessoa física» é um conjunto de direitos e obrigações que sejam imputados a um só indivíduo. Esta a sua fórmula canônica: «Se deveres e direitos 'q' são imputados apenas a um indivíduo 'X', este indivíduo 'X' é uma pessoa física 'Pf'».

Portanto: Pf = {q:q seja um ato jurídico imputado X}

Assim, para KELSEN, o termo «pessoa» apenas possui um valor 'nominal' já que a idéia de «pessoa» apenas remete a um conjunto ou sistema de normas, invertendo, desse modo, a posição tão comum ao jusnaturalismo de se partir de uma idéia de «Homem» para, dele, extrair direitos que já lhe são próprios por nascimento. Diz KELSEN: «A pessoa existe apenas na medida em que 'tem' [é] deveres e direitos; separada deles, a pessoa não tem qualquer existência»¹². E ademais: «A 'pessoa A' é a abrangência de todas as normas jurídicas, qualificando os atos de A como deveres e direitos. Atingimos a 'personalidade de A' quando concebemos essas normas como formando uma única unidade, a qual personificamos»¹³. Então, a noção de pessoa envolve apenas imputações (atribuições calcadas em normas) que são personificadas. Daí que «personificar» é o ato de se considerar a pessoa física como um homem quando, na realidade, não passa de uma estampa, uma nomenclatura para as normas jurídicas. Dessa forma KELSEN, com a definição de pessoa física, faz do termo tão-somente um conceito auxiliar na análise das normas¹⁴.

O conjunto das regras que se aplicam à conduta de um só indivíduo, constitui uma ordem parcial, cuja personificação dá aquilo a que se chama a 'pessoa física' (H. KELSEN. TGE, p. 25).

O conceito de pessoa física (natural) nada mais significa que a perso-

nificação de um complexo de normas jurídicas. O homem, um homem individualmente determinado, é apenas o elemento que constitui a unidade na pluralidade dessas normas (H. KELSEN. TGDE, p. 138).

Deve-se perceber o quanto isso é importante em seu plano teórico mais abrangente: dentre outros tantos conceitos, a noção de pessoa é o suporte para a compreensão de responsabilidade. Por isso que «responsável», em sua teoria, corresponde ao «sujeito jurídico» que desatendeu a um preceito normativo e que, exatamente em virtude da norma, deve-se lhe aplicar uma sanção¹⁵.

Para além da configuração das pessoas físicas, a teoria jurídica apresenta, como outro ator das relações normativas, as «pessoas jurídicas». O problema é que, conforme a contextualização teórica analisada, a expressão 'pessoa jurídica' redundante, não tão inesperadamente, em expressão desconfortável. Desconfortável porque, se o conceito de 'pessoa física' não se confunde com o conceito de 'homem', pois é fenômeno essencialmente normativo, uma unidade de deveres e direitos, a pessoa física também pode ser chamada de pessoa 'jurídica' (até porque é pessoa jurídica, uma 'pessoa jurídica física'), o que deixa patente o problema terminológico. Sendo assim, constitui um erro atribuir exclusividade de dita designação aos entes coletivos que, com frequência, são os únicos a serem chamados de 'pessoas jurídicas'.

Sendo assim, deve-se proceder à mesma assimilação normativa, atentando-se, apenas para a distinção de abrangência, já que pessoa coletiva (ou pessoa jurídica *stricto sensu*) nada mais é que a unificação de todos os atos que sejam referidos aos agentes que formam a pessoa coletiva. Da mesma forma que a pessoa física é um conjunto de atos imputados (atribuídos normativamente) a um só indivíduo, a pessoa coletiva corresponde ao conjunto de todos os atos de uma série de agentes que são imputados ao conjunto desses vários agentes. Ou, conforme pontuou KELSEN fortemente na edição de 1934 da «Teoria Pura do Direito», deve-se atentar para o fato de que «...assim como a pessoa física não é um homem, tampouco a pessoa jurídica é um super-homem».

¹² H. KELSEN (1945), p. 137.

¹³ H. KELSEN (1945), p. 138.

¹⁴ H. KELSEN (1945), pp. 145-147.

¹⁵ H. KELSEN (1945), pp. 93 e ss.

Esta a sua fórmula canônica: «Se deveres e direitos q são imputados a vários agentes (X_1, X_2, X_3, X_N), esses vários agentes considerados em sua unidade formam uma pessoa coletiva 'Pc'».

Portanto: $Pc = \{q:q \text{ seja um ato jurídico imputado a } X_1, X_2, X_3, X_N\}$

Por isso que quando se diz que a pessoa jurídica celebra contratos, move ações judiciais, transaciona, etc., essas ações da pessoa jurídica, todas elas, são expressões de linguagem porque não há um ente separado dos atores humanos que agem, por atribuição normativa, pela pessoa jurídica. Daí a afirmação de KELSEN segundo a qual «Quando se fala de ações e abstenções de uma pessoa jurídica, devem estar implícitas ações e abstenções de seres humanos»¹⁶. Portanto, ações e abstenções estas que são interpretadas como ações e abstenções da pessoa jurídica em virtude de uma norma ou conjunto de normas.

O caso típico de pessoa 'jurídica' (no sentido técnico, mais restrito) é o de corporação. A definição usual de corporação é: um grupo de indivíduos tratados pelo Direito como uma unidade, ou seja, como uma pessoa que têm direitos e deveres distintos daqueles dos indivíduos que a compõem. Uma corporação é considerada como uma pessoa porque nela a ordem jurídica estipula certos direitos e deveres jurídicos que dizem respeito aos interesses dos membros da corporação, mas que não parecem ser direitos e deveres dos membros e são, portanto, interpretados como direitos e deveres da própria corporação (H. KELSEN. TGDE, p. 140).

Um indivíduo atua como órgão de uma corporação se a sua conduta corresponde, de certo modo, à ordem especial que constitui a corporação. Vários indivíduos formam um grupo, uma associação, apenas quando estão organizados; se cada indivíduo possui uma função específica em relação aos outros. Eles estão organizados quando a sua conduta mútua é regulada por uma ordem, por um sistema de normas. É esta ordem – ou, o que redundava no mesmo, esta organização – que constitui a associação, que faz com que os vários indivíduos formem uma associação. Dizer que esta associação possui órgãos é exatamente dizer que os indivíduos que formam a associação estão organizados por uma ordem

¹⁶ H. KELSEN (1945), p. 141.

normativa. A ordem ou organização que constitui a corporação é o seu estatuto, os chamados regulamentos da corporação, um complexo de normas que regulamenta a conduta dos seus membros (H. KELSEN. TGDE, p. 142).

A pessoa jurídica, no sentido mais restrito do termo, nada mais é que a personificação de uma ordem que regula a conduta de vários indivíduos; por assim dizer, o ponto comum de imputação para todos os atos humanos que são determinados pela ordem (H. KELSEN. TGDE, p. 144).

Tendo em conta esses argumentos, coloca-se não apenas que a idéia de 'sujeito de direito' corresponde a um ser que não é distinto e diverso da ordem jurídica, mas sim sua personificação, total ou parcial. E se a compreensão de personificação parcial é assimilada a das pessoas jurídicas 'físicas' e 'coletivas', a compreensão de personificação total remete à questão do Estado e sua detida análise.

Por outras palavras porventura mais expressivas: está evidente que tanto Pf quanto Pc correspondem a unidades de atos jurídicos. Desse modo, Pf e Pc são pessoas jurídicas. Com respeito a isso, quando Pf tem o dever jurídico de pagar certa soma de dinheiro, Pf é considerada devedora de certo valor, de tal modo que deve cumprir a obrigação de pagar o que deve. Igualmente quando Pc tem o dever jurídico de pagar certa soma de dinheiro, Pc – i.e., Município, sociedade anônima, etc. – é considerada devedora de certo valor, com o que deve cumprir o dever jurídico de pagar o que deve. A única diferença é que Pc, nos termos das especificações de seu referencial de formação (Constituição, Lei Orgânica, estatutos, etc.), atuará, provavelmente, conforme as especificações de tarefas que são atribuídas a certo agente que 'presenta' Pc (como diria, entre nós, consagrado autor¹⁷). Importa destacar que, na linguagem jurídica, diz-se ser 'capaz' Pf quando está apto juridicamente para atuar; e, quanto ao agente que atua como Pc, este é reconhecido como tal com a designação de 'competente'. Por isso que tanto as capacidades como as competências são faculdades, são possibilidades de agir humanos estabelecidos normativamente.

¹⁷ F.C. PONTES DE MIRANDA (1954), § 91, 3.

Nesses termos, conforme está no pensamento de Kelsen, Pf e Pc são tão-somente unidades parciais relativamente autônomas que mantêm relações jurídicas, pois tais unidades parciais agem dentro de uma ordem global, que as admite e convalida. Portanto, nem Pf nem Pc correspondem à totalidade dos atos jurídicos em uma comunidade. Esta comunidade, apenas pode ser unificada normativamente em outra instância, o Estado como ordem jurídica. É interessante observar que é comum se pensar na ordem estatal como ordem política. Nesse sentido, o Estado brasileiro é concebido como um ente personificado politicamente frente a entidades similares, os demais Estados soberanos. O que Kelsen faz é explorar as possibilidades teóricas de se perceber o Estado como uma unidade normativa, uma unidade normativa que possui específico espaço territorial que constitui seu campo de validade normativa. Como será visto nos parágrafos sucessivos, Kelsen atribui, por conseguinte, ao Estado, este, identificado com a própria ordem jurídica (o assim chamado direito 'objetivo'), os atos jurídicos que são referidos à comunidade, ou que se referem ao conjunto de todos os atos 'q' dos indivíduos que formam a comunidade. Porque, segundo entende, «...o tecido social não passa de uma obrigação -, a obrigação recíproca dos indivíduos, estabelecida pela ordem normativa, a uma determinada conduta»¹⁸.

Do mesmo modo que a pessoa 'física', também a chamada pessoa 'jurídica' é somente a expressão unitária para um complexo de normas, é dizer, para um ordenamento jurídico, e justamente para aquele que regula a conduta de uma pluralidade de homens. Ora é a personificação de uma ordem parcial, qual seria o estatuto de uma associação, o qual constitui uma comunidade parcial, a pessoa jurídica da associação; ora é a personificação de uma ordem jurídica total que constitui uma comunidade jurídica compreensiva de todas as comunidades parciais, e que de ordinário está representado na pessoa do Estado (H. Kelsen. TP1, p. 86).

Mas antes de nos referirmos aos aspectos específicos dessa equalização, vejamos algumas teorias que Kelsen teve de vencer e que desfrutavam de certo prestígio já em sua época.

¹⁸ H. Kelsen (1925), p. 21.

3. A teoria dos dois lados

Georg Jellinek imagina para o Estado um conceito dual: de um lado há o plano sociológico que concerne à «criação fática do Estado»; de outro, há o plano jurídico, que se resume na atribuição de regras a esse Estado. Assim é que o Estado deve ser encarado como possuidor de elemento objetivo-empírico e psíquico; «objetivo-empírico», porque os homens se relacionam, entram em contato pessoa a pessoa; «psíquico», porque há subjetividades em jogo nessas relações. De fato, para Jellinek, essa compreensão é fundamental. Fundamental porque «...os fatos sociais podem ser compreendidos tão-somente sob a condição de se conhecer os atos psíquicos que os determinam e os acompanham»¹⁹. Por isso a realidade estatal não é determinada apenas por sua realidade física, senão como predominantemente psíquica. É nesse psiquismo ou viés subjetivo-estatal, contraposta aquele objetivo-físico-relacional de seus órgãos, que «descansa as relações internas humanas do Estado»²⁰. Com isso, da relação entre governantes e governados, encontra-se a origem de seu surgimento. Contudo, há um condicionamento: as relações de comando e obediência não podem ser ocasionais; devem, sim, ser regulares, a ponto de possibilitarem a integração desses grupamentos numa unidade corporativa, com o que assenta os elementos objetivos da unidade estatal. O primeiro desses elementos objetivos é o povo, do qual advém a «unidade histórica» do Estado. Todavia, ainda que seja este o primeiro elemento, não é o único, muito menos suficiente quando isolado. Segundo entende, há que se considerar, ademais, os «elementos complementares»: o território, as formas institucionais e os princípios teleológicos. Assim sendo, com o fim de compor todo o traçado, Jellinek afirma que a própria circunstância de haver obrigações e direitos decorrentes dessa relação regular de governantes e governados, imporá a necessidade de se reconhecer os «sujeitos de direito», ou, o que é igual, o conceito de pessoa física com direitos e obrigações. E se os indivíduos como sujeitos têm direitos e obrigações, o Estado também os tem. Com isso, depois que o Estado surge, soberano, ele próprio se submete ao direito, numa «autolimitação jurídica», assim se convertendo em sujeito de direitos e

¹⁹ G. Jellinek (1959), p. 130.

²⁰ G. Jellinek (1959), p. 130.

deveres²¹. «Tão lícito nos é cientificamente conceber o Estado como sujeito de direito...» — diz JELLINEK — «...como atribuir ao homem este mesmo caráter. Somente mediante esta doutrina nos é possível compreender juridicamente a unidade do Estado, a de sua organização e a vontade que emana»²². Desse modo, conclui que o Estado é «a corporação formada por um povo, dotada de um poder de mando originário e assentada num determinado território», ou ainda: «é a corporação territorial dotada de um poder de mando originário»²³.

Mas da «teoria dos dois lados» (teoria que concebe o Estado como um Minotauro²⁴, um ser composto por um lado «social» e outro «jurídico», um ser mistificado) a palavra de JELLINEK não é a palavra final, muito menos a única.

4. Direito e sociologia compreensiva

Émile DURKHEIM concebe um método radicalmente positivista e quantitativo: nos termos de sua teoria sociológica tradicional «...a regra primeira e fundamental é considerar os fatos sociais como coisas»²⁵. «Coisas» são tudo o que é dado, tudo o que se oferece ou que se impõe à observação²⁶. Max WEBER procura uma camada ainda mais profunda e abrangente: o centro cognoscitivo da realidade social não se encontra na factualidade tal qual se apresenta aos olhos, mas é fornecida pelas ações dos agentes sociais, com o que inclui o sentido subjetivo que, ao atuarem, os agentes mantêm impressos em seus comportamentos²⁷. Por outras palavras: nos termos de sua «sociologia compreensiva», as ações sociais e as significações subjetivas nela incluídas possuem lugar destacado. Não é que WEBER negue o valor teórico da «sociologia estática», daquela maneira tradicional descritivo-durkheimiana. Mas defende que se deve captar o homem em sua concreção realizadora, em sua atividade

multiforme, observando como ele se comporta na comunidade e na sociedade; como forma e transforma suas relações sociais. Ou seja: para além do caráter «nomológico» tradicional, WEBER procura pelas intenções postas pelos seres humanos em suas ações, entendendo que nelas se encontra um sentido diferente daquilo que se pode extrair do mero curso objetivo do tempo e das relações sociais que se possam perceber, nele, empenhadas: seu método sociológico é, dessa feita, de caráter qualitativo e histórico. «Qualitativo» porque investiga o sentido subjetivo das ações. «Histórico» porque as ações são temporalmente localizadas, evitando-se intuicionismos e psicologismos desprendidos do concreto. Diz WEBER: «A sociologia é uma ciência que pretende entender a ação social, interpretando-a para, dessa maneira, explicá-la causalmente em seu desenvolvimento e efeitos»²⁸. Mas não apenas isso. Há uma peculiar instrumentação que vem ao seu auxílio nesse conhecimento dos fenômenos histórico-sociais: os «tipos-ideais». «Tipos ideais» correspondem ao instrumento metodológico weberiano de conhecimento e de interpretação da realidade social, que se efetiva mediante o destaque do que há de original em cada fenômeno sócio-histórico, individualizando-o em suas particulares conexões causais, constituindo um quadro de relações com o objetivo de (mediante sua leitura) promover a comparação e análise da realidade empírica que se oferece ao observador-intérprete. E eis o que é fundamental: como não são elaborados *a priori*, mas, sim, construídos a partir do que se observa, firmando «tipos abstratos» do real, longe desses tipos resultarem em generalidades, acabam possuindo função heurística. «Heurística» porque esses tipos ideais permitem a medição do empiricamente dado através de limites (igualmente ideais) que ordenam os fenômenos observados.

Quanto ao estrito do que está a nos importar nesta sede, pontue-se que a relação referencial entre Kelsen e WEBER é clara: basta observar o texto weberiano «A Objetividade do Conhecimento nas Ciências e na Política Sociais», de 1904, para se perceber isso. Neste estudo, encontra-se a delimitação da ciência social como «ciência da realidade»²⁹ que, em 1922, encontrará em «Economia e Sociedade» a «definição de espaços»

²¹ G. JELLINEK (1959), p. 175.

²² G. JELLINEK (1959), p. 164.

²³ G. JELLINEK (1959), p. 175.

²⁴ H. KELSEN (1922a), p. 29.

²⁵ E. DURKHEIM (1895), p. 135.

²⁶ E. DURKHEIM (1895), pp. 135-136.

²⁷ R. BENDIX (1960), p. 73.

²⁸ M. WEBER (1922), p. 172.

²⁹ M. WEBER (1967), p. 29.

das investigações sociológicas e jurídicas. Nesta obra, afirma WEBER ser a sociologia uma ciência empírica e o direito uma ciência normativa partindo, como KELSEN, igualmente das fundações neokantianas³⁰. Diz WEBER: «Quando se fala em 'direito', 'ordem jurídica' e 'preceitos jurídicos', deve-se ter em conta, de um modo particularmente rigoroso, a distinção entre a consideração jurídica e a sociológica. A primeira se pergunta o que vale idealmente como direito. Isto é: que significação ou, o que é o mesmo, que sentido normativo logicamente correto deve corresponder a uma formação verbal que se apresenta como norma jurídica. Por outro lado, a última se pergunta o que de fato ocorre em uma comunidade, em razão da probabilidade de que os homens que participam na atividade comunitária, sobretudo aqueles que podem influir consideravelmente nessa atividade, considerem subjetivamente como válida uma determinada ordem e se orientem por sua conduta prática»³¹. Até aqui KELSEN e WEBER convergem: há a separação entre a empiria ou o ser (mundo da sociologia) e o campo formal ou do dever-ser (mundo das normas jurídicas); uma validade ideal que é a validade normativa de KELSEN, e uma validade empírica que corresponde a sua eficácia. Mas, se existem esses pontos de contato, tal não importa em uma conclusão de homologia. Em termos necessariamente sumários, podemos dizer que as assimetrias, ao menos no que especificamente nos é relevante, começam com as investigações sobre o Estado.

Começamos desse modo: conceitualmente, a idéia de «dominação» em WEBER não toma por base apenas «fatos brutos», antes remete para a compreensão de «obediência», dada a remissão a elementos subjetivos que tal conceito comporta. Por isso que é conveniente distinguir entre «motivos factuais», que explicam a docilidade dos agentes diante dos detentores do poder, e a «relação formal de obediência» que vincula os primeiros (os dominados) e os últimos (os dominantes)³² por motivos que são próprios a cada indivíduo-agente. Assim sendo, «dominação...», segundo WEBER, «...é um estado de coisas através do qual uma vontade

manifestada pelo dominador ou pelos dominadores influi sobre os atos dos outros (do dominado ou dos dominados), de tal sorte que, em um grau socialmente relevante, esses atos têm lugar como se os dominados tivessem adotado por si mesmos e como máxima dos seus trabalhos o contido no determinado»³³. Com respeito à docilidade, os motivos podem ser muito variados: razões oportunistas, interesse pessoal, costume, etc. Mas como o próprio WEBER afirma, se fosse assim, a dominação seria relativamente instável³⁴. Daí que, em termos de estabilização do «tipo puro» de dominação legal, aparecem as normas que proporcionam sentido à ação dos seus agentes. Contudo, há outras «tipologias puras» que fornecem um mapa da estabilidade das relações de interação social e de domínio, para além da dominação legal: a dominação tradicional; e a dominação carismática. Resumidamente: a dominação legal existe «quando há um sistema de regras, aplicadas judicial e administrativamente segundo princípios verificáveis e com validade para todos os membros da comunidade»³⁵; a dominação tradicional «se funda na crença do caráter legítimo de uma autoridade que 'tem existido sempre'»³⁶; e a dominação carismática ocorre «quando um profeta, um herói, um demagogo é obedecido e tido como líder exatamente em virtude de seu *status*, de seu carisma próprio, isto é, por fatores de natureza eminentemente pessoal»³⁷.

Tudo isso remonta a análise do Estado contemporâneo em WEBER, caso se atente bem: para WEBER a dominação dos Estados contemporâneos encontra-se configurada com, por um lado, um aparato burocrático (quadros administrativos), e, por outro, com uma base normativa que proporciona estabilidade. Para WEBER, há uma natureza dual das associações de dominação: uma material (órgãos); e outra normativa (preceitos jurídico-formais normativos). KELSEN não pode aceitar isso, porque, como entende que toda definição sociológica do Estado pressupõe uma definição jurídica do Estado, o espectro material do Estado decorre, *tout court*, do jurídico. De fato: para KELSEN, os órgãos do Estado

³⁰ A. CARRINO (1995), p. 190. Neste texto CARRINO estabelece relevantes considerações com respeito a específicas distinções entre a influência neokantiana de KELSEN e de WEBER promovendo considerações de índole de raiz.

³¹ M. WEBER (1922), p. 251.

³² M. COUTU (1995), pp. 184-185.

³³ M. WEBER (1922), p. 699.

³⁴ M. WEBER (1922), p. 706.

³⁵ R. BENDIX (1960), p. 281.

³⁶ R. BENDIX (1960), p. 281.

³⁷ R. BENDIX (1960), p. 282.

(e com ele os agentes estatais) são dissolvidos em cumpridores da normatividade jurídica, sendo, pois, predicados diante da ordem jurídica, e, portanto, ao fazer-se referência a esse material apenas desvia-se a atenção do que é principal, a ordem jurídica mesma³⁸. Significa dizer: a sociologia apenas analisa a repercussão fática do ordenamento jurídico. A partir desse raciocínio que atinge tanto as análises do direito e do Estado levadas a efeito por WEBER, como por toda a sociologia, KELSEN inicia suas considerações peculiares à matéria. Para o que aqui se vem considerando, particularmente um trabalho de KELSEN surge com singular relevância: «O Conceito de Estado da 'Sociologia Compreensiva'», de 1921.

Basicamente, no referido estudo, KELSEN reitera o argumento da precedência de uma idéia de direito nas definições sociológicas de Estado. Assim ataca WEBER considerando-o sucessor da herança tradicional que duplica impropriamente o Estado elaborando considerações de cunho normativo-formal e substancial ou empírico, o que, aliás, já vinha sendo feito por JELLINEK desde 1900, nos termos anteriormente referidos da «teoria dos dois lados». WEBER — entende KELSEN — se limita, portanto, a transportar para a linguagem sociológica a tradicional confusão das teorias jurídicas do Estado³⁹. Afirma KELSEN, por conseguinte, que os «tipos ideais» de WEBER desempenham função essencial na «sociologia compreensiva»: estabelecem um referencial de leitura para o sentido das ações subjetivadas nas realizações dos agentes sociais possibilitando o entendimento dos comportamentos humanos em termos da racionalidade que os próprios «tipos ideais» entremostram⁴⁰. Cada comportamento contrário àquela medida tipificada idealmente passa a ser considerado um comportamento desviante do grupo. Desse modo, entende KELSEN, em WEBER a idéia de Estado é um tipo ideal: consiste numa construção conceitual do agir rigorosamente racional com respeito a um objetivo. Ou seja: pode-se entender o Estado nos termos correspondentes ao sistema construído a partir dos comportamentos reais e das subjetivações dos personagens do ente estatal⁴¹. Daí que as relações que

esses agentes firmam são de extrema relevância para a análise. Pontua WEBER: «Por relação social deve-se entender uma conduta plural — de vários — que, pelo sentido que encerra, se apresenta como reciprocamente referida, orientando-se por essa reciprocidade»⁴². Mais: «A relação social consiste somente e exclusivamente — ainda que se trate de 'formações sociais' como 'Estado', 'igreja', 'corporação', 'matrimônio', etc. — na probabilidade de que uma forma determinada de conduta social, de caráter recíproco pelo seu sentido, tenha existido, exista ou possa existir»⁴³. E ainda: «Um 'Estado' deixa, pois, de existir sociologicamente quando desaparece a probabilidade de que ocorram determinadas ações sociais com sentido»⁴⁴. Dessas passagens, KELSEN deduz que WEBER apenas, com seu «tipo ideal do Estado», encontra a mera facticidade ou conseqüência do ordenamento jurídico. Porque se WEBER chama a existência sociológica do Estado àquilo que nada mais é que ações decorrentes do conjunto normativo constitutivo do Estado (o ordenamento jurídico), em última análise tão-somente pressupõe, ainda que não saiba disso, a idéia jurídica de Estado, e, assim, sua identificação com o direito⁴⁵. Entende KELSEN que essa conclusão pode ser demonstrada a partir da exposição do próprio WEBER. Esses os seus termos:

WEBER define «direito» como um ordenamento qualificado em um determinado modo. Ordenamento é, com efeito, um determinado «conteúdo de sentido» de relações sociais. E este conteúdo de sentido — se se toma em consideração tudo o que diz WEBER — dificilmente poderá ser mais bem caracterizado que através do conceito de *dever*, da regra de dever ou *norma*. A «validade» de um ordenamento — sublinha WEBER — deve «significar mais que uma *simples uniformidade do agir social*, condicionada pelo costume ou por uma situação de interesse». É natural. De fato, a «sociologia compreensiva» se ocupa do «sentido» do agir, daquele sentido que o agente vincula ou deve vincular a sua ação, se esta é racionalmente interpretável. Esta «validade do ordenamento» somente enquanto em curso da ação (o curso do agir orientado com vistas ao ordenamento) é garantida

³⁸ H. KELSEN (1912), p. 72.

³⁹ H. KELSEN (1921a), p. 115.

⁴⁰ H. KELSEN (1921a), p. 104.

⁴¹ H. KELSEN (1921a), p. 105.

⁴² M. WEBER (1922), p. 21.

⁴³ M. WEBER (1922), p. 22.

⁴⁴ M. WEBER (1922), p. 22.

⁴⁵ H. KELSEN (1921a), pp. 108-109.

«pela validade do ordenamento que reveste o caráter de imperativo», cuja infração não somente lhe importará em danos, mas também, especificamente, importará em repúdio por motivos racionais com respeito a valores diante de seu «sentimento de dever» [H. KELSEN. CESC, p. 108].

Quanto a isso, deve-se atentar para o fato de que tanto WEBER quanto KELSEN caracterizam o Estado como o detentor do monopólio da coerção física, explicando desse modo a centralização do poder e a conformação do Estado contemporâneo. Pontua WEBER: «o Estado é aquela comunidade humana, que no interior de determinado território, reclama para si (com êxito) o monopólio da força física legítima»⁴⁶. Mas, mesmo aqui, há uma diferença essencial: enquanto WEBER mantém a força como garantia externa ao direito⁴⁷, KELSEN, por sua vez, situa a força como característica intrínseca de toda norma jurídica, *i.e.*, a ordem jurídica é uma ordem coativa. Com isso, por todos os lados, o ordenamento finda identificando-se com a norma, por essa razão que KELSEN conclui que a validade desse ordenamento weberiano nada mais é que o próprio dever normativo cumprido, isto é, o direito mesmo. Nos termos da representação do indivíduo-agente, a sua ação social encontra-se vinculada com o dever do ordenamento, dever este que se diferencia do seu próprio comportamento, tanto é que, através do ordenamento, pode ser avaliado o seu agir como desviante ou não. O agir conforme ou desconforme do agente é uma questão de consequência diante da orientação do ordenamento, nada mais sendo que a sua eficácia. Portanto e conclusivamente: «Quando WEBER indica aquela possibilidade de eficácia [obediência ou não do indivíduo-agente] como 'validade' do ordenamento, pois caracteriza o ordenamento como conteúdo de sentido e este conteúdo de sentido como norma de dever, ele opera, ainda uma vez, com um inadmissível obscurecimento do conceito. Ele apenas mostra o caráter absolutamente 'normativo' do conceito de ordenamento pela sociologia 'compreensiva'»⁴⁸. Mais, e de modo consequente: «afirmando o caráter monopolista como algo que pertence essencialmente ao Estado [perceba-se bem: ainda que não afirme que pertença ao direito], WEBER

⁴⁶ M. WEBER (1922), p. 1056.

⁴⁷ M. WEBER (1922), p. 1056.

⁴⁸ H. KELSEN (1921a), p. 110.

entende o Estado, essencialmente [por tudo que foi dito], como um ordenamento jurídico normativo»⁴⁹. Sendo assim, na leitura kelseniana de WEBER o que este faz é ver o direito em sua repercussão fática, com o que apenas enxerga o direito, sempre o direito, ainda que um passo depois do que deveria.

5. A teoria da identidade entre direito e Estado contra o Macro-Ánthropos

«*Amicus Plato amicus Aristoteles magis amica veritas*» foi o que NEWTON escreveu em algum momento de 1663 ou 1664 como máxima em seu caderno de estudante⁵⁰. Séculos mais tarde não parece ter sido outra a postura de KELSEN: sua hostilidade diante do que não encontra a autoridade objetiva da ciência fê-lo enxergar, no não-objetivo, tão-somente máscaras que transfiguram ou distorcem a realidade. Toda categoria extrajurídica deveria ceder às assertivas seguras de seu projeto epistemológico. Seus professores JELLINEK e WEBER se tornaram exemplos diante dessa sua convicção.

Contrariando as teorias correntes do início de 1900, KELSEN declara a sinonímia entre direito e Estado como resultante de uma crítica de ordem «lógica»: não é possível conceber o aparato estatal como uma realidade anterior ao plexo normativo que o estrutura. Se o Estado fosse algo distinto do próprio direito, ele seria uma entidade meta-jurídica, um poderoso *macro-ánthropos*⁵¹. Mas essa idéia não é científica: o Estado não é um ente da natureza, é um objeto da ciência jurídica. Daí que esses conceitos duais de Estado não são propriamente conceitos de Estado⁵² porque todo conceito sociológico ou personificante do Estado subliminarmente pressupõe o conceito jurídico. E se «o Estado segue concebido como ordenamento jurídico...», diz KELSEN, «...então todos os problemas da doutrina do Estado deve poder ser exposta e resolvida a partir deste ponto de vista»⁵³. E dado o fato do Estado apenas possuir

⁴⁹ H. KELSEN (1921a), p. 120.

⁵⁰ «PLATÃO é meu amigo, ARISTÓTELES é meu amigo, mas meu melhor amigo é a verdade». R. BRENNAM (1997), p. 33.

⁵¹ H. KELSEN, (1960), p. 345-346.

⁵² H. KELSEN (1945), p. 272.

⁵³ H. KELSEN (1926), pp. 58-59.

caráter fundamentalmente normativo, o Estado, como «pessoa jurídica», não mantém laços com as malversações antropológico-animistas, mas sim com o «método jurídico», de tal modo que ainda outra vez se encontra acentuado o caráter do monismo jurídico da teoria de KELSEN. «Monismo jurídico» porque apenas o método jurídico explica os fenômenos jurídicos. De fato, o referido monismo consubstancia — como que sintetizando o quanto já foi dito — a densificação das próprias relações que KELSEN encerrou entre a «ciência do direito» e seu «objeto» porque, caso se atente para a perspectiva neokantiana da autoconstitutividade do objeto, apenas o direito, a normatividade jurídica enfim, aparece como centro das preocupações teóricas (portanto não apenas teóricas), o que, por conseguinte, resulta na impossibilidade de se considerar o ponto de vista sociológico como apropriado, bem como a factualidade social como centro de ocupação a ser assumido pelo cientista. Com efeito, ainda que haja, de certo modo, contato com os fatos, mas fatos previamente determinados e tornados relevantes pela interpretação do direito, isso não quer dizer que esse contato seja teoricamente relevante para a leitura que processa, porque é a determinação interpretativa do direito que os objetivam que é relevante, portanto: a «arborecência» de seu pensamento não possibilita o brotar sociológico em «rizoma»⁵⁴. Isso porque a árvore ou a raiz de seu pensamento — ao menos para sua pretensão teórica — colhe fruto único, nega o hibridismo, refuta a duplicidade explicativa, afasta enxertos. Daí ver apenas pressuposições conceituais jurídicas mal atentadas em outros desenvolvimentos que não os estritamente referenciados pelas normas.

Nesse sentido, o contínuo argumentativo: Estado e direito não são duas realidades jurídicas — por todas as considerações atrás mencionadas —, mas uma única e só realidade: a normativa. Ou seja, o Estado não é senão um complexo de normas jurídicas; sua existência não é natural, mas artificial, um invento humano elaborado com vistas à consecução de objetivos. Com isso, o salto: enxergando «o problema do Estado como um problema de imputação»⁵⁵, KELSEN leva adiante e completa sua teoria afirmando que o Estado apenas tem existência normativa,

⁵⁴ Para o avançar da terminologia específica, aqui apenas diagonalmente observada: G. DELEUZE / F. GUATTARI (1980), pp. 11 e ss.
⁵⁵ H. KELSEN (1945), p. 275.

uma instância de dever-ser que atribui fatos condicionados a conseqüências. Sendo certo que o termo «pessoa», como foi visto, é designação que remete ao «conjunto de normas, direitos e deveres» que um ordenamento jurídico lhe imputa, o Estado corresponde à personificação mesma da ordem nacional: «O Estado é um ponto comum no qual se projetam ações humanas, um ponto comum de imputação de diferentes ações humanas»⁵⁶. E os indivíduos que «agem para o Estado» são designados de «órgãos do Estado». Significativamente os órgãos do Estado são, nesse contexto, e por definição, como KELSEN já havia deixado na obra «Problemas Fundamentais do Direito Público», agentes que atuam pelo Estado por atribuição⁵⁷. E se formos buscar o sentido jurídico dessa atribuição, KELSEN fornecerá a resposta: «Uma análise demonstra que imputamos uma ação humana ao Estado apenas quando a ação humana em questão corresponde - de uma maneira específica - à ordem jurídica pressuposta»⁵⁸. Como toda ação é, enquanto ato, ação de um indivíduo, a ação do Estado resulta de uma operação mental de atribuição de um ato humano ao Estado com base numa norma determinante⁵⁹. Dessa maneira KELSEN retira do sujeito material que realizou a ação para atribuir ao ente que a norma específica. Aliás, de modo em tudo semelhante é o que sucede com a figura do «responsável», referida momentos atrás. Assim é que «...uma ação é um ato do Estado na medida em que seja uma execução da ordem jurídica»⁶⁰, com o que a «transferência» do ato procedido nada mais é que a realização de uma técnica ou, em termos mais apropriados, de uma imputação. Esse é o caso, pois, do algoz quando executa a pena de morte. Fora deste ofício, o que estaria a cometer seria homicídio. No particular tal não ocorre porque, quem está agindo, é o Estado, sob as mãos do executor. Com efeito, se imputar uma determinada ação humana ao Estado é relacionar essa ação humana ao ordenamento jurídico, o Estado como pessoa nada mais poderá ser que a personificação dessa unidade, pois um órgão do Estado apenas pode consubstanciar um órgão do direito, um órgão do ordenamento jurídico⁶¹. E se o Direito

⁵⁶ H. KELSEN (1945), p. 276.

⁵⁷ H. KELSEN (1911), p. 224.

⁵⁸ H. KELSEN (1911), pp. 224-226.

⁵⁹ H. KELSEN (1911), pp. 223-234.

⁶⁰ H. KELSEN (1945), p. 276.

⁶¹ H. KELSEN (1945), p. 277.

e o Estado são uma mesma coisa (de tal modo que, o conceito de «pessoa-estatal», apenas pode ser uma «metáfora da unidade lógica do ordenamento jurídico»⁶²), o Estado apenas pode ser uma ordem coativa da conduta humana, uma ordem jurídica geral que imputa aos indivíduos os comportamentos admissíveis e os não admissíveis pela ordem jurídica com a qual ele se identifica. Significa dizer: «...se a física moderna eliminou o conceito de força e seu sistema cognoscitivo, assim como a moderna psicologia, não reconhece nenhuma alma diversa dos singulares atos psíquicos; assim a ciência jurídica deve excluir de seu âmbito o Estado como entidade diversa do ordenamento jurídico»⁶³. Esta a fórmula canônica: «O Estado 'E' é o conjunto de todos os atos imputados aos indivíduos que formam a comunidade 'C'».

Portanto: $E = \{q: q \text{ seja um ato jurídico imputado a } C\}$

O Problema do Estado como pessoa jurídica, isto é, como sujeito agente e sujeito de deveres e direitos é, no essencial, o mesmo problema que se põe para a corporação como pessoa jurídica. Também o Estado é uma corporação, isto é, uma comunidade que é constituída por uma ordem normativa que institui órgãos funcionando segundo a divisão de trabalho, órgãos esses que são providos na sua função mediata ou imediatamente (H. Kelsen. TPD2, p. 321).

6. Os 'elementos constitutivos do Estado' e conceitos fundamentais a ele pertinentes

Vimos que, com a afirmação do Estado como ordem jurídica, Kelsen consumou o que, paulatinamente, vinha elaborando: a eliminação de qualquer especulação sobre a natureza do Estado que não resultasse numa reflexão da própria ordem jurídica como um complexo de imputações. Os sociólogos, os teóricos do Estado tradicionais, todos eles deveriam ceder diante da realidade de que o conceito de Estado é conceito eminentemente jurídico: tudo o mais não passaria de contaminações, porque não há outro Deus fora do homem mesmo e do seu pensamento. Os

⁶² H. Kelsen (1922a), p. 11.

⁶³ H. Kelsen (1922a), p. 8.

dualismos nada mais são que a marca de uma psique não-liberta dos assombros da imaginação. As personificações correspondem ao desejo inconsciente do homem que projeta em tudo a imagem do Pai. Todos os objetos devem encontrar a resolução no método, única forma de se evitar hipóstases. Com isso, o Estado, ordem jurídica que é, cumprindo a tarefa específica do direito de controlar e zelar pela co-existência humana, não pode ser considerado nada além de ordem jurídica centralizada formada por órgãos especializados para criar e aplicar as normas. Nesses termos, se opõe às ordens primitivas que eram descentralizadas, não especializadas em suas tarefas de promoção da ordem social, demais de concebidas sob a roupagem de uma justiça absoluta *extra nos*. Por tudo isso, o que se pode perceber é que a teoria de Kelsen subentende que a concepção normativo-funcionalista do Estado tão-somente foi possível sob o pressuposto de uma particular maneira de se entender o mundo, e, conseqüentemente, de uma interiorização da visão do Eu «desubstancializadora» do não-conhecido e da idéia de que há uma força não-terrena ordenadora. Kelsen dilui os valores absolutos e circunscreve o Estado neutralizando sua pretensa vontade nas normas jurídicas reconduzindo-o ao direito positivo. Não possuindo o Estado uma «substância» diversa da do próprio direito (ou, o que é o mesmo: das normas jurídicas), é apenas expressão de sua unidade sistemática, que encontra o assentamento de seu projeto na constituição jurídico-positiva. Mas se é assim, se o Estado é aparato de ordem e, portanto, de controle de nossos instintos primitivos de agressão, deve-se perceber que o Estado não exerce essa ordem coativa através de seus órgãos sem limitações espaciais⁶⁴. Daí que Kelsen não teria completado a sua teoria do Estado se os elementos do Estado não se encontrassem evidenciados e igualmente equacionados: o território, o povo e a força pública, isto é, o âmbito de exercício do comando estatal que habitualmente envolve o termo soberania precisa ceder diante de sua lógica.

Agora já nos é possível alcançar maior profundidade em alguns outros pontos da teoria do Estado de Kelsen.

⁶⁴ H. Kelsen (1945), pp. 312-213.

6.1. 'Funções do Estado', 'vontade do Estado', e 'imputação'

A obra «Teoria Geral do Direito e do Estado», ano de 1945, certamente é uma das mais conhecidas entre os leitores de KELSEN. E há uma razão para isso: é obra que articula de maneira acabada as reflexões kelsenianas sobre o Estado. Todavia, já no ano de 1925, com o livro «Teoria Geral do Estado», os esforços de KELSEN mostram-se promissores. Assim é que, desembaraçando-se dos dualismos, e seguindo as principais informações da epistemologia de 1911, KELSEN resolveu, em definitivo, nesse escrito, a personificação do Estado afirmando que, como o Estado se identifica com o direito, suas funções são exercidas por pessoas que possuem a atribuição para tanto deferidas pela ordem jurídica, os funcionários⁶⁵. Com isso, tais «funcionários» ou «pessoas com a competência para agir em nome do Estado» são colocados como aplicadores e criadores da própria ordem jurídica, formando instâncias de atribuições chamadas órgãos, com o que o problema das funções do Estado é atado à questão do escalonamento das normas: a Constituição ou a lei delegam o regulamento; a lei, ou regulamento, os atos individuais (judiciais ou administrativos) que também criam direito e são aplicados tanto pelas autorizações de execução quanto pelos atos de mera execução. De instância para instância vai-se compondo a conhecida 'pirâmide jurídica' cuja autoria remete a um aluno de KELSEN, Adolf MERKL⁶⁶.

Com essa roupagem, a função legislativa não pode ser resolvida, apenas, através da afirmação de que esta se confunde com a criação do direito. Isso porque, as funções administrativa e judicial também são criadoras, apesar de criarem direito em plano diverso do desenvolvido pelo legislativo caso se atente para o plano escalonado das normas jurídicas. Ademais, não se pode estabelecer traçado diferenciador pontuando que a legislação dista das outras funções do Estado porque produz normas gerais em contraposição às normas individuais da administração e do judiciário (considerando geral a norma que regula um número indefinido de casos e individual a norma que se aplica apenas a um caso). Tal se diz porque, na situação da administração, esta emite regulamentos, e, estes,

⁶⁵ H. KELSEN (1925), pp. 27-29.

⁶⁶ A. MERKL (1918), pp. 101-128; A. MERKL (1931), pp. 3-65.

são normalmente considerados normas gerais. Para KELSEN, o único referencial realmente seguro para extremar as funções do Estado em suas específicas tarefas aparece quando se considera o conjunto normativo em seus diversos escalões: as normas editadas pelo legislativo, exatamente por condicionarem as funções administrativas e judiciais, estão alocadas em nível superior; já as normas administrativas (os regulamentos) e judiciais (as decisões), por serem concretização das leis feitas pelo legislativo, lhes são subordinadas, estão em nível escalonado inferior. Dessa forma, ao promover o distanciamento do legislativo diante da administração e do judiciário, KELSEN deixa patente que as funções estatais administração e justiça não apresentam contrastes de expressão, dado que ambas aplicam a lei feita pelo legislativo⁶⁷. Daí sua afirmação de que «O que, na realidade, se verifica, não é, por forma alguma, a coexistência de funções mais ou menos isoladas, ou até de natureza diferente, mas uma sobreposição, uma hierarquia de regras jurídicas, em que as mais altas condicionam as outras»⁶⁸. Mas haveria algum elemento diferenciador entre as duas últimas?

Mesmo que não tenha percebido isto na passagem do ano 1923 para 1924, quando publica o ensaio «A Doutrina dos Três Poderes ou das Funções do Estado»⁶⁹, no ano de 1925 KELSEN inova com a teoria da administração direta e indireta. Segundo entende, os fins que o direito positivo procura alcançar podem ser realizados de duas diferentes maneiras: ou o direito positivo deixa para os particulares que realizem esses fins, ou encarrega os órgãos do Estado a realização dos fins que aspira. No primeiro caso, a ordem jurídica apenas se limita a estabelecer as sanções que devem ser aplicadas aos particulares, na hipótese de estes se conduzirem de modo contrário àqueles fins. Por isso essa administração é 'indireta': é indireta porque o Estado apenas intervém para punir a conduta adversa dos particulares. No segundo caso, pelos próprios órgãos estatais estarem incumbidos de realizarem os fins especificados pela ordem jurídica, diz KELSEN que se trata de administração 'direta'. Direta

⁶⁷ Pode-se observar adicionalmente que na «Teoria Geral do Direito e do Estado» Kelsen, embora mantenha o caráter de norma individual às decisões judiciais, atenta para a função judicial de controle da constitucionalidade que, em princípio, é uma competência para criar norma geral, ainda que negativa.

⁶⁸ H. KELSEN (1925), p. 99.

⁶⁹ H. KELSEN (1923-1924), pp. 88 e ss.

porque o Estado mesmo, por seus órgãos, realiza o que a ordem jurídica específica⁷⁰. O que importa dessas precisões é que, se a administração age tanto direta quanto indiretamente, KELSEN afirma que a justiça atua tão-somente de modo indireto, ou seja, a justiça se limita a punir àqueles que não se conformam às normas.

Em outro trabalho, este de 1929, «Jurisdição e Administração», KELSEN, atendo-se mais uma vez à discussão sobre as diferenças entre a administração e a justiça, afirma que as doutrinas jurídicas tradicionais distinguem a administração da justiça atribuindo à administração a realização dos fins políticos do Estado e à legislação e jurisdição os fins jurídicos. O equívoco dessa posição está, conforme aponta, em pessoalizar a administração, pondo-a em lugar apartado da própria normatividade, como se os fins políticos não fossem normativamente estabelecidos e remissíveis às normas⁷¹. Porque «...se o Estado é, por sua própria natureza, um aparato coercitivo, o é, também por sua própria natureza, ordenamento jurídico, e, pois, sua expressão não pode ser outra que ato jurídico»⁷². Daí que no que tange aos específicos aspectos da administração e da justiça, ambas as funções são funções de individualização ou concretização das leis editadas pelo legislativo num seqüencial persistente de aplicação-criação das normas. Assim, a legislação é aplicação do direito com respeito à constituição e criação do direito para a sentença do juiz; a prestação da justiça é aplicação do direito quando confrontada com a lei e criação do direito quando confrontada com os atos de execução; e a administração é aplicação do direito com respeito à lei e criação do direito quanto à prática da concretização administrativa. O motivo para tamanha insistência de KELSEN, percebe-se bem, encontra-se na oposição que faz aos teóricos que tiram a administração do contexto jurídico; porque se a administração é parte do direito, por conseguinte ela apenas o aplica, devendo-lhe observância. No mais, KELSEN mantém as considerações sobre a administração direta e indireta, com o que se há alguma distinção entre administração e justiça esta consiste na tarefa essencialmente indireta da justiça⁷³.

⁷⁰ H. KELSEN (1925), pp. 105-108.

⁷¹ H. KELSEN (1929), pp. 123-127.

⁷² H. KELSEN (1929), p. 125.

⁷³ H. KELSEN (1929), pp. 155-156.

Mas é sob influência do direito norte-americano que KELSEN fornece os contornos conclusivos com respeito à matéria. Assim, no livro de 1945, não apenas reitera a análise entre atividades diretas e indiretas, mas abre margem para delimitações de índole de competência, apesar de reconhecer o caráter político que muitas vezes essa partição assimila. Nessa linha argumentativa, KELSEN pontua que a função judiciária, apesar da aproximação com a administração, essencialmente consiste em dois atos: «1) o tribunal estabelece a presença do fato qualificado como delito civil ou criminal por uma norma geral a ser aplicada ao caso dado; e 2) o tribunal ordena uma sanção civil ou criminal concreta estipulada de modo geral a ser aplicada»⁷⁴. Outro aspecto importante que passa a destacar é que normalmente os juizes são 'independentes', ao passo que a atividade da administração é hierarquizada. Mas esse critério é pouco expressivo não apenas porque alguns países apresentam o sistema dos precedentes judiciais (que são vinculativos), como também o contencioso administrativo (que prima por certa independência). Por isso o fecho: «Enquanto a função da administração indireta tem o mesmo caráter que a função judiciária, a administração direta é de natureza essencialmente diferente. Mesmo esta, porém, permanece dentro dos limites da técnica específica do Direito, na medida em que atinge o seu fim obrigando indivíduos. A diferença entre os dois tipos de administração repousa apenas na qualidade jurídica dos indivíduos obrigados»⁷⁵.

Nessa organização de idéias, os órgãos estatais nada mais são do que aqueles que vertem em concreto o que foi determinado normativamente. E é essa atribuição, atribuição de agir em nome do Estado, que KELSEN chamou de «imputação central»⁷⁶. Dessa forma, quando se vê o «Estado» emitir declarações, realizar obras, construir prédios, privar pessoas da liberdade, lançar bombas, etc., são os agentes do Estado que estão agindo em nome dele por imputação porque a realidade do Estado não é qualquer fato real-psíquico, mas uma validade objetiva⁷⁷. Por isso que quando se diz que o Estado é «formado» por seres humanos, por funcionários enfim, entende KELSEN que não se pode perder de vista que esses «seres

⁷⁴ H. KELSEN (1945), pp. 390-391.

⁷⁵ H. KELSEN (1945), p. 400.

⁷⁶ H. KELSEN (1913), p. 30.

⁷⁷ H. KELSEN (1926), p. 47.

humanos» apenas «são parte do Estado» em virtude de uma norma que assim determina⁷⁸. Sendo assim, quando os funcionários do Estado não estão na situação de atuar 'pelo' Estado, por exemplo, quando estão em momento de lazer, esses seus atos apenas podem ser tidos como 'atos privados'; e quando estão a cumprir suas competências eles, os funcionários, emitem a própria «vontade do Estado». A isso KELSEN chama de princípio da seleção. «Princípio da seleção» é expressão que significa haver distinção entre os atos 'privados' e os atos 'do Estado' realizados 'pelo' indivíduo competente e 'como' indivíduo competente, ou seja, apenas são atos estatais aqueles que uma norma previu e regulou, no mais, o que escapar ao enquadramento normativo corresponde a um ato estatal nulo⁷⁹.

Se os nossos sentidos apenas registram atos individuais, é porque a qualidade de «ato estatal» não corresponde a nenhuma propriedade sensível que certos atos possuam. Só por meio de uma operação mental, a que chamamos 'imputação', atingimos esta noção de Estado «sujeito» desses atos (H. KELSEN. TGE, p. 16).

Dessa forma, KELSEN, com um gesto, o gesto de atribuir tal 'vontade humana' ao próprio Estado por imputação, afasta a teoria organicista de JELLINEK. Porque, na teoria de kelseniana, toda «existência empírica» do Estado pressupõe sua «existência normativa» como ordem jurídica que a qualifique⁸⁰, com o que, mais uma vez, a palavra 'Estado' é reforçada como uma personificação, uma metáfora para a ordem jurídica total, uma organização normativa que foi mitificada pelos homens. É nesse sentido que recorda que já ARISTÓTELES⁸¹ havia descrito o Estado como uma ordem, Τάξις, e com toda razão. Daí a constante re-afirmação sua: «se um Estado é concebido como ordenamento jurídico, então todos os problemas da teoria geral do Estado devem poder ser expostos e resolvidos por este específico ponto de vista»⁸². Com efeito, a teoria do

⁷⁸ H. KELSEN (1926), p. 52.

⁷⁹ H. KELSEN (1925), p. 19.

⁸⁰ H. KELSEN (1926), p. 50.

⁸¹ ARISTÓTELES, *A política*, Livro III.

⁸² H. KELSEN (1926), p. 299.

Estado de KELSEN não se ocupa de aspectos sociais e políticos já que todos os problemas do Estado são operacionalizados em função da ordem jurídica, e nada mais.

Com efeito, realizando a assimilação necessária, KELSEN considera o território e o povo (ou nação) como expressões da validade do ordenamento jurídico em si. E seu objetivo é claro: de agora em diante, deve conduzir seus argumentos para as específicas explicações dos «elementos constitutivos do Estado». Deve-se observar que essa impostação teórica faz sentido porque o Estado é considerado por KELSEN como um ponto de imputação (*Zurechnungspunkt*), ponto final comum de todos os atos estatais especificamente qualificados normativamente⁸³. A partir disso, como vimos, os 'poderes' ou 'funções' estatais são alocados nos diversos graus de produção-aplicação do direito (sendo que os 'órgãos estatais' correspondem às instâncias dessa produção-aplicação), e o povo, em sua correspondência com a idéia de pessoa jurídica física, comporá igualmente a ordem jurídica, isso, nas instâncias 'privadas' de concretização normativa⁸⁴.

Aliás, se os 'poderes' ou 'funções' do Estado são identificados, como dissemos, com as instâncias de aplicação-criação da ordem jurídica, e se as pessoas jurídicas físicas participam dessa concretização elaborando contratos, todos esses referentes produtores são matizados em suas possibilidades (maior ou menor permissão para atuar) nas diversas 'formas de governo'. Desse modo, já que as 'formas de governo' evidenciam tecnicamente tanto a 'vontade do Estado' ('vontade' da ordem jurídica total) como a 'vontade das pessoas jurídicas parciais (sejam elas pessoas jurídicas físicas ou coletivas), para KELSEN, a 'essência do Estado' (que pode ser traduzida em seus 'elementos', 'funções', 'formas' e 'uniões normativas') se encontra sob o amálgama de um único princípio: o normativo. No mais, qualquer projeção humana nessa 'forma' assumida e nas suas relações de 'concretização', seria expressão da «Weltanschauung» de dada época, como substancialmente procurou explicar em 1933 com o escrito «Formas de Governo e Concepções de Mundo», cuja conclusão

⁸³ H. KELSEN (1926), p. 51.

⁸⁴ Como ao se elaborar um contrato se procede a concretização da ordem jurídica, KELSEN tem feito uso desse argumento para pontuar que 'todo direito é direito público'.

é a de que a forma de governo democrática corresponde à idéia de liberdade como autodeterminação política⁸⁵.

No centro dos problemas de uma dinâmica jurídica situa-se a questão dos diferentes métodos de produção jurídica ou das formas do Direito. Se olharmos àquelas normas jurídicas que constituem a parte principal de uma ordem jurídica, aquelas, a saber, que ligam a uma determinada conduta humana um ato coercitivo como sanção, e se reconhecermos que um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta pelo fato de a conduta oposta ser tornada pressuposto de uma sanção, poderemos distinguir dois tipos de normas jurídicas que estatuem obrigações: aquelas em cuja criação participa o indivíduo que vai ser obrigado, e aquelas que são criadas sem a sua participação. O princípio que subjaz a esta distinção é o princípio da liberdade no sentido de autodeterminação (H. KELSEN. TPD2, p. 309).

6.2. 'Órgãos', 'funcionários do Estado', e 'princípio de normalidade'

Considerando a importância que os órgãos do Estado desempenham na teoria de KELSEN, acrescentemos ainda uma ou outra nota.

A ordem estatal é, em qualquer dos graus que se considere, formada por indivíduos; a própria ordem estatal cuida de regular as tarefas desses indivíduos atribuindo conseqüências aos atos que realizam. Essa atribuição de conseqüências foi chamada de «imputação». Diz-se ser um órgão do Estado aquele que contribui para a criação e a aplicação das regras estaduais conforme as especificações da própria ordem jurídica. A esta regra geral, regra segundo a qual a ordem jurídica corresponde à criação e aplicação de seus próprios preceitos aparece, não obstante, duas exceções: a primeira está no que KELSEN denomina de «norma fundamental» porque é um ato puramente normativo (embora pressupostamente normativo) sem qualquer índole de execução; a segunda exceção está no ato final de execução, pois este não é criador de direito, mas de coação⁸⁶. Por isso, nas próprias palavras de KELSEN «...a realização

de qualquer ato juridicamente prescrito é, por conseqüência, imputável ao sistema estatal considerado na sua unidade, constitui o exercício de uma função, e o autor do seu ato é um órgão do Estado»⁸⁷.

Desse modo, considerados materialmente, os órgãos do Estado são formados por agentes públicos. Os agentes públicos são funcionários profissionalmente obrigados a certa atividade, submetidos ao direito disciplinar e recebendo remuneração fixa pelo Tesouro como contraprestação pelo serviço que realizam. Com marcada influência de WEBER em suas considerações, KELSEN, inserindo o funcionário estatal em um processo de divisão de trabalho, entende haver dois princípios que informam o conceito material do órgão do Estado: 1.º) o caráter obrigatório do exercício de sua função; 2.º) o caráter profissional de sua função. O caráter obrigatório é resolvido não apenas pela obrigação de agir em nome do Estado, mas também na previsão de sanções de ordem disciplinar dependendo do comportamento do funcionário ao realizar as funções designadas. O caráter profissional remete à idéia de ofício e à própria remuneração estabelecida pelo que lhe incumbe.

Assim, exatamente pelos agentes públicos terem de atuar como órgão, que toda atenção a normatividade é princípio essencial. Porque se os agentes estão obrigados a agirem em conformidade com o direito em seus afazeres, caso haja dissonância entre o preceituado e o vertido em ato concreto a ordem jurídica garante a regularidade mediante técnicas de contenção e de exclusão. Segundo KELSEN, as ordens jurídicas comumente prevêm nulidades, anulabilidades do ato irregular e, se houve prejuízo, a responsabilidade pecuniária do órgão, autor da violação. Daí que atribui o nome de 'princípio da normalidade' ou, ainda, de 'princípio de regularidade' à exigência de conformidade, dos atos dos órgãos, com as normas ou com o direito⁸⁸. Aliás, esse assunto da regularidade e irregularidade dos atos dos órgãos do Estado, ou do próprio Estado em última análise, KELSEN dedicou o estudo «O Ilícito do Estado», que data de 1913-1914, ou seja, onze anos antes da publicação da «Teoria Geral do Estado». Nesse trabalho, KELSEN procurou demonstrar o caráter essencialmente político da responsabilização do Estado em razão dos

⁸⁵ H. KELSEN (1933), p. 43.

⁸⁶ H. KELSEN (1925), pp. 110-111.

⁸⁷ H. KELSEN (1925), p. 111.

⁸⁸ H. KELSEN (1925), p. 118.

atos materializados por seus funcionários fora das especificações das respectivas competências⁸⁹.

Mas atentando-se para o que está a importar, conclua-se com o entendimento de que, para KELSEN, o órgão legislativo não é simplesmente o Parlamento, mas o conjunto de todos os que têm de realizar atos que concorrem para a confecção do ato legislativo; o órgão executivo não é apenas o Chefe do Executivo, mas todos que atuam no desiderato de aplicar as normas individualizando-as; e o Judiciário, por fim, enquanto órgão, remete a todos os juízes e não apenas aos de cúpula.

6.3. 'Território' e 'organização territorial do Estado'

A partir desse ponto, KELSEN radica o Estado nos termos da idéia de «espaço», e o «território» passa a cumprir a função de demarcar a extensão da validade da ordem jurídica⁹⁰. Porque, se as regras da ordem jurídica cumprem a função de conformar comportamentos estatuidando o que deve ser feito, essa realização apenas pode desenvolver-se no espaço e no tempo. «Espaço» e «tempo» constituem, assim, elementos necessários das regras jurídicas. Prescrever que «caso X faça esta ou aquela coisa, então Y deve aplicar-lhe uma sanção S» é prescrever um 'quando' e um 'onde' para o caso X e, por conseguinte, também determinar quando S deve produzir-se. Caso o lugar e o tempo não componham a equação, a regra, não valendo para parte alguma nem nunca, seria, de fato, desprovida de qualquer validade.

Aliás, considerando que a ordem estatal constitui um *pluriversum*, a limitação no espaço e no tempo para as ordens jurídicas é de extrema utilidade já que «Graças a essa limitação no espaço da validade do sistema estatal, pode coexistir uma imensidade de Estados, sem que, entre eles, surjam, inevitavelmente, conflitos»⁹¹. Embora não haja espaço aqui para detidas considerações sobre dito argumento, deve-se pontuar, ao menos, que o que KELSEN intenta com esta afirmação é atribuir ao direito internacional a função de delimitar a porção de espaço para o qual será válida cada ordem estatal.

⁸⁹ H. KELSEN (1912-1914), pp. 126-128.

⁹⁰ H. KELSEN (1945), pp. 299-300.

⁹¹ H. KELSEN (1925), p. 52.

Pois bem, se o Estado é representado na tradição jurídica como «um agrupamento de indivíduos que vivem num território submetidos a um poder juridicamente organizado», para KELSEN o Estado nada mais é que uma ordem cujas normas regulam a conduta humana e que possui autoridade em razão de sua validade. Daí afirmar que «A limitação da esfera de validade da ordem coercitiva chamada Estado a um território definido significa que as medidas coercitivas, as sanções, estabelecidas pela ordem, têm de ser instituídas apenas para esse território e executadas apenas dentro dele»⁹². Desse modo, evidencia-se, sob um flanco interessante, a diferença existente entre a ordem jurídica estatal e a ordem jurídica moral: o âmbito de validade das normas do Estado não segue para além do que se compreende como particular extensão de validade de suas normas, ao passo que, não raro, em sede moral, pretende-se sua universalidade. Nesse sentido, o território do Estado não é uma unidade «natural» ou «geográfica» porque sua amplitude encontra-se definida normativamente⁹³. Daí não ser suficiente considerar o Estado como uma porção de terra delimitada em suas fronteiras, pois o território do Estado, como âmbito de validade cujo controle encontra-se vinculado a uma ordem jurídica específica, projeta-se para o espaço aéreo e subterrâneo, demais de estende-se para determinado ponto de domínio marítimo (este, com áreas não-exclusivas ou partilhadas com outros Estados).

O território do Estado é o espaço dentro do qual é permitido que os atos do Estado e, em especial, os seus atos coercitivos, sejam efetuados, é o espaço dentro do qual o Estado e, isso significa, os seus órgãos estão autorizados pelo Direito internacional a executar a ordem jurídica nacional. A ordem jurídica internacional determina como a validade das ordens jurídicas nacionais está restrita a certo espaço e quais são as fronteiras desse espaço (H. KELSEN. TGDE, p. 301).

O território do Estado é um espaço rigorosamente delimitado. Não é um pedaço, exatamente limitado, da superfície do globo, mas um espaço tridimensional ao qual pertencem o subsolo, por baixo, e o espaço aéreo

⁹² H. KELSEN (1945), p. 300.

⁹³ H. KELSEN (1945), p. 300.

por cima da região compreendida dentro das chamadas fronteiras do Estado. É patente que a unidade desse espaço não é uma unidade natural, geograficamente definida(...). Nenhum conhecimento naturalístico, mas só um conhecimento jurídico, pode dar resposta à questão de saber segundo que critério se determinam os limites ou fronteiras do espaço estatal, o que é que constitui a sua unidade. O chamado território do Estado apenas pode ser definido como o domínio espacial de vigência de uma ordem jurídica estatal (H.KELSEN. TPD2, p. 319).

Todavia, e é importante que se atente para isso, não é porque a ordem jurídica nacional está restringida pela ordem jurídica internacional (pois há outros Estados) a um determinado território que a ordem jurídica nacional esteja apenas autorizada a regulamentar a conduta dos indivíduos que vivem dentro desse espaço. Pense-se aqui nos delitos que, ainda que tenham sido realizados em outro Estado, mantêm certa conexão de interesse com o Estado que o prevê como delito e até o sanciona⁹⁴. Ou seja, entende KELSEN que «Um Estado pode, sem violar o Direito internacional, vincular sanções a delitos cometidos dentro do território de outro Estado. O Direito internacional só é violado quando se decreta uma norma que prescreve que um ato coercitivo seja efetuado no território de outro Estado, ou então quando um ato coercitivo, ou um ato preparatório de tal ato coercitivo, é efetivamente posto em prática no território de outro Estado»⁹⁵.

De todo modo, considerando-se a extensão normativamente especificada, o Estado não configura, para KELSEN, um plano que se projeta apenas numa superfície da Terra, mas possui, sim, «três dimensões»⁹⁶, pois a sua largura e comprimento são apenas parte de seu domínio ou campo de exercício de seu caráter coercitivo porque ainda há a profundidade e altura perfazendo uma configuração cônica. «Cônica» porque como a Terra é um globo, o âmbito territorial dos Estados se projeta para seu centro como um cone invertido, de tal modo que se encontram, todos, no ponto mediano⁹⁷. Mais do que isso: como a validade normativa

⁹⁴ Por exemplo: art. 7.º do Código Penal brasileiro que prevê hipóteses de extraterritorialidade.

⁹⁵ H. KELSEN (1945), pp. 301-302.

⁹⁶ H. KELSEN (1945), p. 312.

⁹⁷ H. KELSEN (1925), p. 54.

de um Estado é exclusiva em seu território, dessa «impenetrabilidade» (salvo as exceções decorrentes de tratados internacionais) advém a necessidade de se acrescentar mais um elemento à tradicional catalogação, elemento este já mencionado a pouco: o «tempo». O «tempo» porque um Estado existe em dado tempo histórico, podendo, portanto, desaparecer. E esse desaparecimento é um desaparecimento jurídico, o desaparecimento da validade da ordem jurídica de um Estado⁹⁸. Daí que, em relação ao tempo, advém problemas de suma importância para KELSEN: o problema do nascimento e morte do Estado; do reconhecimento de uma comunidade como Estado (seja este reconhecimento *de jure* ou de fato; com força retroativa ou não; por meio de ingresso na Liga das Nações ou reconhecimento de governos; envolvendo insurgentes ou não); o problema da sucessão de Estados; e a questão das servidões.

Com esse aparato, KELSEN passa a expor as diversas organizações territoriais que o Estado pode apresentar, sejam elas centralizadas ou descentralizadas. Como a organização territorial do Estado resulta das suas regulações, tais regulações podem ser válidas para todo o território ou ainda pode haver regulações válidas para todo território e outras apenas para parte desse território. Para as primeiras, KELSEN reserva o nome de normas centrais; para as últimas de não-centrais, assim as normas jurídicas locais formam ordens jurídicas parciais. Daí que a centralização é total se todas as regras do sistema forem válidas em um território; e a descentralização é total se cada regra é válida apenas para parte do território. Todavia, no segundo caso, para haver unidade é necessário supor que uma norma seja válida para todo o território, caso contrário não haverá um único Estado nacional. Desse modo, a separação entre as normas centrais e as normas não-centrais se processa segundo dois princípios: (1) ou por graus da ordem jurídica; (2) ou, independente do grau, por matérias. Na hipótese 1, constitui exemplo a situação em que as normas constitucionais são válidas em todo território, sendo que qualquer outra norma tem validade apenas em certa parte do território; na hipótese 2, podem-se conceber como centrais normas de direito civil e locais as regras de direito industrial⁹⁹. Assim, enquanto na primeira

⁹⁸ H. KELSEN (1945), pp. 314-318.

⁹⁹ H. KELSEN (1925), pp. 77-95.

situação o que importa é o nível normativo formal, no segundo caso o que importa é o tema abordado. Aliás, é comum na técnica contemporânea utilizar-se tanto um como outro desses recursos técnicos: algumas matérias são nacionais e outras locais; certos planos formais são nacionais e outros regionais ou locais. Perceba-se que esses dados podem servir de referenciais de análise para formas distintas de organização estatal, tais como a forma unitária (que apresenta centralização total), confederal (que apresenta descentralização total sendo uma junção de Estados nacionais procedida por tratado), e a federal (que apresenta a integração das técnicas normas centrais e não-centrais freqüentemente assimilando os recursos formais e materiais demais da consideração paritária dos entes descentralizados, bem como da participação dessas mesmas descentralizações nas decisões nacionais)¹⁰⁰. Nesses termos, o Estado unitário, o Estado federal, e a Confederação de Estados correspondem — *qua* Estados — a um seqüencial de graus crescentes de descentralização.

Como variação do mesmo tema, KELSEN diferencia a descentralização em descentralização perfeita e descentralização imperfeita¹⁰¹. «Perfeita» é a descentralização quando as normas locais são estabelecidas: de modo definitivo e de modo independente. «Imperfeita» é a descentralização que não apresenta pelo menos uma dessas características. O modo definitivo se verifica com a impossibilidade de que as normas centrais possam revogar ou substituir as locais (aspecto formal); o modo independente refere-se ao conteúdo, ou seja, as normas centrais não podem ter como mudar o conteúdo das normas locais (aspecto material).

De mais a mais, costuma-se identificar possibilidades de Uniões entre Estados. Segundo KELSEN, as Uniões (*Unionen*) decorrem de laços existentes entre Estados de monarca comum. Daí poder o Estado ser uma União real ou uma União pessoal. «Uniões reais» são as Uniões em que há ministros comuns para os interesses comuns entre os Estados reunidos no comando do monarca; já as «Uniões pessoais», embora o monarca seja comum, nenhum ato executivo é válido para ambos os Estados. Desse modo, o monarca comum deve — para gerar conseqüências para os Estados sob seu comando — assinar dois tratados. Observe-se ainda

¹⁰⁰ H. KELSEN (1925), pp. 85-86.

¹⁰¹ H. KELSEN (1925), p. 80.

que, quando uma união entre dois Estados possui a característica de um deles ser o Estado protetor, ou seja, ser um Estado comprometido em zelar pela proteção do Estado protegido contra, principalmente, as ameaças internacionais armadas, está-se diante de um «protetorado»¹⁰².

6.4. 'Povo' e 'nacionalidade'

Da mesma forma que o direito interno de um Estado apenas é válido no espaço e no tempo, entende KELSEN que ele também só é válido para um número limitado de indivíduos¹⁰³. Esses indivíduos formam o que normalmente é indicado com o nome de «povo» (*Staatsvolk*). É crucial, portanto, a seguinte pergunta: quais são os indivíduos para quem a ordem jurídica é válida?

Com respeito a isso, sabe-se que a doutrina tradicional concebe o 'povo' como um grupo de homens que residem em dado território. KELSEN muda essa compreensão: do mesmo modo que o território é especificado normativamente, igualmente o povo expressa um conjunto de indivíduos que têm a conduta regulada pela ordem jurídica estatal¹⁰⁴. Com isso, «povo» corresponde a «...esfera pessoal de validade de referida ordem», assim, dependendo das incidências normativas dos acordos internacionais; há aqueles que podem desfrutar de certas proteções singularizadas, o que importa na distinção entre nacionais e estrangeiros. Porque, entende KELSEN, como «...as regras estaduais não alcançam o indivíduo inteiro, mas apenas alguns dos seus atos ações ou abstenções... o indivíduo só faz parte do povo na proporção em que está submetido à dominação estatal»¹⁰⁵. Sendo isso certo, nem todos os indivíduos que se encontram no território do Estado fazem parte do povo. E mais do que isso: há aqueles que, em virtude de regras do direito positivo, não estão sujeitos à aplicação do direito estatal, como ocorre com os representantes diplomáticos, que são beneficiários do chamado «privilegio de extraterritorialidade»¹⁰⁶, o que responde a pergunta formulada a pouco.

¹⁰² H. KELSEN (1925), pp. 91-93.

¹⁰³ H. KELSEN (1925), p. 56.

¹⁰⁴ H. KELSEN (1945), p. 334.

¹⁰⁵ H. KELSEN (1925), p. 57.

¹⁰⁶ H. KELSEN (1925), p. 57.

Poderia pensar-se que as ponderações de KELSEN se encerram por aí. Mas, a partir do que foi assinalado, deve acrescentar-se que há forte presença de considerações de índole teórico-política. Como deve ser de lembrança, foi assinalado que as pessoas jurídicas físicas participam da aplicação-criação das normas, ou seja, segundo o princípio da hierarquia ou dos escalões normativos, os indivíduos concretizam e individualizam as normas jurídicas com seus atos quando normas atribuem tal faculdade. Quando esta atuação centra-se no âmbito das decisões a todos atinente, vale dizer, nas decisões políticas, temos a configuração dos 'direitos políticos' que, conforme também já se assinalou, em sua maior ou menor presença no contexto da coletividade, está a depender da «concepção de mundo» e da forma de governo estabelecida. Em termos bastante gerais, tais formas oscilam entre participantes de democracia direta até os participantes por via representativa, com o que a 'vontade estatal' (*rectius*: os atos individuais imputados ao Estado) é decomposta em técnicas de decisão. Esse tema, aliás, foi muito caro a KELSEN, principalmente, em seus textos, «A Democracia na Administração», de 1921¹⁰⁷, e «Democracia», de 1927¹⁰⁸.

Com atenção à participação nas decisões coletivas de certo Estado, importa observar que a distinção entre nacional e estrangeiro aqui é de importância singular. Isso porque, dado o fato do estrangeiro ainda não ter todos os direitos, a idéia de nacionalidade atua como conceito-limite entre os que possuem certos direitos e os que não possuem certos direitos dentro de um Estado. Um dos pontos mais significativos disso consiste, segundo KELSEN, no fato de que, embora os estrangeiros possam reclamar em seu proveito a proteção da ordem jurídica, eles continuam a não ter direitos políticos, i.e., não podem participar das decisões coletivas atinentes ao Estado, muito embora possuam deveres civis em razão de estarem submetidos às regras do Estado que os abriga (tirante, evidentemente, os casos de extraterritorialidade)¹⁰⁹.

Desse modo, se se afirma que os indivíduos estão submetidos ao poder do Estado, o que se afirma, mais uma vez, é que a conduta humana recai na alçada de regras que sancionam, e cujo conjunto forma uma ordem única de imputações. Ora, se as pessoas «físicas» remetem à idéia

¹⁰⁷ H. KELSEN (1921a), p. 123-170.

¹⁰⁸ H. KELSEN (1921b), pp. 63-75; H. KELSEN (1927), pp. 3-35.

¹⁰⁹ H. KELSEN (1925), pp. 75-77.

de imputação, e o Estado igualmente é uma decorrência de um complexo de imputações, que se materializa através de seus órgãos, é possível perceber, em termos amplos, as sobreposições de termos que KELSEN realiza e que acabam sendo reduzidos à ordem estabelecida pelo direito. Isso porque, para KELSEN, tanto «sociedade» como «comunidade» são sinônimos ou termos que remetem à «ordem regulada» pelo direito, com o que todo fenômeno social-comunitário converge para o campo atrativo ou de assimilação do jurídico. Por essa razão, afirma que «O Estado é a comunidade criada por uma ordem jurídica nacional (em contraposição a uma internacional). O Estado, como pessoa jurídica, é uma personificação dessa comunidade ou a ordem jurídica nacional que constitui essa comunidade»¹¹⁰. Ou ainda: «Se o Estado é concebido como uma comunidade social, esta comunidade apenas pode ser constituída por uma ordem normativa. Visto que uma comunidade apenas pode ser constituída por uma tal ordem normativa, a ordem normativa que constitui o Estado apenas pode ser a origem de coerção relativamente centralizada que nós verificamos ser a ordem jurídica estatal»¹¹¹. Assim procedendo, as considerações sociológicas imanentes aos termos «sociedade» e «comunidade» vão sendo «soterradas» pelo discurso jurídico de KELSEN, e pela específica função do direito de, como ordem coercitiva, fazer com que comportamentos sejam indiretamente direcionados.

Além disso, sabe-se que o «poder» é normalmente considerado como o terceiro elemento constitutivo do Estado¹¹². E diz-se que a soberania é a característica que define este poder.

6.5. 'Soberania', 'validade', e 'existência normativa do Estado'

Embora estejamos reservando uma outra oportunidade para analisarmos o tema da soberania em KELSEN, parece ser oportuno firmar umas poucas observações, no particular.

Desde ao menos Jean BODIN¹¹³, a soberania é tida como «uma forma essencial do político»¹¹⁴, a «*summa legibusque absoluta potestas*». John

¹¹⁰ H. KELSEN (1945), pp. 261-262.

¹¹¹ H. KELSEN (1960), p. 318.

¹¹² H. KELSEN (1945), pp. 364-365.

¹¹³ J. BODIN. *Seis livros da República*, Livro I, Cap. VIII.

¹¹⁴ S. GOYARD-FABRE (1989), p. 91.

AUSTIN posicionou-se no mesmo sentido quando fez referência a uma «sociedade política independente»¹¹⁵, com o que estabelece um conceito acético e realista de soberano: «Quando um determinado superior humano, que não possua o hábito de obedecer a um outro superior, e recebe habitual obediência da maior parte de uma sociedade, este superior é soberano nesta sociedade, e esta sociedade (incluindo o superior) é uma sociedade política independente»¹¹⁶. E ainda: «Cada lei positiva, ou cada lei assim chamada, sem outra qualificação e em sentido estreito, é posta por um soberano, individual ou coletivo, por um ou mais membros da sociedade política independente na qual ele ou eles são soberanos ou supremos»¹¹⁷. Por outras palavras, nos termos da compreensão austiniana, esses são os pontos que identificam o soberano: 1.º) — não ser subordinado a qualquer comando que se arrogue superior; 2.º) — poder legislar sobre qualquer assunto; 3.º) — ser o único na ordem jurídica que estabelece; 4.º) ainda que se encontre dividido (de uma pessoa para um grupo de pessoas), não haver nisso uma desagregação de comando.

Mas, nas vestes da concepção «normológico-kelseniana», como não se ignora, a política encontra-se neutralizada ou excluída da soberania, porquanto esta se identifica com o ordenamento jurídico em sua totalidade¹¹⁸. Por isso, KELSEN afirma que AUSTIN não forneceu um conceito jurídico de Estado¹¹⁹. De fato: a idéia de soberania, em AUSTIN, é pontuada como termo correlato ao de «sujeição» no sentido de que o soberano é aquele que não obedece a ninguém ao mesmo tempo em que catalisa a obediência de todos. Para KELSEN, isso não está correto. A soberania é uma suposição, não uma característica real de uma coisa real¹²⁰. Não é faticamente constatável porque não passa de uma metáfora. É apenas uma hipótese, um pressuposto no pensamento do observador que deseja conhecer o Estado e o direito porque a soberania é qualidade «do ordenamento jurídico» e não «do Estado», no sentido que lhe é tradicional¹²¹.

¹¹⁵ J. AUSTIN (1954), p. 239.

¹¹⁶ J. AUSTIN (1954), p. 239.

¹¹⁷ J. AUSTIN (1954), p. 238.

¹¹⁸ H. KELSEN (1920), p. 21.

¹¹⁹ H. KELSEN (1941), p. 275.

¹²⁰ H. KELSEN (1941), p. 281.

¹²¹ H. KELSEN (1920), p. 23.

Isso porque «o próprio Estado é a ordem jurídica», e se se quiser equiparar ou sobrepor um pretense poder, tal equiparação ou maneira de sobrepor é inadequada, pois, numa ordem jurídica, o poder nada mais é que poder jurídico, o exercício de competências que a ordem jurídica defere aos sujeitos. Assim é que não aceita KELSEN a «teria da autolimitação» de JELLINEK, dado que, se se concebem direitos e deveres, se concebem direitos e deveres de uma ordem jurídica unitária; assim sendo, inadmissível se apresenta uma duplicidade de vontades a estatuir e depois se limitar. Esse é um pseudoproblema de uma artificiosa, porém insuficiente personificação¹²², porque, se o Estado é personificação de algo, é personificação no sentido de uma metáfora, porque apenas pode personificar o ordenamento jurídico em sua totalidade, no seu conjunto de normas jurídicas¹²³. E isso pode ser explicado, segundo KELSEN, ainda de outra maneira. Caso se divida o Estado em instâncias diversas, ou mesmo em momentos diversos de estatuir (um que cria outro que se auto-restringe), estar-se-ia renunciando a sua própria soberania, a sua potência de comando. Nesse sentido, a referência à «vontade soberana» comum na manua-lística, consiste, para KELSEN, em apenas mais «invasão» animista e hipostasia que se faz presente em algumas idéias sobre o Estado como uma unidade personificada e, não, como o que de fato é, a normatividade jurídica mesma.

Há uma forte analogia entre a técnica conceitual da teologia e aquela do direito — ambas são disciplinas normativas — e, especialmente, um extraordinário parentesco entre a estrutura lógica do conceito de Deus e o conceito de Estado. E aqui é óbvia a remissão ao paralelo que existe entre a cisão do Estado, materialmente idêntico [ao ordenamento jurídico], em ordenamento jurídico objetivo e subjetivo de obrigações e direitos, submetido ao ordenamento jurídico de onde se originam as obrigações e os direitos, e aquela cisão com a qual a teologia católica separa a divindade em pai e filho. Na representação de um Deus-Filho submetido a um Deus-Pai, a teologia renuncia o momento de um querer supremo, momento que é imediatamente (também mediatamente) essencial ao conceito de

¹²² H. KELSEN (1920), p. 30.

¹²³ H. KELSEN (1920), p. 127.

Deus, e ao atributo de onipotência. Assim o direito, concebendo a pessoa estatal [cingida], renunciaria sua soberania [H. KELSEN. PS, pp. 33-34].

Nesse particular, KELSEN afirma que o poder não passa da validade de uma ordem jurídica que repercute, ou seja, o poder corresponde à eficácia da ordem jurídica estatal que incide¹²⁴, com o que a eficácia da ordem estatal - entendida esta como acatamento ou obediência dos homens a ela submetidos - está presente em seu compósito teórico¹²⁵, sendo, ela mesma, a visão fático-existencial do Estado. Todavia, esta afirmação deve ser bem compreendida. Para KELSEN, não é a regra que é propriamente eficaz ou não, é a eficácia da norma que está sendo atestada, mas a postura dos indivíduos que, ao pensarem na norma vêem-se incitados a agirem, a manterem suas condutas conformes às normas. Diz KELSEN: «Um indivíduo sente a tentação de roubar, mas lembra-se da determinação do Estado que proíbe o roubo; esta idéia desvia-o do seu projeto»¹²⁶. Por outras palavras: a eficácia é condição *sine qua non*, mas não condição *per quam* da validade da ordem estatal. KELSEN dessa forma, não está negando a materialidade das relações humanas, pois esta é condição 'sem a qual' não se pode pensar o direito, ou seja, não há como se pensar em direito sem sociedade; apesar disso, não é a condição 'pela qual' o direito se expressa, pois o direito apenas se expressa normativamente pelos seus enlances de imputação cujo plano existencial é ideal e, não, material empírico. Mas há, ainda, outro sentido para o termo poder em seus escritos: poder como «função» porque o que se entende por executivo, legislativo e judiciário correspondem às funções que o Estado cumpre com o que a trilogia dos poderes do Estado não exprime outra coisa que a distinção meramente didática entre a criação e a aplicação do direito. Como é perceptível, todo e qualquer sedimento jusnaturalista é expulso: não há a possibilidade de invocá-lo no que apenas é Estado e ordem jurídico-positiva, e qualquer dubiedade no quanto foi dito, reputa-se fragilidade humana e metafísica encoberta. Porque todos os caracteres do Estado — como diz Angelo CAMMARATA — para KELSEN, são caracteres do direito e vice-versa: normatividade,

¹²⁴ H. KELSEN (1926), p. 50.

¹²⁵ H. KELSEN (1925), p. 11.

¹²⁶ H. KELSEN (1925), p. 12.

coatividade, positividade, soberania, etc¹²⁷. A *civitas maxima* de wolffiana memória é tão-só uma construção dogmática. A empiricidade *inter homines* das realizações do Estado são meras densificações de preceitos.

7. Conclusões

a) KELSEN entende que as teorias do Estado encontram-se repletas da intromissão do pensamento «mitificado». Explicações inapropriadas duplicam o Estado, transformando-o em um ente dual, uma «projeção do Eu», como se o Estado não fosse o próprio direito. Assim, os teóricos, sob a pretensão de analisarem o fenômeno estatal, o personificam;

b) É possível perceber a incursão indevida das explicações mistificadas na teoria do Estado através da análise de como o Estado é concebido pelas teorias «dualistas»: ente de dois lados, o Estado, quando não é posto como um Macro-Ánthropos, é configurado como uma convergência de realizações fáticas subjetivadas pelos indivíduos numa esfera de domínio assimilada. Sendo assim, para KELSEN, as teorias tradicionais do Estado nada mais fazem que mascarar a realidade: que o Estado é a expressão do ordenamento jurídico, é uma mera imputação;

c) Se o Estado nada mais é que o ordenamento jurídico; deve-se aplicar o método jurídico ao Estado. Toda teoria que não compreende esse princípio fundamental nada mais realiza do que uma análise que subentende o conceito jurídico do Estado, com o que essas teorias se encontram um passo depois do ponto de análise que deveriam estar;

d) «Território», «povo», «comando», apenas são conceitos jurídicos. «Território» é a extensão da validade da ordem jurídica; «povo» é a esfera pessoal de validade de referida ordem; «poder» ou «comando» são outras expressões para o termo «soberania». E «soberania» corresponde à eficácia da ordem jurídica estatal que incide. Como o Estado possui uma «certa existência histórica», o «tempo» deve ser, para KELSEN, acrescentado ao rol de elementos constitutivos do Estado;

e) KELSEN promove o «soterramento» de toda expressão mistificada da teoria do Estado, af se incluindo as construções da sociologia. Seu discurso jurídico remete toda expressão da estatalidade ao método

¹²⁷ A.E. CAMMARATA (1963), p. 40.

jurídico. Porque, como ordenamento jurídico, apenas a partir de seus específicos meios de conhecimento o Estado pode ser compreendido. E apenas nessa dissolução seus atos podem ser tomados como atos do Estado, tudo o mais são sincretismos, encontram-se fora do âmbito de estudo de seu objeto.

Referências bibliográficas

AUSTIN, John.

- 1929 *Lectures on jurisprudence*, vol. I, London: John Murray Editor.
1954 *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, London. Trad.: G. Gylapian, *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, Il Mulino: 1995, p. 239.

BENDIX, Reinhard.

- 1960 *An intellectual portrait*. Trad.: S. Carlo, Amorrortu, 2000.

BRENNAM, R.

- 1997 *Heisenberg probably slept here*. Trad.: *Gigantes da física*, Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1998.

CAMMARATA, E.

- 1963 *Formalismo e sapere giuridico (Studi)*, Milano: Giuffrè Editore.

CARRINO, Agostino.

- 1995 *Max Weber et Hans Kelsen*. Em: C.M. HERRERA (AA.VV.). *Le droit, le politique (Autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt)*, Paris: L'Harmattan.

COUTU, M.

- 1995 *Max Weber et les rationalités du droit*, Paris: L.G.D.J.
DELEUZE, Gilles/GUATTARI, Félix.
1980 *Mille plateaux*, Les Éditions de Minuit, Paris. Trad.: Ana Lúcia de Oliveira, *Mil platôs (Capitalismo e esquizofrenia)*, vol. 1, São Paulo: Editora 34, 1995.

DURKHEIM, Émile.

- 1895 *Les règles de la methode sociologique*. Trad.: J. Rodrigues Meréje, São Paulo: Editora brasileira, 1937

GOYARD-FABRE, Simone.

- 1989 *Jean Bodin et le droit de la République*, Paris: P.U.F.

JELLINEK, Georg.

- 1959 *Allgemeine Staatslehre*, Hermann Gentner Verlag, Darmstadt. Trad.: Fernando de los Ríos Urruti, *Teoría general del Estado*, Granada: Editorial Comares, 2000.

KELSEN, Hans.

- 1911 *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze*, J.C.B. Mohr, Tübingen. Trad.: A. Carrino, *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
1912 *Staat und Recht. Zum Problem der soziologischen oder juristischen Erkenntnis des Staates*, in «Kölner Vierteljaresschrift für Soziologie», Soziologische Heft, 2. Jahrgang. Trad.: A. Carrino, *Stato e diritto. Il problema della conoscenza sociologica o giuridica dello Stato*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
1913-1914 *Über Staatsunrecht* in «Grünhutsche Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart». Trad.: A. Abignente, *L'illecito dello Stato*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1990.
1920 *PS-Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrchts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre*, Mohr, Tübingen. *Il problema della sovranità*, Trad.: A. Carrino, Milano: Giuffrè Ediztore, 1989.
1921a *CESC-Der Staatsbegriff der 'verstehenden Soziologie'*, in «Zeitschrift für Volkswirtschaft und Sozialpolitik», Neue Folge, 1. Band. Trad.: A. Carrino, *Il concetto di Stato della 'sociologia comprendente'*. Em: *Sociologia della democrazia*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991.
1921b *Demokratisierung der Verwaltung*, in Zeitschrift für Verwaltung. C. Geraci, *Forme di governo e concezioni del mondo*. Em: *Il primato del parlamento*, Milano: Giuffrè, 1982.
1922a *Staat und Recht im Lichte der Erkenntnistheorie*. Trad.: A. Carrino,

- Il rapporto tra Stato e diritto dal punto di vista epistemologico*. Em: *L'anima e il diritto (Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo)*, Roma: Edizioni Lavoro, 1989.
- 1922b *Der soziologische und juristische Staatsbegriff*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Trad.: A. Carrino, *Il concetto sociologico e il concetto giuridico dello Stato*, Milano: Edizioni Scientifiche Italiane, 1997.
- 1923-1924 *Die Lehre von der drei Gewalten oder Funktionen des Staates*, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, XVII. Trad.: C. Geraci, *Forme di governo e concezioni del mondo*. Em: *Il primato del parlamento*, Milano: Giuffrè, 1982.
- 1925 TGE-*Allgemeine Staatslehre*, Berlin. Trad.: Fernando de Miranda, *Teoria geral do Estado*, Coimbra: Armênio Amado, 1951.
- 1926 *Grundriß einer allgemeinen Theorie des Staates*, Wien. Trad.: A. CARRINO, *L'essenza dello Stato*. Em: *Dottrina dello Stato*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1994.
- 1927a *Der Staatsbegriff und die Psychoanalyse*, in «Almanach für das Jahr», Internationaler Psychoanalytischer Verlag, Wien. Trad.: A. Carrino, *Il concetto di Stato e la psicoanalisi*, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 1988.
- 1927b *Demokratie*, in Schriften der Deutschen Gesellschaft für Soziologie, I. Serie, V. Band, Verhandlungen des Fünften Deutschen Soziologentages vom 26. bis 29 September 1926 in Wien, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Trad.: C. Geraci, *Forme di governo e concezioni del mondo*. Em: *Il primato del parlamento*, Milano: Giuffrè, 1982.
- 1933 *Staatsform und Weltanschauung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen. Trad.: C. Geraci, *Forme di governo e concezioni del mondo*. Em: *Il primato del parlamento*, Milano: Giuffrè, 1982.
- 1934 TP1-*Reine Rechtslehre, Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, Leipzig. Trad.: Jorge G. Tejerina, *Teoria pura del derecho*, Buenos Aires: Losada, 1941.
- 1941 *The pure theory of law and the analytical jurisprudence*, Harvard Law Review. Trad.: Luis Carlos Borges, *A teoria pura do direito e a jurisprudência analítica*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 1945 TGDE-*General Theory of law and State, Russel and Russel*. Trad.: Luis Carlos Borges, *Teoria geral do direito e do Estado*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.

- 1960 TP2-*Reine Rechtslehre*, Franz Deuticke, Viena. Trad.: João Baptista Machado, *Teoria pura do direito*, São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- 1979 *Allgemeine Theorie der Normen*, Manzschke Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien. Trad.: M. Torre, *Teoria generale delle norme*, Torino: Einaudi, 1985.

MERKL, Adolf.

- 1918 *Das doppelte Rechtsantlitz. Eine Betrachtung aus Erkenntnistheorie des Rechts*, in *Juristische Blätter*. Trad.: Carmelo Geraci, *Il duplice volto del diritto*. Em: *Il duplice volto del diritto (Il sistema kelseniano e altri saggi)*, Milano: Giuffrè, 1987.
- 1931 *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues*, in *Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift gewidmet Hans Kelsen zum 50.* Wien. Trad.: Carmelo Geraci, *Prolegomeni alla costruzione a gradi*. Em: *Il duplice volto del diritto (Il sistema kelseniano e altri saggi)*, Milano: Giuffrè, 1987.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti.

- 1954 *Tratado de direito privado (Parte Geral)*, Tomo I, Rio de Janeiro: Borsoi.

TROPER, Michel.

- 1994 *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris: P.U.F.

WEBER, Max.

- 1922 *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der Verstehenden Soziologie*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tubinga. Trad.: J.M. Echavarría (et. al.), *Economia y sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, México: Fondo de Cultura Económica, 1998.
- 1967 *Essais sur la Théorie de la Science*, Plon. Trad.: Rubens Eduardo Frias, *A objetividade do conhecimento nas ciências e na política sociais*. Em: *Sobre a teoria das ciências sociais*, São Paulo: Moraes, 1991.

Transformação do Princípio da Autonomia da Vontade Sob a Ótica do Novo Código Civil

Alice Møreira Franco*

“A verdade é que não existe uma ‘essência’ histórica do contrato; existe sim o contrato, na variedade das suas formas históricas e das suas concretas transformações”¹.

1 - Introdução

O contrato, assim como os demais institutos jurídicos, estão sempre vulneráveis às transformações históricas, refletindo a realidade econômica e social em que estão inseridos. Portanto, conforme conclui Enzo Roppo na citação acima, não há apenas um conceito estanque de contrato, mas várias concepções, cada qual privilegiando os interesses em voga de sua época.

Atualmente, a Constituição Federal, que disciplina e determina os princípios fundamentais do sistema jurídico, opta por valorizar a dignidade da pessoa humana, concebida como preceito unificador de todo o ordenamento, a fim de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O novo Código Civil, conquanto sofra muita crítica — sendo identificado como ‘omisso’ e ‘ultrapassado’ —, no que concerne à teoria contratual, consagra os princípios constitucionais, ou a “diretriz da socialidade”, como chamou, à época, o presidente da Comissão Elaboradora do Projeto, Miguel Reale². Afinal, o art. 421 do novo Código

* Advogada. O presente artigo tem origem na monografia de graduação intitulada “Função Social do Contrato”, apresentada ao Departamento de Direito da PUC-Rio, em dezembro de 2001.

¹ ENZO ROPPO, *O Contrato*, tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes, Coimbra: Almedina, 1988, p. 348.

² MIGUEL REALE, *O Projeto de Código Civil: situação atual e seus problemas fundamentais*, São Paulo: Saraiva, 1986.

Civil dispõe: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social”.

Este instituto, ainda estranho para os aplicadores do Direito, visto apenas no intuito de funcionalizar o uso da propriedade, foi poucas vezes empregado no Direito das Obrigações, e muito menos no âmbito contratual, que sempre sustentou as teorias individualistas consagradas no princípio da absoluta autonomia da vontade.

Todavia, reformulados os fundamentos do Direito Civil, que passou a ter orientação solidarista devido à opção política constitucional, o contrato, embora receba com maior atraso o impacto dessas transformações históricas, foi obrigado a se adaptar, condicionando os direitos subjetivos aos interesses sociais e abrindo seu sistema através das cláusulas gerais.

2 - Perspectiva Constitucional Social do Direito Civil

O art. 1º da Constituição Federal de 1988 afirma que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, irradiando os valores da democracia sobre todos os elementos constitutivos do Estado, e fazendo com que o Direito se ajuste ao interesse coletivo. A Constituição, de acordo com José Afonso da Silva, “*abre as perspectivas de realização social profunda pela prática dos direitos sociais que ela inscreve e pelo exercício dos instrumentos que oferece à cidadania e que possibilita concretizar as exigências de um Estado de justiça social, fundado na dignidade da pessoa humana*”³.

Enumerados no art. 3º, os objetivos constitucionais de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, de erradicação da pobreza e de redução das desigualdades sociais, colocaram a pessoa humana no ápice do ordenamento jurídico brasileiro. Caracterizam-na como o valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, conforme ratificam J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira:

“A dignidade da pessoa humana fundamenta e confere unidade, não apenas aos direitos fundamentais – desde os direitos pessoais (direito à vida, à integridade física e moral, etc.), até os direitos sociais (direito ao trabalho,

³ JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p. 124.

à saúde, à habitação), passando pelos direitos dos trabalhadores (direito à segurança no emprego, liberdade sindical, etc.) —, mas à organização econômica (socialização da economia, reforma agrária, etc.). Concebida como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais⁴.

A proclamação solene do princípio da dignidade da pessoa humana representa um marco na superação do autoritarismo e na restauração do Estado Democrático de Direito, marcado pela promoção dos direitos humanos e da justiça social, assim como ocorreu na Alemanha, Portugal e Espanha⁵.

Conjuntamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, a Carta Política também consagra outros princípios basilares, como o da igualdade substancial e da solidariedade social, que integram o conteúdo do Estado Social delineado pelo constituinte, evoluindo da tutela do indivíduo à da pessoa.

Esses princípios estão situados no vértice do ordenamento jurídico e sua supremacia emana da rigidez constitucional, fazendo com que eles assumam papel fundamental, já que suas normas prevalecem sobre as demais, estruturando e unificando o sistema. Conforme assevera o constitucionalista português Jorge Miranda, a “*ação mediata dos princípios*

consiste, em primeiro lugar, em funcionarem como critérios de interpretação e de integração, pois são eles que dão coerência geral ao sistema”⁶.

Todavia os princípios não se direcionam apenas ao legislador ordinário e ao intérprete, restringindo-se ao controle de constitucionalidade e às matérias atinentes à estruturação do Estado. Tampouco sua aplicação é meramente indireta — só podendo disciplinar relação privada através de lei ordinária —, como, a não se ver equivocadamente, determina o Supremo Tribunal Federal. De acordo com a Corte Constitucional, é inadmissível o recurso extraordinário fundado em ofensa a princípios constitucionais, por não se tratar de violação “direta e frontal” à Carta Política^{7 8}.

Sobre esse entendimento do Supremo Tribunal Federal, Teresa Negreiros critica:

“...os princípios, numa concepção sistemática do ordenamento jurídico, são funcionalizados pelo intérprete para, teleologicamente, ora restringir, ora ampliar o alcance e o sentido das regras ou mesmo de outros princípios, ora, ainda, para colmatar lacunas. O entendimento do STF acima exposto desconsidera os princípios constitucionais, portanto, quando lhes recusa o desempenho de sua função essencial, qual seja, a de condicionar a interpretação da legislação *infra* constitucional”⁹.

⁴ JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, tomo II, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 199.

⁷ A título exemplificativo: *Recurso Extraordinário nº 162.054/MS*, relator: Ministro Sydney Sanches, 1ª Turma do STF, j. 03/12/93, DJ 25/03/94, vol. 1.738-5, pp. 820/834, RTJ 107/661, 120/912 e 125/705. Cf. RODOLFO DE CAMARGO MANCUSO, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 7ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 168/169.

⁸ Registre-se, todavia, que o Ministro MARCO AURÉLIO tem temperado a exigência da contrariedade direta e frontal à Constituição, conforme é possível ver nos recursos extraordinários, ambos da 2ª Turma do STF, de nºs 154.159/PR e 158.215/RG, cujas ementas determinam: “DEFESA – DEVIDO PROCESSO LEGAL – INCISO IV DO ROL DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS - EXAME – LEGISLAÇÃO COMUM. A intangibilidade do preceito constitucional assegurador do devido processo legal direcional ao exame da legislação comum. Daí a insubsistência da óptica segundo a qual a violência à Carta Política da República, suficiente a ensejar o conhecimento de extraordinário, há de ser direta e frontal. Caso a caso, compete ao Supremo Tribunal Federal exercer crivo sobre a matéria, distinguindo os recursos protelatórios daqueles em que versada, com procedência, a transgressão a texto constitucional, muito embora torne-se necessário, até mesmo, partir-se do que previsto na legislação comum. Entendimento diverso implica relegar à inocuidade dois princípios básicos em um Estado Democrático de Direito – o da legalidade e do devido processo legal, com garantia da ampla defesa, sempre a pressuporem a consideração de normas estritamente legais” (j. 30/4/96, DJ 7/6/96, vol. 1.831-02, pp. 307/313 e j. 10/6/96, RTJ 164/164, respectivamente).

⁴ J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 1º vol., 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 70.

⁵ Na Constituição alemã de 1949, o art 1º enuncia que a *dignidade do homem é intangível. Respeita-la e protegê-la é obrigação de todo o poder público*. A Lei Fundamental portuguesa de 1976, por sua vez, dispõe, em seu art. 1º, que *Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária*, enquanto a Constituição espanhola de 1978 estabelece, em seu art. 10, que *la dignidad dela persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respecto a ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*. Cf.: DANIEL SARMENTO, *A Ponderação de Interesses na Constituição*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p. 58.

Mas a função dos princípios ultrapassa também a interpretação da legislação, eis que as normas constitucionais — que ditam princípios de relevância geral — são de direito substancial, e não meramente de caráter hermenêutico.

É importante constatar que também os princípios são normas, devendo-se recorrer a eles, sem necessidade de lei ordinária que trate da matéria, tornando-os fonte que disciplinam relações de Direito Civil, consoante determina a teoria de aplicação direta dos princípios constitucionais, defendida por Luis Roberto Barroso:

“Ainda que se caracterizem por um maior teor de abstração, os princípios constitucionais têm eficácia normativa e, em muitos casos, tutelam diretamente situações jurídicas individuais”¹⁰.

Ressaltando as múltiplas funções dos princípios constitucionais, em particular o da dignidade da pessoa humana, Daniel Sarmento também corrobora sua aplicação direta nas relações privadas:

“Interessante observar, por outro lado, que o princípio da dignidade da pessoa humana também atua no âmbito das relações privadas de conteúdo patrimonial ou extrapatrimonial. A tábua axiológica adotada pelo constituinte, cujo centro de gravidade repousa no princípio em causa, modela e limita a autonomia privada, condicionando-a ao respeito dos valores substanciais ligados à pessoa humana. Neste contexto, a própria dicotomia direito público/direito privado, herdada do direito romano, torna-se anacrônica, em face da progressiva constitucionalização do direito privado, que passa a gravitar em torno não mais das vetustas codificações, mas da constelação de princípios constitucionais, em cujo vértice situa-se o princípio da dignidade humana”¹¹.

Portanto, o princípio constitucional não deve ser considerado como mera regra hermenêutica, mas também como norma de comportamento, capaz de incidir sobre o conteúdo das relações subjetivas, funciona-

⁹ TERESA NEGREIROS, *Fundamentos para uma Interpretação Constitucional da Boa-Fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 133.

¹⁰ LUIS ROBERTO BARROSO, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 308.

¹¹ DANIEL SARMENTO, *A Ponderação ...*, op. cit., p. 72.

lizando-as e vinculando-as aos novos valores sociais, inclusive em virtude da determinação segundo a qual “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata” (§ 1º, art. 5º, da CF).

Do mesmo modo, Ricardo Luis Lorenzetti conclui:

“Constituição é fonte de Direito Privado, não só enquanto fonte imediata, mas enquanto contém disposições que estão dirigidas aos cidadãos, e tem operatividade direta. Por isso, tem-se afirmado que a Constituição é uma lei positiva e pode ser alegada nos tribunais”¹².

Todavia, importante ressaltar que a aplicação dos princípios como norma difere do que ocorre com as regras, tendo em vista que esses são “mandados de otimização”, como determina o critério gradualista-qualitativo de Robert Alexy. Isto quer dizer que os princípios permitem o balanceamento de valores e interesses, assim como sua ponderação com outros princípios eventualmente conflitantes no caso concreto, pois eles não são incompatíveis entre si, mas concorrentes, ao contrário do que ocorre com a regra jurídica. Assim, a decisão tomada sempre privilegiará um ou alguns dos princípios, em detrimento de outro(s), embora todos eles se mantenham íntegros em sua validade e apenas diminuídos, circunstancial e especificamente, em sua eficácia¹³.

Em harmonia com a teoria da aplicação direta dos princípios constitucionais, surge a Constitucionalização do Direito Civil, defendida por Pietro Perlingieri, na Itália, Ricardo Luis Lorenzetti, na Argentina, Maria Celina Bodin de Moraes e Gustavo Tepedino, no Brasil, dentre outros. Essa nova tendência civilista reitera a incidência direta das normas constitucionais¹⁴ sobre as relações de Direito Privado, legitimando apenas os atos praticados em conformidade com os princípios do Estado Social.

¹² RICARDO LUIS LORENZETTI, *Fundamentos do Direito Privado*, tradução: Vera Maria Jacob de Fradera, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 255.

¹³ A forma pela qual os princípios são aplicados foge aos limites e objetivos deste trabalho, bem como a análise mais aprofundada da teoria pós-positivista de Robert Alexy, exposta em sua obra, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, tradução: Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudos Constitucionais, 1993.

¹⁴ O jurista argentino entende que a transformação do Direito Civil não se dá apenas com a incidência direta das normas constitucionais, mas também dos Direitos Humanos oriundos dos tratados internacionais. Isto porque a Constituição Argentina, diferente da nossa e da Italiana, não se estende na parte das garantias individuais, incorporando os Direitos Humanos pela via dos tratados, que passa a ter hierarquia constitucional.

Afinal, o vigente Código Civil brasileiro ainda regula as relações de Direito Privado segundo normas concebidas em pleno liberalismo, sempre buscando defender o indivíduo contra o Estado, que não podia limitar o exercício de sua atividade econômica. Esse código preocupa-se em garantir as regras do jogo, a estabilidade das normas, privilegiando a segurança, a autonomia da vontade, muitas vezes em detrimento da igualdade substancial dos contratantes e da equivalência das prestações celebradas.

A Constituição Federal, por sua vez, não trata apenas das formalidades das relações, da igualdade formal dos indivíduos, pelo contrário, ela garante objetivos sociais e econômicos definidos pelo Estado, buscando a justiça social. Trata-se de uma legislação de objetivos, que vai muito além da simples garantia de regras estáveis para os negócios.

Diante dessas diferenças ideológicas e jurídicas, torna-se importante reler o Código Civil à luz da opção constitucional, de acordo com a qual o individualismo e o patrimônio encontram limites no respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana. Com mais propriedade assevera Maria Celina Bodin de Moraes:

“Assim é que qualquer norma ou cláusula negocial, por mais insignificante que pareça, deve se coadunar e exprimir a normativa constitucional. Sob essa ótica, as normas de direito civil necessitam ser interpretadas como reflexo das normas constitucionais. A regulamentação da atividade privada (porque regulamentação da vida cotidiana) deve ser, em todos os seus momentos, expressão da indubitável opção constitucional de privilegiar a dignidade da pessoa humana. Em conseqüência, transforma-se o direito civil: de regulamentação da atividade econômica individual, entre homens livres e iguais, para regulamentação da vida social, na família, nas associações, nos grupos comunitários, onde quer que a personalidade humana melhor se desenvolva e sua dignidade seja mais amplamente tutelada”¹⁵.

No mesmo sentido, Pietro Perlingieri busca o caminho do que ele chama de “despatrimonialização do Direito Civil”, atribuindo à iniciativa

¹⁵ MARIA CELINA BODIN DE MORAES, *A Caminho de um Direito Civil Constitucional*, in: Revista de Direito Civil, vol. 65, 1993, p. 28.

econômica uma justificativa institucional de suporte ao livre desenvolvimento da pessoa:

“Com o termo, certamente não elegante, ‘despatrimonialização’, individualiza-se uma tendência normativa-cultural; se evidencia que no ordenamento se operou uma opção, que, lentamente, se vai concretizando, entre personalismo (superação do individualismo) e patrimonialismo (superação da patrimonialidade fim a si mesma, do produtivismo, antes, e do consumismo, depois, com valores)”¹⁶.

Os institutos patrimoniais devem se adequar aos novos valores, na passagem de uma doutrina na qual interesses meramente patrimoniais prevaleciam, para uma teoria mais atenta aos valores existenciais. Busca-se uma tutela jurídica qualitativamente diversa, nos termos indicados por Gustavo Tepedino:

“Trata-se, em uma palavra, de estabelecer novos parâmetros para a definição de ordem pública, relendo o Direito Civil à luz da Constituição, de maneira a privilegiar, insista-se ainda uma vez, os valores não patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento de sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais”¹⁷.

Assim, não há mais espaços para uma liberdade absoluta, nem preceitos que possam ser considerados invulneráveis ao projeto constitucional, não bastando, então, harmonizar institutos do Direito Privado com as restrições impostas pela ordem pública, senão interpretá-los novamente, reconstruindo seu conteúdo de acordo com a legalidade constitucional. O resultado dessa interpretação condiciona os direitos subjetivos aos interesses sociais, como já previu o sistema jurídico italiano:

¹⁶ PIETRO PERLINGIERI, *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*, tradução: Maria Cristina de Cicco, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 33.

¹⁷ GUSTAVO TEPEDINO, *Premissas Metodológicas para a Constitucionalização do Direito Civil*, in: Temas de Direito Civil, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 22.

“No vigente ordenamento não existe um direito subjetivo – propriedade privada, crédito, usufruto – ilimitado, atribuído ao exclusivo interesse do sujeito, de modo tal que possa ser configurado como entidade pré-dada, isto é, preexistente ao ordenamento e que deva ser levada em consideração enquanto conceito, ou noção, transmitido de geração em geração. O que existe é um interesse juridicamente tutelado, uma situação jurídica que já em si mesma encerra limitações para o titular. Os chamados limites externos, de um ponto de vista lógico, não seguem a existência do princípio (direito subjetivo), mas nascem junto com ele e constituem seu aspecto qualitativo. O ordenamento tutela um interesse somente enquanto atender àquelas razões, também de natureza coletiva, garantidas com a técnica das limitações e dos vínculos. Os limites, que se definem externos ao direito, na realidade não modificam o interesse pelo externo, mas contribuem à identificação da sua essência, da sua função”¹⁸.

A jurisprudência brasileira, conquanto ainda muito tímida, também tem buscado este caminho, limitando direitos subjetivos com aplicação direta dos princípios constitucionais, em oposição ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. Como exemplo dessa concepção social do Direito Civil, vale ressaltar o brilhante voto, ainda vencido, do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, do Superior Tribunal de Justiça — no qual ele considera o equilíbrio contratual expressão do princípio da solidariedade social¹⁹ —, e a inovadora sentença, proferida pelo Juiz Lineu Banora Peinado, que determina ser abusiva certa publicidade por violar a dignidade da pessoa humana²⁰.

Conclua-se, então, que a Constitucionalização do Direito Civil é uma tendência marcante da atualidade e característica do Estado Social, cujo objetivo é estabelecer a prevalência dos princípios constitucionais em relação aos preceitos de Direito Civil, possibilitando a permanente oxigenação do sistema, e adequar as normas à opção ideológica constitucional.

¹⁸ PIETRO PERLINGIERI, *Perfis...*, op. cit., pp. 121/122.

¹⁹ Recurso Especial nº 45.666/SP, relator: Ministro Barros Monteiro, 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 17/5/94, in: Revista de Direito do Consumidor, vol. 17, 1996, pp. 177/181.

²⁰ A sentença foi proferida em 8/7/92, por Juiz de Direito da Vara Cível da Comarca de São Paulo, e publicada na Revista de Direito do Consumidor, vol. 4, 1992, pp. 261/269.

Dentre as muitas implicações desta reconstrução constitucional do Direito Civil, vamos nos limitar à análise do princípio da autonomia da vontade sob a ótica da função social do contrato, prevista no novo Código Civil.

3 - Evolução Histórica do Princípio da Autonomia da Vontade no Contrato

“A historicidade dos institutos jurídicos costuma ser o ponto de partida para a análise de suas transformações”²¹. Isso porque o princípio da autonomia dos contratos, interpretado sob sua função social, não pode ser analisado sob uma dimensão exclusivamente jurídica, afinal eles refletem uma realidade exterior a si próprios, uma realidade de interesses, de relações, de situações econômico-sociais, relativamente aos quais cumpre uma função instrumental. Seguindo esta linha de raciocínio, Enzo Roppo define o direito contratual

“...como conjunto – historicamente mutável – das regras e dos princípios, de vez em quando escolhidos para conformar, duma certa maneira, aquele instituto jurídico, e, portanto, para dar um certo arranjo – funcionalizando a determinados fins e a determinados interesses – ao complexo das operações econômicas efetivamente levados a cabo”²².

San Tiago Dantas, também adepto do historicismo, em artigo escrito em 1952, já afirmava que a teoria contratual fora formulada com base em princípios flexíveis, capazes de veicular as imposições do interesse público, que mudariam de acordo com as transformações sociais, o que lhe permitira alcançar uma certa estabilidade, adaptando-se, sem derogações de princípios ou modificações de sistema, às novas exigências econômicas e a diferentes condições de convívio social²³.

Logo, se é verdade que a disciplina jurídica do contrato corresponde instrumentalmente à realização de objetivos e interesses ponderados

²¹ TERESA NEGREIROS, *Fundamentos...*, op. cit., p. 185.

²² ENZO ROPPO, *O Contrato*, op. cit., p. 11.

²³ F. C. SAN TIAGO DANTAS, *Evolução Contemporânea do Direito Contratual*, in Revista Forense, vol. 139, 1952, p. 5.

consoante as opções políticas e, por isso mesmo, historicamente mutáveis, daí resultam que o contrato sofre influência do pensamento da classe social que está no poder.

Entretanto, como ressalta Arnaldo Wald, determinar a satisfação de determinados interesses em detrimento de outros não é uma tarefa fácil:

“O desafio da nossa geração consiste, basicamente, em conciliar a democracia política com as aspirações sociais, a concentração econômica e o desenvolvimento tecnológico. Trata-se de transformar o dirigismo num planejamento dialogado que deve decorrer dos entendimentos entre a iniciativa privada e a administração, consagrando-se, assim, a democracia tanto no plano econômico, como político e garantindo-se os direitos individuais e sociais, que constituem a condição indispensável do desenvolvimento de qualquer sociedade. A meta a ser alcançada não é o simples processo econômico de caráter quantitativo, representado pelo aumento do produto nacional bruto, ou da renda *per capita*, mas uma modificação de caráter qualitativo que assegure a todos melhores condições de vida”²⁴.

Ousando aceitar este desafio, conquanto ciente das dificuldades, vamos nos aventurar a contrapor a teoria clássica do princípio da autonomia da vontade contratual com sua nova concepção social, conforme determina o art. 421 do novo Código Civil. Esse princípio será analisado no século XVIII e XIX, quando surge sua formulação clássica, consagrada no Código Civil de 1916, e no século XX, no momento em que se começa a construir a concepção social do contrato, principalmente depois de promulgada a Constituição Federal. Buscaremos demonstrar que cada definição do instrumento jurídico corresponde à satisfação dos interesses da época.

3.1 - Sob a Ótica da Teoria Clássica

O contrato tornou-se o instrumento jurídico que possibilitava e regulamentava o movimento de riquezas dentro da sociedade. Seu conceito

²⁴ ARNOLDO WALD, *Direito das Obrigações: teoria geral das obrigações e contratos civis e comerciais*, 15ª edição, São Paulo: Malheiros Editores, 2001, pp. 190/191.

clássico foi elaborado pelo poder de abstração dos juristas e dos filósofos, especialmente dos alemães do século XIX, quando sistematizaram a ciência do Direito²⁵.

Tratava-se de ato jurídico vinculante, que criava, modificava e extinguiu direitos e obrigações, de natureza patrimonial, para as partes contratantes, sendo tanto o ato como seus efeitos permitidos, e, em princípio, protegidos pelo Direito.

A concepção clássica de contrato não é fruto de um único momento histórico, ao contrário, ela representa a soma da evolução teórica do Direito após a idade média com a evolução social e política ocorrida nos séculos XVIII e XIX, formando-se, assim, em consequência da confluência de diversas correntes de pensamento, dentre as quais, a dos canonistas, a do Direito Natural, a da Revolução Francesa e a do liberalismo econômico²⁶.

Para os fins da formulação do princípio da autonomia da vontade, a escola do Direito Natural, racionalista e individualista, foi a que mais influenciou ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações encontrava-se na vontade livre dos contratantes, bastando vontade para obrigar. A autonomia da vontade, como expressão de liberdade, dispunha que os seres humanos podiam exercer suas escolhas e estabelecer regras para si mesmos. A pessoa humana tornou-se um ente de razão, de acordo com Kant, uma fonte fundamental do direito, pois, seria através de seu agir, de sua vontade, que a expressão jurídica se realizaria²⁷. Segundo sua máxima, o homem deveria sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio. Efetivamente, é no Direito Natural que encontramos a base do dogma da liberdade contratual, como uma das liberdades naturais do homem.

²⁵ CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*, 3ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 36.

²⁶ Enquanto CLÁUDIA LIMA MARQUES aborda essas quatro origens históricas do contrato, ORLANDO GOMES, por sua vez, enfatiza apenas a escola do Direito Natural e a teoria dos canonistas.

²⁷ De acordo com PAULO LUIZ NETO LÓBO (*Contrato e Mudança Social*, in Revista dos Tribunais, vol. 722, 1995, p. 41): “...o mundo ético, em que se encartaria o direito, seria o reino da liberdade dos indivíduos, enquanto tais, porque a eles se dirige o princípio estruturante do imperativo categórico kantiano. Na fundamentação filosófica kantiana, a autonomia envolve a criação e aplicação de todo o direito”.

exerceu sobre o Direito Contratual, conduzindo à idéia de importância da vontade do homem, eis que, de acordo com Rousseau, a autoridade do Estado tinha o seu fundamento no consentimento dos cidadãos²⁸. O contrato social estabeleceu as condições de um pacto legítimo, pelo qual os homens, depois de perderem sua liberdade natural, ganham, em troca, sua liberdade civil. Neste momento, está presente a idéia de renúncia da liberdade individual, como expressão do valor da vontade, o que contribuiu, no plano filosófico, para a construção do dogma da autonomia privada.

Os ideais revolucionários da igualdade e da liberdade também exerceram grande influência sobre o princípio da autonomia da vontade, pelo qual o indivíduo poderia livremente contratar em igualdade de condições com qualquer outra pessoa. Todavia, o ideal da fraternidade não surtiu o mesmo efeito na teoria contratual.

As teorias econômicas do século XVIII, por sua vez, instituíram a necessidade da livre movimentação das riquezas na sociedade. E, uma vez que o contrato era o instrumento colocado à disposição para que essa movimentação acontecesse, passou-se a se defender a necessidade da liberdade contratual, com objetivo de aumentar o fluxo da economia, da indústria, das transações comerciais, como determinava o capitalismo: "*Houve, na realidade, uma mística contratual, deixando-se ao arbítrio de cada um a decisão de todas as questões econômicas, sem qualquer interferência por parte da sociedade*"²⁹.

De acordo com liberalismo jurídico, o Estado deveria intervir o mínimo possível na vida das pessoas e o direito não se preocuparia com a justiça dos resultados das transações. O limite à liberdade e ao arbítrio individual só deveria existir com o fim de garantir a autonomia da vontade, cujo pressuposto era o princípio de igualdade jurídica, ou seja, a igualdade formal, que garantia a todos o mesmo poder jurídico para dispor sobre seus bens.

Ultrapassado o momento precursor da filosofia e o momento ativo da luta política, seguiu a etapa de sedimentação das conquistas da Re-

²⁸ Dicionário de Ciências Sociais, coordenação geral: Benedicto Silva, Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1986, p. 262, define: "*Para Rousseau, o contrato social já não é um simples meio, mas o princípio legitimador de toda a sociedade, 'o ato pelo qual um povo é um povo, o verdadeiro fundamento da sociedade' (Du contrat social. Amsterdam. M. M. Rey, 1792, v. I, cap. V)*".

²⁹ ARNOLDO WALD, *Direito das Obrigações...*, op. cit., p. 184.

volução Francesa através de leis. Conjugando as influências individualistas e voluntaristas da época, colocando como valor supremo do seu sistema contratual a autonomia da vontade e relacionando-a com a propriedade, o *Code Napoléon* surge, de acordo com Enzo Roppo, como primeiro dos códigos burgueses, que influenciaram a elaboração de muitos outros códigos civis, inclusive o nosso:

"O *Code Napoléon* é o primeiro grande código da idade moderna, o primeiro dos códigos burgueses. Ele constituiu, de resto, um produto da vitória histórica obtida pela burguesia com a Revolução de 1789, a cujas conquistas políticas, ideológicas e econômicas dá nos seus artigos forma e força de lei.

(...)

As razões deste estreitíssimo nexos, instituído já em sede sistemática, entre contrato e propriedade não poderiam ser mais claras: o contrato e o poder de contratar livremente são assim perspectivados, nas enunciações ideológicas de princípio, como meios de expressão da liberdade pessoal do indivíduo, finalmente liberto dos antigos vínculos; mas, mais ainda, são considerados, no concreto da disciplina positiva da lei, como *instrumentos de circulação da riqueza* (e, portanto, da propriedade, que representa o seu símbolo jurídico)³⁰.

Nesses termos, o contrato passa a ser o principal instrumento de consolidação dos ideais revolucionários, capaz de permitir a organização da sociedade capitalista baseada na liberdade de troca e na igualdade de mercado. Afinal, era preciso criar um instrumento que possibilitasse a circulação das riquezas, até então nas mãos do clero e da nobreza, criando as condições para o desenvolvimento capitalista. Nesta perspectiva, a liberdade de contratar significava a livre possibilidade para a burguesia vitoriosa adquirir os bens da classe antiga. O contrato baseado no consenso era, por outro lado, uma garantia para as classes proprietárias, pois a transferência de seus bens só se aperfeiçoava com sua vontade. Destarte, conforme acentua San Tiago Dantas:

³⁰ ENZO ROPPO, *O Contrato*, op. cit., pp. 41/42.

“O direito contratual, tal como se acha compendiado nas grandes codificações oitocentista, foi um dos instrumentos jurídicos mais eficazes desse dinamismo, ao lado da reforma do direito da propriedade e do direito hereditário, que veio abolir privilégios das antigas classes dirigentes, e romper os vínculos anteriores, entre a propriedade do solo e o poder político. Uma nova classe de empresários e proprietários ascendeu à direção da sociedade, favorecida, entre outros fatores, pela eficácia e simplicidade das convenções, pela suspensão de todos os entraves opostos no direito anterior ao livre jôgo dos interesses econômicos, desde a abolição das normas repressivas da usura e da lesão até a queda do formalismo. A livre concorrência, a lei da oferta e da procura, foram, então, as leis naturais reguladoras do conteúdo das convenções, restringindo-se ao mínimo as normas jurídicas que cerceavam os seus efeitos”³¹.

A justiça dessa relação era automaticamente assegurada pelo fato de o conteúdo do contrato corresponder à vontade livre dos contratantes, que espontânea e conscientemente, o determinavam em conformidade com os seus interesses, e, sobretudo, num plano de recíproca igualdade jurídica, já que as revoluções burguesas aboliram os privilégios, afirmando a paridade de todos os cidadãos perante a lei.

Nesta igualdade jurídica consistia a garantia de que as trocas, não estando viciada a declaração de vontade, respeitavam plenamente a justiça comutativa. Acreditava-se, na época, que o contrato traria em si uma natural equidade, proporcionando a harmonia social e econômica, se fosse assegurada a liberdade contratual, pois seria um absurdo considerar que alguém, por livre e espontânea vontade, se vincularia a uma situação prejudicial. Portanto, a liberdade de contratar e a igualdade formal das partes eram os pilares sobre os quais se formava a afirmação de que contratual equivale a justo³².

Conseqüentemente, considerando que todos os contratos eram justos, a estrutura tradicional do contrato ergueu-se sobre os princípios

da autonomia da vontade e de sua obrigatoriedade, estabelecidos no art. 1.134 do Código Napoleão³³, pelo qual as convenções tinham força de lei entre as partes.

Por outro lado, os princípios da autonomia da vontade e da igualdade formal dos contratantes também satisfaziam o interesse geral da sociedade capitalista, principalmente de sua classe dominante, a burguesia, já que as teorias econômicas da época, traduzidas nas diretrizes do *laissez-faire* e *laissez-passer*, acreditavam que o bem coletivo seria alcançado com o livre curso da iniciativa e do mercado, através da “mão invisível” de Adam Smith.

De acordo com a doutrina clássica, a obrigação contratual tinha por única fonte a vontade das partes, sendo essa a legitimação da relação jurídica, e não a autoridade da lei. Influenciada pelo voluntarismo, a vontade passou a ser o fator do direito subjetivo e com ele se confundia. Essa vontade, entretanto, tinha que ser livre, dirigida pelo próprio indivíduo sem influências externas imperativas, traduzindo-se na amplitude concedida aos particulares para disciplinarem os seus interesses.

Entende-se por livre, nas palavras de Heloísa Carpena, “o homem que se determina exclusivamente pelas leis da razão, que ele próprio elabora, sem cogitar de seus impulsos ou instintos naturais. Em outras palavras, aquele que ‘resiste’ à sua natural inclinação seria, paradoxalmente, dotado de liberdade, livre seria aquele que voluntariamente a limita”³⁴.

Na teoria clássica, o único obstáculo à liberdade contratual eram as regras imperativas determinadas por lei, que muito raras, tinham como função justamente proteger a vontade dos indivíduos, como, por exemplo, as regras sobre capacidade.

No mais, as normas legais restringia-se a fornecer parâmetros para a interpretação correta das vontades das partes e a oferecer regras supletivas para o caso dos contratantes não desejarem regular, eles mesmos, determinados pontos da obrigação assumida, como, por exemplo, as regras sobre lugar e tempo do pagamento.

Os limites de tal sorte eram concebidos apenas com cunho negativo, ou seja, como puras e simples proibições em razão da ordem pública e

³¹ F. C. SAN TIAGO DANTAS, *Evolução...*, op. cit., p. 8;

³² De acordo com a notória frase de Fouillée: “*Toute justice est contractuelle, qui dit contractuelle, dit juste*”; Do mesmo modo confirma DARCY BÉSSONE DE OLIVEIRA ANDRADE (*Do Contrato: teoria geral*, Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 31): “*Segundo a teoria clássica o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das é de presumir-se, pois*”.

³³ Art. 1.134 – “*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*”.

³⁴ HELOÍSA CARPENNA, *Abuso do Direito nos Contratos de Consumo*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 21.

dos bons costumes. Não se permitia que a liberdade contratual fosse submetida a vínculos positivos, a determinações que impusessem aos sujeitos, contra a sua vontade, estipulação de um certo contrato, ou com um sujeito determinado, com certo preço, ou com estabelecidas condições.

3.2 - Sob a Visão da Concepção Social

Já nos fins do século XIX, a Igreja Católica propôs, em suas encíclicas, a mudança de uma moral individual para uma ética social, combatendo tanto as idéias marxistas quanto as concepções do liberalismo selvagem, pois considerava que a razão do estado é velar pelo bem comum, devendo, portanto, amparar os direitos do cidadão, especialmente os mais fracos. Santo Tomás de Aquino defendeu a instituição da função social como qualidade inerente ao conceito de propriedade, visando adaptar esse direito aos interesses da coletividade.

No início de século XX, Ihering introduziu surpreendente revolução na cultura jurídica, ao se inclinar em favor do coletivo contra o indivíduo, com afirmação de que o Direito se determinava pelo que é útil à sociedade. O jurista alemão vislumbrou a insuficiência da ciência do Direito da época, por estar afastada dos elementos sociais e dos problemas dos tempos modernos, tornando-se necessário integrá-los. Iniciando, assim, uma tendência de socialização do Direito, com maior liberdade ao Juiz e maior inspiração social nas normas jurídicas, mitigando o dogma da autonomia da vontade³⁵.

Com efeito, as transformações subseqüentes da política dos Estados Democráticos, com reflexo no Direito do Contrato, foram inspiradas pelo princípio da solidariedade social, que tendeu a prevalecer, por influência das idéias socialistas, sobre o individualismo puro do período anterior. Nasce a tese da proteção social dos mais fracos, destinada a corrigir as desigualdades do liberalismo jurídico.

³⁵ Cf.: CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos...*, op. cit., pp. 84/89, ORLANDO GOMES, *Transformações do Direito das Obrigações*, 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, pp. 2/8 e GISELDA M. FERNANDES NOVAES HIRONAKA, *A Função Social do Contrato*, in: Revista de Direito Civil, vol. 45, 1988, pp. 141/144;

No Brasil, a crise da teoria clássica do contrato diante da tendência européia de socialização e até "publicização" do Direito Privado, conquanto tenha surtido efeito na doutrina e na jurisprudência, principalmente com aplicação do princípio da boa-fé objetiva, não teve muita repercussão legislativa, só ganhando solução na década de 80, com a nova ordem constitucional, e depois com o Código de Defesa do Consumidor.

Essa concepção social do Direito Contratual, de acordo com Orlando Gomes³⁶, decorre de três principais fatores das transformações ocorridas na teoria geral do contrato: (i) a insatisfação de grandes estratos da população pelo desequilíbrio entre as partes, atribuído ao princípio da igualdade formal; (ii) a modificação na técnica de vinculação por meio de uma relação jurídica; (iii) a intromissão do Estado na vida econômica³⁷.

Conforme já vimos, a doutrina clássica acreditava que a liberdade de contratar asseguraria a justiça de cada relação contratual, em virtude da igualdade jurídica entre os contratantes. Entretanto, essa paridade refere-se apenas à igualdade de possibilidades abstratas, que na realidade pode, e infelizmente deve, corresponder a gravíssimas desigualdades substanciais, profundas disparidades das condições concretas de força econômico-social entre contratantes que detêm riqueza e poder e contratantes que não dispõem senão da sua força de trabalho.

A disparidade de condições socioeconômicas existente, para além do esquema formal da igualdade jurídica abstrata, determina, por outras palavras, a desigualdade de poder contratual entre partes fortes e fracas, a primeira em condições de moldar o contrato segundo os seus interesses, a segunda constringida a suportar a sua vontade, celebrando pactos substancialmente injustos. Portanto, a suposição de que a igualdade formal dos indivíduos asseguraria o equilíbrio entre as partes, fosse qual fosse a sua condição social, foi desacreditada na vida real, gerando desequilíbrio que afetava a estabilidade econômica³⁸.

³⁶ ORLANDO GOMES, *Contratos*, atualização e notas de Humberto Theodoro Júnior, 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 7;

³⁷ HELOÍSA CARPENA, por sua vez, indica como causas das transformações contratuais "três ordens de fatores, a saber: a inclusão de novos valores de bem-estar e justiça distributiva; as mudanças do próprio mercado e sua organização e a mudança da racionalidade jurídica" (*Abuso...*, op. cit., p. 24);

³⁸ De acordo com ENZO ROPPO, a igualdade jurídica era utilizada ideologicamente pela burguesia capitalista, como meio de disfarçar a realidade, pois na verdade ela buscava igualar, ao menos formalmente, o capitalista e o trabalhador subordinado, tendo em vista que ambos

Em segundo lugar, a crescente complexidade da vida social exigiu nova técnica de contratação, simplificando seu processo de formação, como sucedeu visivelmente nos contratos de massa, no qual verifica-se a uniformização de suas condições ou cláusulas, acentuando o fenômeno da despersonalização dos contratantes.

No contrato de adesão — consoante a nomenclatura francesa, ou *standard*, como preferem os alemães, os italianos e o sistema da *common law* —, por uma questão de economia, de racionalização, de praticidade e mesmo de segurança, a parte forte predispõe antecipadamente um esquema contratual, oferecido à simples adesão do hipossuficiente, isto é, pré-redige-se um complexo uniforme de cláusulas, que serão aplicáveis indistintamente a toda série de futuras relações contratuais.

Este tipo de contrato tem como características principais: (i) a sua pré-elaboração unilateral; (ii) a sua oferta uniforme e de caráter geral, para um número ainda indeterminado de futuras relações contratuais; (iii) o seu modo de aceitação, onde o consentimento se dá pela simples adesão à vontade manifestada pelo parceiro contratual economicamente mais forte³⁹.

Logo, em muitos casos, o acordo de vontades é mais aparente do que real, os contratos de adesão tornam-se a regra, e deixam mais claro o desnível entre os contratantes — um autor efetivo das cláusulas, outro, simples aderente —, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos garantindo a justiça comutativa, ficando evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adapta à realidade socioeconômica.

Enzo Roppo, sempre com um comentário crítico, salienta:

deveriam aparecer igualmente possuidores de mercadorias a negociar através de uma troca de equivalentes. Entretanto esta equivalência é apenas aparente, já que a troca é substancialmente desigual, e deve ser desigual para garantir aos detentores dos meios de produção a apropriação da mais valia. (*O Contrato*, op. cit., pp. 29/40).

³⁹ Nos termos da metodologia alemã, CLÁUDIA LIMA MARQUES diferencia contrato de adesão de contratos submetidos a condições gerais: "Como contratos de adesão entenderemos restritivamente os contratos por escrito, preparados e impressos com anterioridade pelo fornecedor, nos quais só resta preencher os espaços referentes à identificação do comprador e do bem ou serviços, objeto do contrato. Já por contratos submetidos a condições gerais do negócio entenderemos aqueles, escritos ou não escritos, em que o comprador aceita tácita ou expressamente, que cláusulas, pré-elaboradas unilateral e uniformemente pelo fornecedor para um número indeterminado de relações contratuais, venham a disciplinar o seu contrato específico" (*Contrato...*, op. cit., p. 52).

"... não há dúvida de que o emprego difundido de contratos standard constitui produto ineliminável da moderna organização da produção e dos mercados, na exacta medida em que funciona como decisivo *factor de racionalização e de economicidade da actuação empresarial*. Um resultado deste género é certamente desejável em si e por si. Mas (...) isto só se consegue com um preço muito grave: o de privar uma das partes de cada relação — em concreto, toda a massa de consumidores, adquirentes e utentes — de toda a possibilidade de real decisão e influência, em ordem à determinação do seu conteúdo, que acaba por lhes ser *imposto de forma unilateral* (...) Mas não é só: deve acrescentar-se que grande parte das vezes, as empresas predisponentes fazem deste seu poder de determinação unilateral e arbitrário do conteúdo das relações contratuais, um *uso vexatório em prejuízo dos aderentes*..."⁴⁰.

Assim, o aderente não é livre, como vimos, para discutir e contribuir para determinar o conteúdo do contrato; não é livre, sequer, na alternativa de contratar ou não contratar, porque a adesão ao contrato pode constituir o único meio de adquirir bens ou serviços essenciais e indispensáveis; e muitas vezes, não é livre, nem mesmo na individualização do parceiro com quem contrata — isto acontece quando há monopólio. A liberdade contratual torna-se ilusória.

Ante tais circunstâncias, como último fator determinante para construção da concepção social do princípio da autonomia da vontade contratual, "*medrou no direito moderno a convicção de que o Estado tem que intervir na vida do contrato, seja mediante aplicação de leis de ordem pública, que estabelecem restrições ao princípio da vontade em benefício do interesse coletivo, seja com a adoção de uma intervenção judicial na economia do contrato, instituindo a contenção dos seus efeitos, alterando-os ou mesmo liberando o contratante lesado, por tal arte que logre evitar que por via dele se consume atentado contra a justiça*"⁴¹.

Com efeito, a evolução do cenário econômico e social passou a exigir do Estado uma intervenção nas relações contratuais, no intuito de tutelar o contratante hipossuficiente, para que este não seja, por sua posição de

⁴⁰ ENZO ROPPO, *O Contrato*, op. cit., pp. 316/317.

⁴¹ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. III, 10ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 12.

inferioridade, compelido a se submeter a situações e cláusulas abusivas que o colocam em desvantagem exagerada. Inicia-se um tempo novo, onde os malefícios do liberalismo jurídico são mitigados pela proteção social ao mais fraco.

Fruto das idéias de Josserand, nos anos 30⁴², o dirigismo contratual foi considerado a técnica destinada a revelar melhor a proteção dos interesses da parte economicamente fraca, restringindo a liberdade contratual da economicamente forte, especialmente no que se refere à discussão do conteúdo do negócio. Trata-se de sujeição da vontade dos contratantes ao interesse público.

A primeira restrição sofrida pela teoria da vontade (*willenstheorie*) de Savigny foi o desenvolvimento da teoria da declaração (*erklarungstheorie*), segundo a qual a exteriorização deveria sobrepor-se à vontade interna. Assim, de acordo com essa nova doutrina, na interpretação dos negócios não interessa a intenção propriamente dita, a vontade interna das partes, mas sim sua declaração. A vontade deixa de ser o conteúdo do ato de autonomia, para transformar-se somente na sua fonte geradora.

Depois, como abrandamento da teoria da declaração, surge a teoria da confiança (*vertrauenstheorie*), concedendo à declaração valor relativo, já que ela só se torna decisiva, ainda quando não corresponda à aspiração interna do declarante, se o destinatário não souber, ou não puder saber, essa discordância. Assim, “*havendo divergência entre a vontade interna e a declaração, os contraentes de boa-fé, a respeito dos quais tal vontade foi imperfeitamente manifestada, têm direito a considerar firme a declaração que se podia admitir como vontade efetiva da outra parte, ainda quando esta houvesse errado de boa-fé ao declarar a própria vontade*”⁴³. Necessário que possa despertar a convicção de que se trata da vontade real, e que haja boa-fé do destinatário. A declaração, portanto, continua prevalecendo à vontade, mas sob outros fundamentos. Ressaltando a justificativa social desta doutrina, Orlando Gomes afirma:

“Encontram-se as origens da teoria da confiança no pensamento de Grotius, para quem a vontade que se exteriorizou suficientemente mediante

⁴² Louis Josserand foi o primeiro a utilizar a expressão “dirigismo contratual”, em artigo publicado na *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, em 1937, sob o título ‘*Aperçu Général des Tendances Actuelles de la Théorie des Contrats*’.

⁴³ ORLANDO GOMES, *Transformações ...*, op. cit., p. 14.

palavras constitui declaração que se tem como verdade frente ao declarante. (...) O elemento social, representado pela confiança, cobra significação cada vez mais extensa, a ponto de se admitir a responsabilidade de quem, por seu comportamento, suscitou em outra pessoa a justificada expectativa no cumprimento de determinadas obrigações. (...) O que decide, em suma, para os partidários dessa teoria, é a confiança determinada pela declaração. Ela é, segundo Santoro Passarelli, a aplicação conseqüente da predominância do momento social na admissão da autonomia privada”⁴⁴ (grifou-se).

No nosso sistema econômico, caracterizado pela produção, distribuição e consumo de massa, cujo objetivo é garantir a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações, a doutrina mais compatível é a da confiança, eis que as transações devem ser tomadas e disciplinadas dando preferência aos elementos objetivos, exterior e socialmente reconhecíveis, com a conseqüência de que, em caso de conflito entre o subjetivo e o objetivo, entre as efetivas posições da psique e da vontade do contratante e aquilo que socialmente transparece e é percebido pelo outro contratante de boa-fé, tende-se atribuir prevalência a este último^{45 46}.

⁴⁴ ORLANDO GOMES, *Transformações...*, op. cit., pp. 15/16;

⁴⁵ Cf.: CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos ...*, op. cit., pp. 101/105, ORLANDO GOMES, *Transformações...*, op. cit., pp. 9/17, JUDITH MARTINS COSTA, *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro*, in *Revista de Direito do Consumidor*, vol. 3, 1992, pp. 132/133 e 140/145, e ENZO ROPPO, *O Contrato*, op. cit., pp. 297/301. O autor italiano afirma: “*Existe, sem dúvida, na evolução da teoria e da disciplina dos contratos, uma tendência para a progressiva redução do papel e da importância da vontade dos contraentes, entendida como o momento psicológico da iniciativa contratual: esta tendência, que podemos definir como 'objectivação do contrato', leva a redimensionar, sensivelmente, a influência que o elemento voluntarista exerce, quer em relação à definição geral do próprio conceito de contrato, quer em relação ao tratamento jurídico concreto de cada relação*” (p. 297).

⁴⁶ Os tribunais já adotam a teoria da confiança, conforme demonstra a ementa do Agravo Regimental do Agravo de Instrumento, nº 165.201/MG, relator: Waldemar Zweiter, 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, j. 15/10/98, DJ 7/12/98, p. 81: AGRAVO DE INSTRUMENTO – AGRAVO REGIMENTAL – CONSÓRCIO – TEORIA DA CONFIANÇA – RESPONSABILIDADE EMPRESA DO MESMO GRUPO ECONÔMICO – VIOLAÇÃO AOS ARTS. 86, 147 E 178, § 9º, V, “b”, TODOS DO CÓDIGO CIVIL – INOCORRÊNCIA – SÚMULAS 5 E 7 DESTA CORTE. (...) II – A Câmara Cível decidiu pela vinculação consoante a Teoria da Confiança, essencialmente, examinando as provas existentes nos autos.” Do mesmo modo decidiu o Tribunal de São Paulo na Apelação Cível, nº 104.281-4/4/00, relator: Des. Aldo Magalhães, j. 24/10/00, in: *Revista dos Tribunais*, vol. 786, 2001, p. 263/267.

Observa-se, então, que a vontade individual, como elemento essencial do contrato, deixa de ser soberana, intrometendo-se o Estado-legislador e o Estado-juiz em território antes reservado exclusivamente aos indivíduos, revisando a até então intangível autonomia da vontade, como expressão da liberdade contratual.

Essa orientação de restrição da autonomia da vontade e da liberdade contratual por ação do legislador, como controle efetivo dos contratos de adesão, foi adotada, inicialmente, pelo atual Código Civil Italiano, sancionando em seu art. 1.370 o princípio da *interpretatio contra stipulatorem*, pelo qual as cláusulas inseridas nas condições gerais de contrato e nos modelos ou formulários devem ser interpretadas, em caso de dúvida, contra a parte que as elaborou. Esse processo intervencionista foi seguido, sobretudo, em Israel, na Suécia e Alemanha⁴⁷, mais tarde, no Brasil, com o Código de Defesa do Consumidor, e na Argentina⁴⁸.

Retrata, com precisão, essa nova realidade, a afirmação, atribuída a Lacordaire, de que entre o forte e o fraco é a liberdade que escraviza e a lei que liberta. Afinal, a liberdade contratual transformou-se nas mãos dos poderosos em instrumento infuquo de exploração do hipossuficiente, e a lei, através do dirigismo contratual, mais especificamente, através da função social do contrato, busca trazer de volta a justiça substancial.

A intervenção do legislador, que se sobrepõe à autonomia privada dos contratantes, para tutelar a parte debilitada da relação, levou muitos juristas a anunciar a "crise do contrato" ou o "declínio do contrato", e até, para os mais fatalistas, a "morte do contrato". Todavia, o contrato está mais vivo do que nunca e continua sendo o grande instrumento econômico-social, tornando-se necessário, apenas, reapreciar seus princípios segundo os critérios estabelecidos por sua função social.

Com esse propósito, conduziu a política legislativa para vigorosa limitação da autonomia privada, restringindo suas quatro manifestações

⁴⁷ Cf.: MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 7ª edição, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 215/216, e ENZO ROPPO, *O Contrato*, op. cit., pp. 328/333.

⁴⁸ RICARDO LUÍS LORENZETTI descreve as mudanças legislativas, impulsionadas pelas contribuições da doutrina Argentina (*O Direito Privado...*, op. cit., p. 140): "Podemos observar que já não se trata de um favor debitoris, mas sim de um favor debilis. De modo que o princípio está ajustada às novas demandas que exige a sociedade. Por esta razão na X Jornadas Nacionales de Derecho Civil aprovou-se um documento que dizia recomendar 'a incorporação ao Código Civil, como princípio de proteção à parte mais débil, sem distinguir entre devedor ou credor'".

de liberdade, ou seja, a de celebração, de escolha do contratante, do tipo contratual e do conteúdo das cláusulas. Quanto à primeira, certas pessoas são obrigadas a contratar, como acontece no contrato de locação comercial, em que é nula cláusula que elide o direito à renovação. Em outros casos, o legislador reduz ou suprime a liberdade de escolha da parte, quando entende que deve haver predominância do interesse social, especialmente em situações de exclusividade ou monopólio. Afinal, incumbe ao Estado Social velar pelo fornecimento de bens vitais a todos os cidadãos. Quanto ao tipo contratual, é possível que seja compulsório. Por exemplo, nas relações agrárias há apenas dois tipos de contrato, arrendamento rural e parceria, sendo vedados outros. Por último, é possível limitar ou restringir o conteúdo das cláusulas do contrato, anulando disposições que visem apenas satisfazer interesses individuais, à revelia dos ditames sociais⁴⁹.

Cláudia Lima Marques enfatiza o papel das normas cogentes, em detrimento da vontade individual do contratante, sendo o Código de Defesa do Consumidor, atualmente, o maior exemplo dessa nova atribuição que a lei exerce sob o direito contratual:

"Segundo a nova visão do direito, o contrato não pode mais ser considerado somente como um campo livre e exclusivo para a vontade criadora dos indivíduos. Hoje, a função social do contrato, como instrumento basilar para o movimento das riquezas e para a realização dos legítimos interesses dos indivíduos, exige que o contrato siga um regramento legal rigoroso. A nova teoria contratual fornecerá o embasamento teórico para a edição das normas cogentes, que traçarão o novo conceito e os novos limites da autonomia da vontade, com o fim de assegurar que o contrato cumpra a sua nova função social"⁵⁰.

Consentini, professor da Universidade de Turim, citado por Darcy Bessone, esclarece que "um conceito mais justo e mais exato de liberdade, extraído das tendências sociais mais avançadas, pretende que ela não seja o capricho, nem o exercício da força individual, nem uma faculdade

⁴⁹ Cf.: PAULO LUIZ NETO LÓBO, *Dirigismo Contratual*, in: Revista de Direito Civil, vol. 52, 1990, pp. 69/72.

⁵⁰ CLÁUDIA LIMA MARQUES, *Contratos...*, op. cit., p. 118;

ilimitada de satisfazer suas próprias utilidades e de fazer do homem um espoliado, mas que, ao contrário, se subordine sempre aos interesses sociais, às relações de vida em comum, e reconheça um valor absoluto à personalidade humana”⁵¹.

Pietro Perlingieri conclui:

“Não se pode mais discorrer sobre limites de um dogma ou mesmo sobre exceções: a Constituição operou uma reviravolta qualitativa e quantitativa na ordem normativa. Os chamados limites à autonomia, colocados à tutela dos contraentes mais frágeis, não são mais externos excepcionais, mas, antes, internos, na medida em que são expressão direta do ato e de seu significado constitucional”⁵².

Portanto, o art. 421 do novo Código Civil não deixa dúvida quanto ao caráter restritivo da função social do contrato no que diz respeito ao princípio da liberdade de contratar. Não há mais a liberdade absoluta, irrestrita e ilimitada de outrora, atribuída ao exclusivo interesse do indivíduo; pelo contrário, o movimento evolutivo “*dirige-se no sentido de uma reconstrução do próprio sistema contratual orientado no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo*”⁵³.

Introduzindo, expressamente, a função social do contrato no novo Código Civil, como princípio condicionador do processo hermenêutico contratual, Miguel Reale nos explica a *mens legis*:

“...se o contrato é produto da autonomia da vontade, não quer dizer que essa vontade deva ser incontrolada: a medida de seu querer nasce de uma ambivalência, de uma correlação essencial entre o valor do indivíduo e o valor da coletividade. O contrato é um elo que, de um lado, põe o valor do indivíduo como aquele que o cria, mas, de outro lado, estabelece a sociedade como o lugar onde o contrato vai ser executado e onde vai receber uma razão de equilíbrio e de medida.

⁵¹ DARCY BESSONE DE OLIVEIRA ANDRADE, *Do Contrato...*, op. cit., p. 43.

⁵² PIETRO PERLINGIERI, *Perfis...*, op. cit., p. 280.

⁵³ ORLANDO GOMES, *Contratos*, op. cit., p. 15.

E é por esta razão que estabelecemos um artigo do Projeto de Código Civil, que me parece muito importante ter presente, no qual se declara que o contrato terá que ser analisado em razão de sua *função social*. É o princípio da socialidade governando o Direito Obrigacional. É logo o primeiro artigo, quase que um preâmbulo de todo o direito contratual”⁵⁴.

Esta nova concepção do contrato é introduzida por uma nova linguagem legislativa, denominada cláusula geral, que busca a formulação da hipótese legal mediante o emprego de conceitos cujos termos têm significados intencionalmente vagos e abertos, os chamados conceitos jurídicos indeterminados⁵⁵.

Consoante entendimento de Judith Martins Costa, trata-se de cláusula geral restritiva porque, na literal dicção do aludido art. 421 do novo Código Civil, é uma condicionante imposta ao princípio da liberdade contratual. É também regulativa, pois a função social se integra ao próprio conceito de contrato, já que a eventual restrição à liberdade contratual não pode mais ser vista como exceção a um direito absoluto. Há, portanto, um valor operativo, regulador da disciplina contratual, que deve ser utilizado não apenas na interpretação dos contratos, mas por igual, na integração e na concretização das normas contratuais particularmente consideradas. Em outras palavras, a especificidade da norma há de ser construída pelo julgador, não estando predisposta na lei⁵⁶.

A vontade individual continua sendo elemento essencial à formação dos negócios jurídicos, mas é a lei que protege e legitima o vínculo contratual, segundo a qual ele passa a ter uma função social.

Portanto, derrubado o pressuposto da autonomia da vontade, ou seja, a igualdade jurídica entre as partes, o legislador passa a intervir para estabelecer uma desigualdade de tratamento em favor do contratante mais frágil, com intenção de colocar os sujeitos em um plano de igualdade substancial de direito. Podemos concluir, então, que a função social do contrato repousa na harmonia entre a autonomia privada e a solidariedade social.

⁵⁴ MIGUEL REALE, *O Projeto...*, op. cit., p. 10.

⁵⁵ Para uma abordagem geral sobre os conceitos jurídicos indeterminados cf. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *Regras de Experiência e Conceitos Juridicamente Indeterminados*, in: *Temas de Direito Processual, Segunda Série*, São Paulo: Saraiva, 1980, pp. 61/72.

⁵⁶ JUDITH MARTINS COSTA, *O Direito Privado como um 'Sistema em Construção'*: as cláusulas gerais no Projeto do Código Civil, in *Revista dos Tribunais*, vol. 753, 1998, pp. 40/41;

4 - Conclusão

Há, pois, uma evolução, na qual, após termos abandonado conceituação do contrato como manifestação da liberdade individual absoluta, damos a ele uma nova interpretação em que prepondera, sobre a vontade individual de cada um dos contratantes, o consenso que entre eles se formou, sem que seja lícito a qualquer um tirar vantagem maior do que a racionalmente aceitável, no momento tanto da celebração do contrato como da sua execução.

Desse modo, a cláusula geral da função social do contrato, prevista no novo Código Civil, possibilitará não só uma maior proteção ao interesse social, preconizado pela Constituição, como também conseguirá captar as constantes mudanças da sociedade, inserindo-as na legislação, adaptando as leis às situações concretas das novas relações subjetivas. Não será mais necessária uma constante intervenção legislativa, pois a cláusula geral proporcionará os meios para que se alcancem as inovações.

Ao incorporar avanço da técnica legislativa, valendo-se do conceito indeterminado da função social do contrato, o novo Código Civil não só sobrepõe o interesse coletivo ao individual, mas também abre a possibilidade do Juiz adaptar a norma às situações de fato, captando constantes mudanças da sociedade. O Juiz ganha um poder-dever de intervenção inimaginável pela doutrina clássica do contrato, no sentido de realizar melhor o equilíbrio social, impedindo a exploração do fraco pelo forte, limitando a autonomia da vontade, mitigando a obrigatoriedade dos contratos e abrangendo seus efeitos, em alguns casos, em relação à coletividade e ao terceiro.

Por conseguinte, a abertura do Direito Contratual, pela preponderância de sua função social, autoriza o Juiz a interpretar o contrato de forma a favorecer a coletividade e não mais as posições individuais das partes, adaptando a legislação às mudanças sociais. Mas essa interpretação não é arbitrária, e sim vinculada, eis que os elementos que preenchem o significado da função social do contrato são aqueles determinados pela Constituição Federal, que, como nós vimos, estão voltados para valores não patrimoniais, protegendo a dignidade da pessoa humana, a igualdade substancial e a solidariedade social.

A Cessão de Direitos Hereditários no Novo Código Civil

Luciano Vianna Araújo*

O novo Código Civil versou, expressamente, sobre a cessão de direitos hereditários, ao contrário do Código de 1916 que não continha normas específicas sobre esse instituto. Aplicavam-se, então, por analogia, os princípios gerais dos contratos de compra e venda, de doação e de cessão de crédito.

Neste escrito, faz-se uma análise do instituto da cessão de direitos hereditários e das respectivas regras do novo Código Civil, comparando-as com o sistema anterior e com a legislação estrangeira.

Para a melhor compreensão desse instituto, não se pode esquecer a advertência de ITABAIANA DE OLIVEIRA¹ no sentido de que “a cessão tem por objeto uma universalidade de direito, isto é, um conjunto de bens que formam uma só massa e não uma série de bens individualmente determinados”. Somente a partir dessa premissa, deve-se interpretar as normas jurídicas a respeito da cessão de direitos hereditários.

A cessão de direitos hereditários dá-se de maneira onerosa ou gratuita. No primeiro caso, assemelha-se à compra e venda e no segundo, à doação.

A cessão de direitos hereditários importa no recolhimento do imposto de transmissão, por ato *inter vivos*, além do imposto pela transmissão *causa mortis*².

* Advogado e Professor da PUC-Rio.

¹ *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, 4 ed., Max Limonad, São Paulo, 1952, p. 100.

² MÁRIO ROBERTO CARVALHO DE FARIA, *Direito das Sucessões. Teoria e Prática*, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 108.

Com a cessão de direitos hereditários não se transfere a qualidade de herdeiro, a qual, aliás, é intransmissível, apenas e tão somente os direitos que couberem ao cedente quando da partilha.

Não se pode realizar a cessão de direitos hereditários nem antes da abertura da sucessão³ por ser vedado negócio jurídico sobre herança de pessoa viva (art. 426 do novo Código Civil), nem depois da partilha, pois, neste último caso, faz-se transferência de coisa certa e determinada, já pertencente ao patrimônio do herdeiro.

Diga-se, também, que se configura legítima a participação do cessionário dos direitos, na partilha amigável, em processo de inventário pelo rito do arrolamento sumário⁴.

O co-herdeiro possui apenas uma quota parte do acervo hereditário. Logo, não pode dispor de coisa certa e determinada do espólio. Isso porque somente a partilha judicial individualiza e materializa os bens que pertencem a cada herdeiro, extinguindo o estado de comunhão. Por isso, utiliza-se a cessão, forma típica de transmissão de direitos, por ato *inter vivos*.

WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO⁵ e ORLANDO GOMES⁶ analisam, com detalhes, as duas correntes doutrinárias, existentes antes do advento do novo Código Civil, a respeito da possibilidade (ou não) do co-herdeiro transmitir, por cessão de direitos, coisa individualizada da herança.

O cedente não se obriga, em princípio, pela qualidade e/ou quantidade dos bens hereditários, nem pelos riscos da evicção. Trata-se de contrato aleatório. O cedente garante, apenas, a qualidade de herdeiro. Restituirá, assim, o preço e as despesas do negócio jurídico, se for excluído da sucessão⁷. Isso porque o cedente não transferiu coisa determinada do espólio. Nada impede, todavia, que o cedente assuma, no contrato de cessão de direitos hereditários, a responsabilidade pela existência de

³ Não se exige a propositura do processo de inventário, mas sim a abertura da sucessão, conforme CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, vol. VI, 6 ed., Forense, Rio de Janeiro, 1991, p. 273.

⁴ PAULO CEZAR PINHEIRO CARNEIRO, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. IX, tomo I, Forense, Rio de Janeiro, 2001, p. 254.

⁵ *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*, 27ª ed., Saraiva, São Paulo, 1991, p. 41.

⁶ *Sucessões*, 7 ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 245.

⁷ ORLANDO GOMES, *Sucessões*, 7 ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 1988, p. 248.

determinados bens no acervo hereditário, conforme lição de LACERDA DE ALMEIDA⁸.

No Livro V (Do Direito das Sucessões), no Título I (Da Sucessão em Geral), no Capítulo I (Disposições Gerais), em 3 (três) artigos (1793, 1794 e 1795), o novo Código Civil tratou desse instituto.

O *caput* do art. 1793 do novo Código Civil autoriza a cessão dos direitos hereditários, bem como estipula a forma (instrumento público):

Art. 1793. O direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública.

Logo, pode ser objeto de cessão tanto a herança toda quanto apenas um quinhão hereditário. Por outro lado, a regra jurídica exige a escritura pública como forma do ato.

Antes do novo Código Civil, parte da doutrina admitia a cessão dos direitos hereditários por instrumento particular⁹. No entanto, uma vez que o direito à sucessão aberta constitui bem imóvel (art. 44, inciso III, do Código Civil de 1916), imperiosa já se fazia a escritura pública, conforme o art. 134, inciso II, do Código Civil de 1916¹⁰.

Segundo o Código Civil português (art. 2126, n. 1 e 2), a escritura pública é exigida apenas se existirem bens cuja disposição prescreva esta forma. Caso contrário, admite-se o documento particular:

Art. 2126. (forma)

1. Alienação da herança ou de quinhão hereditário será feita por escritura pública, se existirem bens cuja alienação deva ser feita por essa forma.
2. Fora do caso previsto no número anterior, a alienação deve constar de documento particular.

O Código Civil espanhol, sem qualquer distinção (como o brasileiro), impõe o instrumento público como forma do negócio jurídico de transferência ou renúncia dos direitos hereditários, segundo o art. 1.280, n. 5:

⁸ *Sucessões*, Livraria Cruz Coutinho, Rio de Janeiro, 1915, p. 182.

⁹ SEBASTIÃO AMORIM e EUCLIDES DE OLIVEIRA, *Inventários e Partilhas. Teoria e Prática*, 9 ed., LEUD Editora, São Paulo, 1995, p. 210.

¹⁰ WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*, cit., p. 40; e ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 248.

Art. 1280. Deberán constar en documento público:

(...)

5. *La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de los de la sociedad conyugal.*

Conforme o parágrafo 1º do art. 1793, os direitos atribuídos posteriormente – ao herdeiro cedente, por força de substituição (art. 1947 a 1960 do novo Código Civil) ou do direito de acrescer (art. 1942 a 1946 do novo Código Civil), presumem-se não incluídos na cessão realizada:

Art. 1793. (...)

§ 1º. “Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente”.

LACERDA DE ALMEIDA¹¹ e ITABAIANA DE OLIVEIRA¹² já sustentavam que não se considerava incluída na cessão de direitos hereditários anterior os bens havidos posteriormente pela substituição.

De acordo com o parágrafo 1º do art. 1793 do novo Código Civil, podem as partes (cedente e cessionário) estipular, na escritura pública, que, se porventura sobrevier algum outro direito ao cedente, seja por substituição seja pelo direito de acrescer, este caberá ao cessionário. A norma prevê, em princípio, uma presunção relativa, para a hipótese das partes não disporem de maneira diversa.

Anote-se, entretanto, que, no regime civil anterior, ORLANDO GOMES¹³ defendia a indisponibilidade do direito de acrescer, “por ser posição do herdeiro, não transmitida pelo *de cuius*”.

O Código Civil português possui, em seu artigo 2125, n. 2, norma análoga:

Art. 2125. (objecto)

(...)

2. A parte hereditária devolvida ao alienante, depois da alienação, em consequência de fideicomisso ou do direito de acrescer, presume-se excluída da disposição.

Por seu turno, o § 2º do art. 1793 declara a ineficácia da cessão, por um dos herdeiros, do seu direito sobre bem determinado da herança:

Art. 1793. (...)

§ 2º. É ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente.

Como dito, antes da partilha, a herança constitui uma universalidade, não podendo um dos co-herdeiros ceder os direitos hereditários sobre um bem específico, na medida em que ainda não possui a titularidade exclusiva do bem.

Poder-se-ia caracterizar como venda de coisa alheia a transferência, por herdeiro, antes da partilha, de bem determinado do acervo hereditário. Dessa forma, a venda se convalidaria caso o herdeiro adquirisse, quando da partilha, a coisa alienada, segundo ensinamento de JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO¹⁴.

Nesse contexto, não se pode concordar com o projeto de lei nº 7.312, de 7 de novembro de 2002, do Exmo. Sr. Deputado Ricardo Fiúza, que pretende suprimir o § 2º do art. 1793 do novo Código Civil, sob a assertiva de que o dispositivo legal “estabelece indevida restrição ao direito de propriedade não prevista na legislação civil pátria, discriminando o direito hereditário em relação a outros direitos de mesma natureza jurídica”.

Não se nega, aqui, o fato de que, rotineiramente, se celebra, pelo país afora, cessão de direitos hereditários, concernente a bem específico do espólio.

Todavia, o § 2º do art. 1793 impede, justamente, a cessão de coisa determinada por quem possui apenas direito à uma quota parte do acervo

¹¹ *Sucessões*, cit., p 184-185.

¹² *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, 4 ed., Max Limonad, São Paulo, 1952, p. 102.

¹³ *Sucessões*, cit., p. 247.

¹⁴ *Direito Civil. Sucessões*, 4ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 1989, p. 535.

hereditário. Repita-se que somente com a partilha se individualizam e materializam os bens que pertencem a cada um dos herdeiros.

Aliás, na prática, a fim de conciliar o rigor técnico e os seus interesses comerciais, os herdeiros celebram, por escritura pública, a cessão de direitos hereditários (quota ideal da herança), obrigando-se e comprometendo-se a, no momento da deliberação da partilha (art. 1022 do CPC), atribuir ao cessionário o bem específico que ele pretende haver na herança.

O § 3º do art. 1793 declara também a ineficácia da disposição, sem prévia autorização judicial, dos bens hereditários:

Art. 1793. (...)

§ 3º. Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade.

Observe-se que, no § 2º, o legislador abordou a cessão de direitos hereditários, enquanto, no § 3º do art. 1793 do novo Código Civil, versou sobre a disposição (geralmente, compra e venda) de bem objeto de herança.

A compra e venda de bem hereditário opera-se mediante alvará judicial, requerido e deferido no processo de inventário e partilha dos bens. Neste caso, dá-se a venda propriamente dita de uma coisa certa e determinada, que deixa de pertencer ao acervo hereditário.

Em seguida, o art. 1794 do novo Código Civil assegura o direito de preferência do co-herdeiro:

Art. 1794. O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto.

Ao conferir o direito de preferência ao co-herdeiro, o novo Código Civil encerrou árdua discussão doutrinária e jurisprudencial, a respeito da existência desse direito. WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO¹⁵ e ULDERICO PIRES DOS SANTOS¹⁶ relatam essa

¹⁵ *Curso de Direito Civil. Direito das Sucessões*, 27ª ed., Saraiva, São Paulo, 1991, p. 41.

¹⁶ *Sucessão Hereditária*, Forense, Rio de Janeiro, 2000, p. 6.

polêmica, com referências aos doutrinadores e às teses adotadas por cada um.

O Supremo Tribunal Federal não admitia o direito de preferência do co-herdeiro, por entender transitória a indivisibilidade da herança, fruto, aliás, da lei.¹⁷

Desde a Constituição de 1988, coube ao Superior Tribunal de Justiça julgar a matéria (lei federal), sendo certo que, a partir de então, a jurisprudência inclinou-se pelo reconhecimento do direito de preferência.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça votou, sempre, no sentido de se reconhecer o direito de preferência, em virtude da indivisibilidade do direito à herança, com base no art. 1139 c/c 1580 ambos do Código Civil de 1916, pouco importando se o bem objeto da cessão era divisível.

Em que pese a controvérsia existente no tema, merece ser prestigiado o entendimento segundo o qual a venda e a cessão de direitos hereditários, em se tratando de bem indivisível, se subordinam à regra do art. 1.139 do Código Civil, que reclama seja dada preferência ao condômino co-herdeiro.¹⁸

Em outra decisão, entendeu-se que

Os co-herdeiros, antes de ultimada a partilha, exercem compropriedade sobre os bens que integram o acervo hereditário pro indiviso, sendo exigível, daquele que pretenda ceder ou alhear seu(s) quinhão(ões), conferir aos demais oportunidade para o exercício de preferência na aquisição, nos moldes do art. 1.139, C.C.

Tal exigência é de inafastável aplicabilidade a todos os casos de cessão de direitos hereditários, de alienação de fração ou cota ideal da herança indivisa, não se havendo que excepcionar situações casuísticas (como, por exemplo, a de serem divisíveis os bens que a integrem), tendo em vista as vicissitudes próprias do processo de inventário, que podem conduzir a imprevísíveis perplexidades e inconvenientes.¹⁹

¹⁷ Ver Revista Trimestral de Jurisprudência vol. 33/840, vol. 60/138 e vol. 99/1302.

¹⁸ RESP 4.180/SP, julg. em 15 de abril de 1991, votaram os Ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, BARROS MONTEIRO, ATHOS CARNEIRO e FONTES DE ALENCAR, por unanimidade.

¹⁹ RESP 50.226-8/BA, julg. em 23 de agosto de 1994, votaram os Ministros SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, BARROS MONTEIRO, RUY ROSADO DE AGUIAR e FONTES DE ALENCAR, por unanimidade.

Por sua vez, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça acompanhou, *no início*, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, negando o direito de preferência aos co-herdeiros:

DIREITOS HEREDITÁRIOS. CESSÃO. CO-HERDEIRO. A regra do art. 1.139 do Código Civil aplica-se aos bens natural ou economicamente indivisíveis. Não se justifica sua incidência tratando-se de indivisibilidade eventual e transitória como a imposta ao direito hereditário.²⁰

Ou ainda:

A jurisprudência, inclusive a do Pretório Excelso, firmou entendimento, em harmonia com a doutrina, no sentido de que, *na herança ainda não partilhada, descabe ao co-herdeiro pedir preferência*, assegurada ao condômino de coisa indivisível. Assim, a cessão de direito avançada por herdeiros é legítima, mormente quando sobre quinhão divisível.²¹

Todavia, em 3 de outubro de 1995, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, acompanhando a Quarta Turma, pelo reconhecimento do direito de preferência dos co-herdeiros, afastando-se da posição do Supremo Tribunal Federal:

CIVIL. CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS. ART. 1.139 DO C.C. O direito de prelação é aplicável nos casos de cessão de direitos hereditários.²²

Não se localizou nenhum acórdão do Supremo Tribunal Federal, posterior a Constituição de 1988, em que tenha sido, novamente, debatida a questão do direito de preferência, agora com base em algum fundamento constitucional.

²⁰ RESP 7.525/SP, julg. em 7 de maio de 1991, votaram os Ministros EDUARDO RIBEIRO, DIAS TRINDADE, WALDEMAR ZVEITER e NILSON NAVES, divergindo do Relator Min. CLÁUDIO SANTOS. Grifou-se.

²¹ RESP 20.446-3/CE, julg. em 26 de maio de 1992, votaram os Ministros WALDEMAR ZVEITER, NILSON NAVES, EDUARDO RIBEIRO e DIAS TRINDADE, por unanimidade. Grifou-se.

²² RESP 33.176-0, por unanimidade, votaram os Ministros CLÁUDIO SANTOS, COSTA LEITE, NILSON NAVES, EDUARDO RIBEIRO e WALDEMAR ZVEITER, em 3 de outubro de 1995.

Da leitura do art. 1794 do novo Código Civil, verifica-se que, se a cessão for para outro co-herdeiro, não se faz necessário conceder aos demais o direito de preferência.

Caso não seja oferecido o direito de preferência ao co-herdeiro, ele poderá, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, haver para si o quinhão cedido, depositando o preço, conforme o art. 1795 do novo Código Civil:

Art. 1795. O co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositado o valor, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a transmissão.

Registre-se que o art. 1795 do novo Código Civil reforça a ilação anterior no sentido de que, se a cessão for para co-herdeiro, não há que se falar em direito de preferência, pois este artigo menciona, textualmente, "a quota cedida a estranhos".

Segundo o art. 1795, o co-herdeiro deve pleitear, até 180 (cento e oitenta) dias após a transmissão, o seu direito de preferência, depositando o preço.

A lei fixa como início do prazo a transferência que, no caso, coincide com a própria celebração do negócio jurídico, por instrumento público, independente de qualquer registro, conforme leciona CARVALHO SANTOS²³. Afirma-se, inclusive, ser inexecúvel o registro do instrumento de cessão de direitos hereditários, por absoluta ausência de previsão na Lei dos Registros Públicos, nos termos do ensinamento de SEBASTIÃO AMORIM e EUCLIDES DE OLIVEIRA²⁴.

Ora, pode ser que o co-herdeiro só tome ciência da transmissão depois de 180 (cento e oitenta) dias da data da cessão de direitos hereditários. Aliás, a prevalecer tal entendimento (data da transmissão), tornar-se-á muito fácil burlar o direito de preferência: basta que o cessionário apresente, nos autos do processo de inventário, o instrumento público de cessão após 180 (cento e oitenta) dias contados da sua lavratura. Melhor

²³ Código Civil Brasileiro Interpretado, 7ª edição, Livraria Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1958, p. 24, citando, inclusive, FILADELFO AZEVEDO.

²⁴ Inventários e Partilhas - Teoria e Prática, 9 ed., LEUD Editora, São Paulo, 1995, p. 213. Adite-se, também, a lição de ORLANDO GOMES, *Sucessões*, cit., p. 248.

será interpretar que o prazo conta-se, na verdade, a partir da ciência do ato.
O Código Civil português dispõe, em seu art. 2130, sobre o direito de preferência do co-herdeiro:

Art. 2130. (direito de preferência)

1. Quando seja vendido ou dado em cumprimento a estranhos um quinhão hereditário, os co-herdeiros gozam do direito de preferência nos termos em que este direito assiste aos proprietários.

2. O prazo, porém, para o exercício do direito, havendo comunicação para a preferência, é de dois meses.

O ordenamento português reconhece, também, o direito de preferência (art. 2130, n. 1), determinando sejam aplicadas as mesmas regras para o exercício desse direito na co-propriedade (art. 1409 do Código Civil português). Registre-se que, no sistema português, conta-se o prazo “da data em que teve conhecimento dos elementos essenciais da alienação”.

O art. 2130, n. 2, do Código Civil português reduz, apenas, o prazo, para o exercício da preferência, no caso de sucessão, para 2 (dois) meses, pois, em se tratando de co-propriedade, o prazo é de 6 (seis) meses, isto é, 180 (cento e oitenta) dias.

O Código Civil espanhol assegura, igualmente, o direito de preferência aos co-herdeiros:

Art. 1.067. Si alguno de los herederos vendiere a un extraño su derecho hereditario, antes de la partición, podrán todos o cualquiera de los coherederos subrogarse en lugar del comprador, reembolsándole el precio de la compra, con tal que lo verifiquen en el término de un mes, a contar desde que esto se les haga saber.

O sistema espanhol reduziu, ainda mais, o prazo para o exercício do direito de preferência, fixando-o em 1 (um) mês.

Por fim, o parágrafo único do art. 1795 do novo Código Civil versa sobre a hipótese de vários herdeiros exercerem o direito de preferência:

Art. 1795. (...)

Parágrafo único. Sendo vários o co-herdeiros a exercer a preferência, entre eles se distribuirá o quinhão vendido, na proporção das respectivas quotas hereditárias.

Com o intuito de manter a mesma paridade, a norma legal determina que o quinhão cedido seja atribuído aos co-herdeiros, que exercerem a preferência, na medida exata das suas participações na herança.

Da mesma forma, no Código Civil português, havendo mais de um interessado na aquisição dos direitos hereditários, divide-se na proporção de suas quotas, conforme o art. 1409, n. 3, c/c o art. 2130 ambos do ordenamento civil lusitano.

Registre-se que o Código Civil português possui outras normas jurídicas (art. 2127 - alienação de coisa alheia; art. 2128 - sucessão nos encargos; art. 2129 - indenizações), a respeito da cessão dos direitos hereditários, cuja inserção, em nosso ordenamento jurídico, evitaria futuras discussões doutrinárias e jurisprudenciais, servindo para dirimir potenciais conflitos de interesses.

Por essas razões, ao invés de suprimir – ao nosso ver, equivocadamente – o parágrafo 2º do art. 1793 do novo Código Civil, como previsto no projeto de lei nº. 7.312, de 7 de novembro de 2002, melhor seria, mediante a inclusão de novos parágrafos, tratar de outras questões atinentes à cessão de direitos hereditários, como as existentes no Código Civil português acima mencionadas.

As Sociedades e o Novo Código Civil¹: Uma Primeira Abordagem do Tema

Pedro Paulo Cristófaros*

1. O novo Código Civil opera mudança substancial na dicotomia que prevaleceu no Direito Brasileiro na vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916. O Código Civil de 1916 arrola entre as pessoas jurídicas de direito privado (artigo 16) as sociedades civis (inciso I) e as sociedades comerciais (inciso II). O parágrafo 1º do mesmo artigo 16 diz que *"as sociedades mencionadas no nº I... reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial"*. E o parágrafo 2º estabelece que *"as sociedades mercantis continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais"*.

2. Já o Código Comercial, no Título XV da Parte Primeira (Do Comércio em Geral), regula as companhias e sociedades comerciais, estabelecendo no Capítulo III normas que regulam tais sociedades. Essa divisão das sociedades em civis e comerciais é fundamental por três motivos:

(i) iniciando-se a personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos no seu registro peculiar (Código Civil de 1916, art. 18), as sociedades civis devem registrar-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas

¹ Este artigo é redigido quando ainda vigora o Código Civil de 1916. Para facilitar o leitor referem-se os dois códigos como *Código Civil de 1916 e Novo Código Civil*.

* Advogado. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Diretor Jurídico da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas.

(Código Civil, artigo 16, par. 1º); já as sociedades comerciais que, mesmo após o advento do Código Civil de 1916, continuaram a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais (Código Civil de 1916, artigo 16, par. 2º), registram-se no Registro do Comércio, hoje Registro Público de Empresas Mercantis (Código Comercial, artigo 301);

(ii) só as sociedades comerciais sujeitam-se à falência e podem beneficiar-se da concordata, de acordo com o Decreto-lei 7661 de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências); e

(iii) sendo as sociedades comerciais *"comerciantes"*, os contratos e obrigações em que elas são parte sujeitam-se às normas do Título V da Parte Primeira do Código Comercial (artigos 121 e seguintes), na forma que esses dispositivos estabelecem²; assim os contratos e obrigações *"comercializados"* pela presença, na relação jurídica, de comerciantes, pessoas naturais ou sociedades mercantis, submetem-se a algumas normas específicas que o Código Comercial dispõe, propiciando tratamento diverso do atribuído pelo Código Civil de 1916³.

² Sobre a matéria, veja-se texto primoroso de Fábio Konder Comparato, no qual, com rara percuciência clareia a tormentosa e inútil questão dos 'atos de comércio', 'problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência', na frase sempre citada de Brasília Machado. Ressalto o seguinte trecho: "Não há, no Código Comercial, uma definição geral do que deva ser considerado contrato mercantil. No entanto, a respeito de vários contratos em particular, há normas definidoras de um critério distintivo específico. É o que ocorre quanto ao mandato (art. 140), à comissão (art. 165), à compra e venda (art. 191, segunda parte, considerando-se o escambo ou troca como uma dupla venda, - art. 221), à fiança (art. 256) e ao depósito (art. 280). Onde não existe a indicação desse critério distintivo - como na locação e no mútuo - deve-se admitir que a comercialidade do contrato resulta de sua inserção no fluxo da atividade empresarial ou mercancia" ("A Cessão de Controle Acionário e Negócio Mercantil?", *in* Revista de Direito Mercantil, vol 37, pgs 113 e seguintes).

Exemplifique-se com o mandato, que é mercantil quando "um comerciante confia a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis (Código Comercial, artigo 140). No silêncio do contrato, o mandato civil é gratuito, salvo se o objeto do mandato for daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa (Código Civil de 1916, art. 1290, parágrafo único); já quanto ao mandato mercantil, na falta de ajuste expresso, o mandatário faz sempre *ius* à remuneração, independentemente de o objeto do mandato se inserir na atividade profissional por ele exercida (Cód. Comercial, artigo 154). Outro ponto importante de divergência de tratamento entre os contratos civis e comerciais é o da mora. A mora civil é a mora *ex re* que opera independentemente de interpelação (Cód. Civil de 1916, art. 960). Já a mora nas obrigações comerciais é, salvo estipulação em contrário, a mora *ex persona*, que depende de notificação ao devedor (Código Comercial artigos 138 e 205, o primeiro deles aplicável às obrigações comerciais em geral e o último às derivadas do contrato de compra e venda).

As Sociedades e o Novo Código Civil¹: Uma Primeira Abordagem do Tema

Pedro Paulo Cristóforo*

1. O novo Código Civil opera mudança substancial na dicotomia que prevaleceu no Direito Brasileiro na vigência do Código Comercial de 1850 e do Código Civil de 1916. O Código Civil de 1916 arrola entre as pessoas jurídicas de direito privado (artigo 16) as sociedades civis (inciso I) e as sociedades comerciais (inciso II). O parágrafo 1º do mesmo artigo 16 diz que *“as sociedades mencionadas no nº I ... reger-se-ão pelo disposto a seu respeito neste Código, Parte Especial”*. E o parágrafo 2º estabelece que *“as sociedades mercantís continuarão a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais”*.

2. Já o Código Comercial, no Título XV da Parte Primeira (Do Comércio em Geral), regula as companhias e sociedades comerciais, estabelecendo no Capítulo III normas que regulam tais sociedades. Essa divisão das sociedades em civis e comerciais é fundamental por três motivos:

(i) iniciando-se a personalidade jurídica com a inscrição de seus atos constitutivos no seu registro peculiar (Código Civil de 1916, art. 18), as sociedades civis devem registrar-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas

¹ Este artigo é redigido quando ainda vigora o Código Civil de 1916. Para facilitar o leitor referem-se os dois códigos como *Código Civil de 1916* e *Novo Código Civil*.

* Advogado. Professor de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Diretor Jurídico da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Fundação Getúlio Vargas.

(Código Civil, artigo 16, par. 1º); já as sociedades comerciais que, mesmo após o advento do Código Civil de 1916, continuaram a reger-se pelo estatuído nas leis comerciais (Código Civil de 1916, artigo 16, par. 2º), registram-se no Registro do Comércio, hoje Registro Público de Empresas Mercantis (Código Comercial, artigo 301);

(ii) só as sociedades comerciais sujeitam-se à falência e podem beneficiar-se da concordata, de acordo com o Decreto-lei 7661 de 21 de junho de 1945 (Lei de Falências); e

(iii) sendo as sociedades comerciais *“comerciantes”*, os contratos e obrigações em que elas são parte sujeitam-se às normas do Título V da Parte Primeira do Código Comercial (artigos 121 e seguintes), na forma que esses dispositivos estabelecem²; assim os contratos e obrigações *“comercializados”* pela presença, na relação jurídica, de comerciantes, pessoas naturais ou sociedades mercantis, submetem-se a algumas normas específicas que o Código Comercial dispõe, propiciando tratamento diverso do atribuído pelo Código Civil de 1916³.

² Sobre a matéria, veja-se texto primoroso de Fábio Konder Comparato, no qual, com rara percuciência clareia a tormentosa e inútil questão dos ‘atos de comércio’, ‘problema insolúvel para a doutrina, martírio para o legislador, enigma para a jurisprudência’, na frase sempre citada de Brasília Machado. Ressalto o seguinte trecho: “Não há, no Código Comercial, uma definição geral do que deva ser considerado contrato mercantil. No entanto, a respeito de vários contratos em particular, há normas definidoras de um critério distintivo específico. É o que ocorre quanto ao mandato (art. 140), à comissão (art. 165), à compra e venda (art. 191, segunda parte, considerando-se o escambo ou troca como uma dupla venda, - art. 221), à fiança (art. 256) e ao depósito (art. 280). Onde não existe a indicação desse critério distintivo - como na locação e no mútuo - deve-se admitir que a comercialidade do contrato resulta de sua inserção no fluxo da atividade empresarial ou mercancia” (“A Cessão de Controle Acionário é Negócio Mercantil?”, in Revista de Direito Mercantil, vol 37, pgs 113 e seguintes).

Exemplifique-se com o mandato, que é mercantil quando “um comerciante confia a outrem a gestão de um ou mais negócios mercantis (Código Comercial, artigo 140). No silêncio do contrato, o mandato civil é gratuito, salvo se o objeto do mandato for daqueles que o mandatário trata por ofício ou profissão lucrativa (Código Civil de 1916, art. 1290, parágrafo único); já quanto ao mandato mercantil, na falta de ajuste expresso, o mandatário faz sempre *ius* à remuneração, independentemente de o objeto do mandato se inserir na atividade profissional por ele exercida (Cód. Comercial, artigo 154). Outro ponto importante de divergência de tratamento entre os contratos civis e comerciais é o da mora. A mora civil é a mora *ex re* que opera independentemente de interpelação (Cód. Civil de 1916, art. 960). Já a mora nas obrigações comerciais é, salvo estipulação em contrário, a mora *ex persona*, que depende de notificação ao devedor (Código Comercial artigos 138 e 205, o primeiro deles aplicável às obrigações comerciais em geral e o último às derivadas do contrato de compra e venda).

3. A distinção entre as sociedades civis e as sociedades comerciais faz-se pelo objeto social. Se o objeto for civil, será civil a sociedade; se mercantil, será ela comercial. Excetuam-se as sociedades por ações (anônimas e em comandita por ações) que, por força de expressa disposição da lei, são mercantis (Lei 6404 de 15.12.1976, artigo 2º, parágrafo.1º). O objeto da sociedade é mercantil quando é considerado comércio do ponto de vista jurídico.

4. O comércio, no conceito jurídico, abarca hoje toda a atividade econômica, com a exclusão de três setores: (i) a agricultura, (ii) a prestação de serviços e (iii) a atividade imobiliária. Esse entendimento, que tem raízes na formação histórica do Direito Comercial, cristalizou-se à vista do disposto no artigo 4º do Código Comercial e do artigo 19 do Regulamento 737, de 25. 11. 1850⁴.

5. Com a entrada em vigor do Novo Código Civil muda radicalmente esse quadro. Por força do disposto no seu artigo 2045 ficam revogados o Código Civil de 1916 e a Primeira Parte do Código Comercial de 1850. A partir da vigência do Novo Código Civil, não haverá mais que falar, do ponto de vista jurídico, em contratos e obrigações civis e contratos e obrigações comerciais, em sociedades civis e sociedades comerciais. As obrigações e os contratos virão regulados no Livro I da

⁴ Estabelece o artigo 4º do Código Comercial:

"Artigo 4º - Ninguém é reputado comerciante para efeito de gozar da proteção que este Código liberaliza em favor do comércio, sem que se tenha matriculado em algum dos Tribunais do Comércio e faça da mercancia profissão habitual (artigo 9º)."

Considerando-se como presunção relativa de início da mercancia o registro nos Tribunais do Comércio (hoje Juntas Comerciais), tendo em vista os termos do artigo 9º do Código Comercial, consagrou-se a definição pacífica de que comerciante (pessoa natural) é aquele que faz da mercancia profissão habitual. Será sociedade comercial, a que tenha por objeto a mercancia.

O artigo 19 do Decreto 737 de 25 de novembro de 1850 reza:

Art. 19. Considera-se mercancia:

par. 1º - A compra e venda ou troca de efeitos móveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma espécie ou manufaturados, ou para alugar o seu uso;

par. 2º - As operações de câmbio, banco ou corretagem;

par. 3º - As empresas de fábricas, de comissões, de depósito, de expedição, consignação e transporte de mercadorias; de espetáculos públicos;

par. 4º - Os seguros, fretamentos, riscos, e quaisquer contratos relativos ao comércio marítimo;

par. 5º - A armação e expedição de navios".

Essa enumeração, embora, no entender da doutrina e da jurisprudência, não seja taxativa, deixa de fora os três setores da atividade econômica que não constituem atividade comercial, a agricultura, a prestação de serviços e a atividade imobiliária.

Parte Especial do Novo Código Civil; as sociedades no Livro II (Do Direito de Empresa).

6. Cumpre desde logo uma observação. Sociedade é um contrato que tem característica singular: dele nasce (após o respectivo registro) uma pessoa jurídica, também denominada de sociedade. O aspecto contratual das sociedades continua a prevalecer no Novo Código Civil, ressaltado no primeiro artigo do Título II ("Da Sociedade") do Livro III ("Do Direito de Empresa")⁵. No entanto, não é sem significado a colocação topográfica das sociedades no capítulo do Direito de Empresa. É que, nos dias atuais, prepondera a importância da sociedade, pessoa jurídica, sobre o aspecto contratual do ato que resulta em sua constituição. É o reflexo do que sucedeu com a sociedade anônima - e que certamente já começa a se espraiar pelas demais sociedades empresárias - cujo caráter institucional prepondera (digo prepondera, não elimina) sobre as características contratuais.

7. A dicotomia "sociedades civis/sociedades comerciais" não mais subsistirá com a vigência do Novo Código Civil. A dicotomia será agora outra: "sociedades empresárias/sociedades simples". As sociedades empresárias não se confundem porém com as sociedades comerciais do Código Comercial de 1916. Também as sociedades simples não são as sociedades civis do Código Civil hoje vigente.

8. Dispõe o artigo 982 do Novo Código Civil:

"Art. 982. Salvo as exceções expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício da atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e simples as demais.

Parágrafo único. Independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações e simples a cooperativa".

⁵ Novo Código Civil, artigo 981:

"Artigo 981-Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados".

A definição é mais precisa do que a do Código Civil de 1916, em seu artigo 1363 ("Celebram contrato de sociedade as pessoas que mutuamente se obrigam a combinar recursos e esforços para lograr fim comum"). Literalmente cabem nessa definição as associações para fins não econômicos. No entanto, a boa doutrina sempre distinguiu entre as associações (cujo objeto são atividades não econômicas, tais como as artísticas, científicas, literárias e esportivas) e as sociedades (cujo objeto é atividade econômica que deve produzir resultados a ser partilhado entre os sócios).

A atividade própria de empresário, de produção ou circulação de bens ou serviços, é a empresa⁶, como se depreende do artigo 966 do Novo Código Civil:

“Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens e serviços”.

Será assim sociedade empresária a que tem por objeto a atividade de produção e circulação de bens e serviços. Por exclusão, serão simples as demais sociedades. As sociedades por ações (anônima e em comandita por ações) serão sempre empresárias, por força do disposto expressamente no parágrafo único do artigo 982 do Novo Código Civil e ainda do artigo 2º, parágrafo 1º da Lei 6404 de 15.12.1976. Este último dispositivo legal, que se aplica também às sociedades em comandita por ações *ex vi* da regra do artigo 280 da citada Lei 6404, estabelece que a sociedade anônima tem necessariamente por objeto *“qualquer empresa de fins lucrativos, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes”*.

9. A conceituação de empresário, e por conseguinte a de sociedade empresária, no Novo Código Civil enseja dúvidas e perplexidades. A primeira delas decorre dos termos do Parágrafo único do artigo 966:

“Parágrafo único - Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa”.

Não é assim empresário quem exerce profissionalmente trabalho intelectual, de natureza científica, literária ou artística de que resulte a

⁶ O conceito jurídico de empresa como *atividade* - e não como uma *organização dos fatores de produção (capital e trabalho)*, visão que do fenômeno tem a economia, - é aceito pela doutrina mais moderna, como enfatiza o acatado Rodrigo Uría, catedrático de Direito Mercantil da Universidade de Madri: *“La doctrina mercantil más reciente, al contemplar desde el ángulo jurídico la totalidad del fenómeno ‘empresa’ como unidad económica orgánica, comenzó a separar el aspecto subjetivo del aspecto objetivo de ese fenómeno; empezó a distinguir entre la actividad del sujeto organizador y el conjunto de medios instrumentales (reales o personales) por él organizados para el servicio de esa actividad, centrando la idea de empresa sobre el primer aspecto, y la idea distinta de establecimiento, ‘negocio’, ‘hacienda’ o ‘casa comercial’, sobre el segundo. Con lo que gana carta de naturaleza a través de esa separación la concepción jurídica de la empresa como pura forma o modo de actividad”* (Rodrigo Uría, “Derecho Mercantil”, 23ª edição, Madri, 1996, pgs 39/40).

produção ou a distribuição de bens e serviços, ainda que empregue o trabalho de terceiros. Até aí o entendimento do dispositivo não apresenta maior dificuldade. Não são empresários o advogado, o médico, o contador, o escritor, ainda que contem, no exercício da atividade, com a colaboração de terceiros. As sociedades de advogados, de médicos, de engenheiros e de outros prestadores de serviços que demandem primordialmente conhecimentos científicos, literários ou artísticos não são sociedades empresárias. Há, no entanto uma exceção. Serão empresários aqueles que exerçam profissão intelectual com o concurso de auxiliares ou colaboradores quando o exercício dessa atividade intelectual constituir “elemento de empresa”.

10. O conceito de *“elemento de empresa”* não parece defluir da lei. Fábio Ulhoa Coelho, dos primeiros autores a enfrentar a questão, diz, referindo-se ao parágrafo único do artigo 966 do Novo Código Civil:

“Esse dispositivo alcança grosso modo o chamado profissional liberal (advogado, dentista, médico, engenheiro, etc.), que apenas se submete ao regime geral da atividade econômica se inserir a sua atividade específica numa organização empresarial (na linguagem normativa, se for ‘elemento de empresa’). Caso contrário, mesmo que empregue terceiros, permanecerá sujeito ao regime próprio de sua categoria profissional”.

11. *Data venia*, o festejado autor, cuja visão moderna do Direito Mercantil empresta a seus trabalhos inegáveis méritos e importância, parece apenas estar trocando uma obscuridade por outra. Pouco clareia a questão substituir o conceito de *“elemento de empresa”* pelo de *“inserção da atividade em uma organização empresarial”*. Conforta a quem não consegue ver com clareza o que quer dizer o parágrafo único do artigo 966 em comentário o fato de tão percuciente autor não ter podido desvendar-lhe o significado preciso.

12. Também não parece esclarecer o que seja *“elemento de empresa”* a Exposição de Motivos do Novo Código Civil quando diz:

“Como se depreende do exposto, na empresa, no sentido jurídico deste termo, reúnem-se e compõem-se três fatores, em unidade indecomponível: a

⁷ Fábio Ulhoa Coelho, Curso de Direito Comercial, vol 1, Editora Saraiva, 2002, pg 24).

habitualidade no exercício de negócios, que visem à produção ou à circulação de bens ou de serviços; o escopo de lucro ou o resultado econômico; a organização ou estrutura estável dessa atividade”.

Bem examinados esses três fatores (ou elementos) que compõem a empresa se encontram em todas as sociedades que tenham por objeto a prestação de serviços de índole intelectual. Não há sociedade com tal propósito que não vise ao lucro ou resultado econômico e que não disponha de uma organização minimamente estável.

13. Fica pois aqui a honesta, embora desconfortável, confissão de perplexidade sobre quando os profissionais que exercem atividade intelectual serão empresários e quando as sociedades que eles organizem para prestar serviços serão sociedades empresárias. Mantenha-se a esperança de que, com o tempo, a doutrina e a jurisprudência possam dar entendimento preciso ao tal “elemento de empresa”, para que a expressão não se transforme, à semelhança do que sucedeu com os malfadados “atos de comércio”, em motivo de confusão para os intérpretes da lei e de tormento para os que a ela estão sujeitos.

14. Outro ponto que pode causar dúvidas - não certamente tão densas quanto aquelas apontadas no que concerne à caracterização como empresário do prestador de serviços de natureza intelectual - é a do empresário agrícola. Dispõe o artigo 966 do Novo Código Civil que se considera empresário “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”. E determina o artigo 967 ser “obrigatória a inscrição do empresário no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, antes do início de sua atividade”. Por conseguinte empresário, “todo empresário”, sujeita-se a registro no Registro Público de Empresas Mercantis.

15. Já o artigo 971 reza:

“Art. 971. O empresário cuja atividade rural constitua sua principal profissão, pode, observadas as formalidades de que tratam o artigo 968 e seus parágrafos, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede, caso em que, depois de inscrito, ficará equiparado, para todos os efeitos, ao empresário sujeito a registro”.

É particularmente infeliz a redação desse artigo 971. No seu início qualifica quem se dedica à atividade rural como “empresário”. Diz, a

seguir, que esse “empresário” pode (ou não) requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis (obrigatória, como determina o artigo 968, para “todos os empresários”). Em seguida diz o artigo que, inscrito no registro (o que faz por deliberação própria dele, agricultor) o empresário agrícola fica equiparado ao “empresário sujeito a registro”. A lei não contempla essa categoria de “empresário sujeito a registro” senão nesse artigo 971. Portanto, esse dispositivo diz literalmente que há uma categoria de empresário (o agrícola) que se equipara a empresário quando delibera registrar-se. Ora, ninguém pode equiparar-se ao que já é. Assim, ou bem o agricultor já é empresário e então não tem sentido ser equiparado a empresário, como diz o artigo 971 no final, ou não o é e não deveria ser chamado de empresário como diz o mesmo artigo no início.

16. O legislador brasileiro, que se inspirou, no que tange ao Direito de Empresa, no Código Italiano de 1942⁸, não seguiu nesse passo o modelo em que se baseou. O Código Italiano foi mais preciso: qualifica quem exerce atividade agrícola como empresário⁹ apenas não o submete ao registro de empresas¹⁰.

17. A Exposição de Motivos do Supervisor da Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil, o renomado e merecidamente admirado Miguel Reale, afirma que o agricultor não exerce atividade empresarial, podendo, porém, inscrever-se no registro de Empresas, com o que se subordinará às normas que a regulam¹¹.

⁸ O caput do artigo 966 do Novo Código Civil é praticamente a tradução do artigo 2082 do Código Civil Italiano: “2082. *Imprenditore*. È imprenditore chi esercita professionalmente un'attività economica al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.

⁹ “2135. *Imprenditore Agricolo*. È imprenditore agricolo chi esercita una attività diretta alla coltivazione del fondo, alla silvicoltura, all'allevamento del bestiame e attività connesse. Si reputano connesse attività dirette alla trasformazione o all'alienazione dei prodotti agricoli, quando rientrano nell'esercizio normale dell'agricoltura”.

¹⁰ “2136. *Inapplicabilità delle norme sulla registrazione*. Le norme relative all'iscrizione nel registro delle imprese (2188 ss) non si applicano agli imprenditori agricoli, salvo quanto è disposto dall'articolo 2200.” (O artigo 2200 regula o registro das sociedades).

¹¹ “Apesar, porém, da relevância reconhecida à atividade empresarial, esta não abrange outras formas de atividade negocial, cujas peculiaridades o Anteprojeto teve o cuidado de preservar, como se dá nos casos:

1).....
2).....

3) do empresário rural, ao qual, porém, se faculta a inscrição no Registro das Empresas, para subordinar-se às regras que regem a atividade empresária como tal” (Item 24 da Exposição de Motivos).

18. A despeito da redação pouco clara do artigo 971, conclui-se, com apoio no que assevera a Exposição de Motivos do Código no trecho já antes citado, que o agricultor não é empresário no sentido do artigo 966. É-lhe facultado, porém, registrar-se no Registro Público de Empresas Mercantis, com o que passará à categoria de empresário, que é o que equivale a, como diz ainda de forma pouco feliz o artigo 971 *in fine*, ser "equiparado para todos os efeitos" a essa categoria.

19. Conclui-se, da exposição acima, que a atividade própria de empresário, ou atividade empresarial, compreende toda a atividade econômica, salvo apenas a agricultura e a prestação de serviços de natureza intelectual. Ao contrário do conceito de mercancia, a atividade empresarial abarca a atividade imobiliária e, em parte, a prestação de serviços (os de natureza não intelectual e os dessa natureza quando constituam o tal "elemento de empresa"). São empresários assim aqueles que exerçam de forma organizada e profissionalmente, atividades econômicas ressalvadas aquelas atividades econômicas que não configuram atividade empresarial. No que tange à prestação de serviços de índole intelectual, serão empresários os que as prestem profissional e organizadamente, desde que o exercício da profissão constitua o obscuro "elemento de empresa" de que fala o parágrafo único do artigo 966 do Novo Código Civil. Já o agricultor será empresário ou equiparado a ele, o que, na prática, vem a dar no mesmo, se se inscrever no Registro Público de Empresas Mercantis e não será empresário se não o fizer, não obstante a lei a ele se refira como "empresário rural". De que vale chamar-se "empresário rural" ao agricultor não registrado se a ele não se aplica o regime jurídico próprio do empresário?

20. No que concerne às sociedades, a caracterização como sociedade empresária ou simples depende de seu objeto. Se este caracterizar-se como empresa, a sociedade será empresária. Se não, será simples¹². Nos

¹² Ao contrário da pessoa natural que será empresário em razão da atividade empresarial que exerça, as sociedades serão empresárias em razão do propósito que persigam e que vem explicitado no seu objeto. Ascarelli, com a percuciência de sempre, coloca essa distinção de forma perfeita. Após caracterizar a empresa como atividade e não como organização objetiva, diz o mestre: "Atividade significa cumprimento de uma série de atos. O exercício de atividade é, por isso, em relação às pessoas físicas, um fato; em relação às pessoas jurídicas ou coletividades, antes de tudo um escopo". ("O Desenvolvimento Histórico do Direito Comercial e o Significado da Unificação do Direito Privado", tradução de Fábio Konder Comparato, in Revista de Direito Mercantil, vol 114, p 250).

termos do artigo 982 do Novo Código Civil, será sociedade empresária: (i) aquela que tiver por objeto social o exercício das atividades próprias de empresário; (ii) a que tiver por objeto o exercício da agricultura (*lato sensu*, nela compreendida a pecuária, a silvicultura e a pesca) desde que opte por registrar-se no Registro Público de Empresas Mercantis¹³; e (iii) independentemente de seu objeto, a sociedade por ações. Não é sociedade empresária, por expressa determinação do artigo 982, a cooperativa que será, sempre, sociedade simples.

21. Sociedade simples e sociedade empresária não são formas de sociedade. Essas duas classificações diferem na substância. As sociedades simples podem adotar, por força do disposto no artigo 983¹⁴, a forma própria das sociedades simples, que vem regulada nos artigos 997 a 1.038, mas podem também adotar outras formas societárias (sociedade em nome coletivo, sociedade em comandita simples, sociedade limitada). As sociedades empresárias devem constituir-se segundo um dos tipos previstos nos artigos 1.039 a 1.092 do Novo Código Civil. (vide uma vez mais a nota 14). Cumpre assim estabelecer as diferenças de fundo que separam as sociedades simples das sociedades empresárias.

22. A primeira delas é que as sociedades simples registram-se no Registro Civil das Pessoas Jurídicas (Novo Código Civil, artigos 998 e

¹³ É o que determina o artigo 984: "Artigo 984 - A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária".

¹⁴ "Artigo 983 - A sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1039 a 1092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias. Parágrafo Único - Ressalvam-se as disposições concernentes à sociedade em conta de participação e à cooperativa, bem como as constantes de leis especiais que, para o exercício de certas atividades, imponham a constituição de sociedade segundo determinado tipo".

Uma vez mais é infeliz a redação da lei. A sociedade simples não pode constituir-se de acordo com um dos tipos previstos nos artigos 1039 a 1092. Este elenco de artigos compreende: (i) a sociedade em nome coletivo (artigos 1039 a 1044); (ii) a sociedade em comandita simples (artigos 1045 a 1051); (iii) a sociedade limitada (artigos 1052 a 1087) e também (iv) a sociedade anônima (artigos 1088 e 1089) e (v) a sociedade em comandita por ações (artigos 1090 a 1092). Estes dois últimos tipos de sociedades - sociedade anônima e sociedade em comandita por ações - não podem ser eleitos para revestir a sociedade simples, sob pena de ela deixar de ser simples. É o que dispõe o parágrafo único do artigo 982 do Novo Código Civil que estabelece de forma peremptória que as sociedades por ações (portanto a anônima e a comandita por ações) serão sempre sociedades empresárias.

1.150). Já a sociedade empresária sujeita-se a registro no Registro Público de Empresas Mercantis (artigos 982, 967 e 1.150). Não é irrelevante essa distinção. Pelo contrário, adquirindo a sociedade personalidade jurídica com a inscrição, no "registro próprio e na forma da lei" (artigo 985), a sociedade não inscrita no registro próprio (a simples no Registro Civil das Pessoas Jurídicas e a empresária no Registro Público das Empresas Mercantis) se submete a várias conseqüências extremamente relevantes: (i) não tem personalidade jurídica (artigo 985); (ii) rege-se, exceto as sociedades por ações, pelas normas da sociedade simples, independentemente da forma que revestir (artigo 986); e (iii) não pode opor a terceiro as eventuais limitações de responsabilidade para os sócios, que constem de seus atos constitutivos, salvo prova de que este o conhecia (artigo 1154).

23. No que concerne à sociedade que tenha por objeto a agricultura, pode ela ser simples ou empresária, à sua escolha. Será empresária se, adotando uma das formas próprias das sociedades empresárias, inscrever-se no Registro Público de Empresas Mercantis (ou será a ela equiparada, o que, excuse-se a reiteração, vem a dar no mesmo). Se não preencher esses dois requisitos, será simples. É o que dispõe o artigo 984 do Novo Código Civil¹⁵.

24. A segunda diferença entre as sociedades simples e as sociedades empresárias é que estas últimas podem ter a falência declarada e lhes é facultado impetrar concordata, por força do disposto no artigo 2037 do Novo Código Civil que, dada a sua relevância, será objeto de comentário mais adiante.

25. Na vigência da dicotomia sociedade civil/sociedade comercial outra diferença prevalece. A sociedade comercial é "comerciante" e sujeita-se assim às normas do comércio. Essas, como já dito acima, compreendem certas regras próprias aplicáveis às obrigações e aos contratos, que não se aplicam às sociedades civis. Persistirá essa situação em que haverá normas aplicáveis às obrigações e aos contratos que incidirão apenas quando da relação jurídica participe empresário ou sociedade empresária?

¹⁵ "Artigo 984: A sociedade que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário rural e seja constituída, ou transformada, de acordo com um dos tipos de sociedade empresária, pode, com as formalidades do art. 968, requerer inscrição no Registro Público de Empresas Mercantis da sua sede, caso em que, depois de inscrita, ficará equiparada, para todos os efeitos, à sociedade empresária".

26. A resposta, a meu ver, é dada, de forma clara, pelo artigo 2.037 do Novo Código Civil que reza:

*"Artigo 2037 - Salvo disposição em contrário, aplicam-se aos empresários e às sociedades empresárias as disposições de lei não revogadas por este Código, referentes a comerciantes, ou a sociedades comerciais, bem como a atividades mercantis"*¹⁶.

Em face dos termos claros da lei, após vigorar o Novo Código Civil, haverá portanto normas próprias que se aplicarão às sociedades empresárias. Incluirão essas normas aplicáveis tão somente às sociedades empresárias matéria própria do Direito das Obrigações? Parece-me que sim.

27. Veja-se o instituto da falência. Falência é matéria de direito das obrigações, não apenas de direito processual. O descumprimento de obrigações pode levar à falência do empresário ou da sociedade empresária, mas não a de quem não seja empresário ou a de sociedade simples. Se o descumprimento de obrigações tem conseqüências diversas, conforme o inadimplente seja ou não empresário ou sociedade empresária, é forçoso concluir que, nem mesmo no que concerne ao Direito das Obrigações a unificação proporcionada pelo Novo Código Civil será completa.

No que se refere aos contratos, a categoria hoje reconhecida dos contratos intra-empresariais em que sejam parte empresários (ou sociedades empresárias) têm características próprias, submetem-se a regras específicas que têm a sua gênese nas peculiaridades da atividade empresarial¹⁷.

28. Voltemos, nesse passo, ao Código Civil Italiano no qual se inspi-

¹⁶ Paulo Penalva Santos considera esse dispositivo "de uma importância extraordinária". Conclui, do exame dele e do artigo 903 (que ressalva a aplicação aos títulos de crédito de lei especial quando estabeleça norma diversa da do Novo Código), que este não operou a unificação do Direito Privado: "Não se trata portanto, da unificação do Direito Privado, conforme se observa da leitura de vários dispositivos do novo diploma. A unificação, releve-se a insistência, diz respeito apenas ao Direito das Obrigações. Matérias que reclamam disciplina especial, tais como o cheque, a nota promissória e todos os títulos de crédito, o Direito Marítimo, o Direito Aeronáutico exigem tratamento autônomo" (Paulo Penalva Santos, 'Direito de Empresa. Visão Panorâmica', in Revista da Associação dos Advogados do Rio de Janeiro, vol. II, Julho de 2002, pgs 73 e seguintes).

¹⁷ Citem-se, em enumeração que obviamente não é taxativa: (i) o arrendamento mercantil (regulado pela Resolução 2.309 de 28 de agosto de 1996, do Conselho Monetário Nacional); (ii) a concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores (Lei 6.729 de 28 de novembro de 1979); (iii) a franquía empresarial (Lei 8.955 de 15 de dezembro de 1994); (iv) o contrato de transporte multimodal de cargas (Lei 9.611 de 19 de fevereiro de 1980); (v) o contrato de depósito na armazenagem de produtos agropecuários (Lei 9.973 de 29 de maio de 2000), (vi) o contrato de agenciamento de publicidade (Lei 4.680 de 1965 e

rou o nosso legislador. Nele se dá, em alguns casos, tratamento diversificado a obrigações e contratos em função da presença do empresário na relação jurídica¹⁸. O mesmo não sucede no Novo Código Civil no qual expressamente não se dá tratamento diversificado para o empresário em matéria de obrigações e contratos. No entanto, talvez seja ainda cedo para dizer-se se, a despeito dessa ausência de menção expressa no Novo Código Civil, não persistirá o tratamento diversificado para o empresário, em matéria de obrigações e contratos regulados no próprio Código Civil. A autonomia científica do Direito Comercial (ou Direito Empresarial, como se queira) persiste, após a vigência do Novo Código Civil, como proclamado na própria Exposição de Motivos¹⁹.

29. Reconhecer a autonomia do Direito Comercial (a força da tradição milenar continua a impor que não se modifique a denominação para "Direito Empresarial") é reconhecer que há toda uma gama de relações jurídicas de natureza contratual que merecem tratamento próprio, adequado às características e peculiaridade da atividade empre-

Decreto 57.960 de 1960). Mencionem-se ainda contratos que não são objeto de regulamentação em lei especial, como o *factoring*, as *joint ventures* e toda uma variedade de contratos inominados celebrados envolvendo a atividade empresarial.

¹⁸ Vejam-se os seguintes artigos, todos citados no artigo 2.082 que define o empresário: (i) artigo 1330, integrante do Título II (Dos contratos em geral), que dá tratamento específico à eficácia da proposta feita pelo empresário que morre antes da conclusão do contrato:

"1330 - Morte o incapacità dell'imprenditore - La proposta o l'accettazione, quando è fatta dall'imprenditore nell'esercizio della sua impresa, non perde efficacia se l'imprenditore muore o diviene incapace prima della conclusione del contratto, salvo che si tratti di piccoli imprenditori o che diversamente risulti dalla natura dell'affare o da altre circostanze"

(ii) o artigo 1368, integrante do Capítulo "Interpretação do contrato":

"1368 - Pratiche generali interpretative - Le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui il contratto è stato concluso.

Nei contratti in cui una delle parti è un imprenditore, le clausole ambigue s'interpretano secondo ciò che si pratica generalmente nel luogo in cui è la sede dell'impresa."

(iii) o artigo 1722 que, tratando da extinção do mandato pela morte do mandante ou do mandatário, estabelece que o mandato continua em vigor mesmo após a morte se o objeto do mandato são atos relativos ao exercício da empresa;

(iv) o artigo 1824, que manda excluir da conta corrente em que seja parte o empresário os créditos estranhos à empresa.

¹⁹ "Não há, pois, que falar em unificação do Direito Privado a não ser em suas matrizes, isto é, com referência aos institutos básicos, pois nada impede que do tronco comum se alonguem e se desdobrem, sem se desprenderem, ramos normativos específicos que, com aquelas matrizes, continuam a compor o sistema científico do Direito Civil e do Direito Comercial. Como foi dito com relação ao Código Civil Italiano de 1942, a unificação do Direito Civil e do Direito Comercial, no campo das obrigações, é de alcance legislativo, e não doutrinário, sem afetar a autonomia daquelas disciplinas. No caso do Anteprojeto ora apresentado, tal autonomia ainda mais se preserva, pela adoção da técnica da legislação aditiva, onde e quando julgada conveniente" (Exposição de Motivos, item 10).

sarial. A força desse direito se ampliou ao longo de sua trajetória que remonta ao direito estatutário das cidades italianas da idade média. E mais, se ampliou à vista da crescente importância da atividade empresarial à que ele se aplica. A empresa foi o grande fenômeno do século XX. A importância da atividade empresarial se mede pela influência predominante que ela exerce sobre a sociedade desse conturbado Século XXI. Basta abrirem-se os jornais e se concluirá pela relevância da atividade empresarial à vista do número de notícias (e de manchetes) a ela referentes.

30. As relações jurídicas obrigacionais ligadas à empresa, essa atividade organizada de produção e distribuição de bens e serviços para o mercado, não podem subtrair-se às peculiaridades dessa atividade cuja importância é capital para a sociedade moderna. As normas sobre obrigações e contratos do Novo Código Civil não ficarão imunes à influência que, na aplicação delas, terá essa realidade contundente da empresa. A harmonia do sistema jurídico, a coerência das normas que o integram fará prevalecer sem dúvida interpretação das normas do Novo Código Civil sobre obrigações e contratos compatível com a realidade que é a empresa, à qual o novo diploma deu foros de instituto jurídico. Na interpretação das regras que passarão a reger as obrigações e os contratos a partir de janeiro de 2003 não se poderá esquecer a sábia e atualíssima lição do grande mestre Carlos Maximiliano:

*"O Direito objetivo não é um conglomerado caótico de preceitos; constitui vasta unidade, organismo regular, sistema, conjunto harmônico de normas coordenadas, em interdependência metódica, embora fixada cada uma no seu lugar próprio. De princípios jurídicos mais ou menos gerais se deduzem corolários; uns e outros se condicionam e restringem reciprocamente, embora se desenvolvam de modo que constituem elementos autônomos operando em campos diversos. Cada preceito, portanto, é membro de um grande todo; por isso do exame em conjunto resulta bastante luz para o caso em apreço."*²⁰

Sem a pretensão de indicar caminhos para a doutrina e para a jurisprudência, fica aqui a indicação: interpretar o novo Direito das Obrigações em harmonia com o direito aplicável à empresa, em atenção à necessária unidade e harmonia do sistema jurídico e de sua adequação à realidade social, será, sem dúvida, uma das grandes tarefas que terá pela frente.

²⁰ Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, Rio, 1984, pags 128/129.

Aporia do Estado de Direito¹: Notas Sobre a Legitimação dos Textos Constitucionais Perante a Autonomia Política e a Proteção dos Direitos Fundamentais

Paulo Murillo Calazans*

Introdução. A legitimação *a posteriori* do texto constitucional. Os direitos fundamentais como elemento regulador da soberania popular. A *mediação* habermasiana: a co-originalidade.

*"A democracia é, portanto,
muito simples para as sociedades
complexas e muito
complexa para as simples"*
Sheldon Wolin

Introdução

Se é verdadeiro que a amplitude do processo de formação e tomada de decisões políticas, que se transformarão em comandos normativos, é uma condição para a aquisição de legitimação democrática nos Estados de Direito, também é correto que outros requisitos fundamentais devem ser igualmente preenchidos para este efeito.

A soberania popular é um atributo inafastável para os Estados democráticos. Todavia, soberania popular e democracia não se confundem. São conceitos distintos, mas que se inter-relacionam e se complementam reciprocamente. Isto porque a efetivação da democracia nos Estados

também requer, além da participação política plena e irrestrita, a observação e o respeito a determinados valores indispensáveis para o desenvolvimento e a proteção da pessoa humana, sendo esta, ou devendo ser, a referência central de todas as ações, coletivas ou individuais.

Com efeito, a realização da democracia no seio das comunidades impõe algo mais do que o elemento de participação política universal nos moldes republicanos. É necessário, também, reconhecer demais referências valorativas que subjazem ao próprio espírito emancipatório que as revoluções liberais do Século das Luzes pretenderam sedimentar. A virtude democrática da soberania popular, que sobreveio com as reformulações a respeito da legitimidade política levadas a cabo pela modernidade, trouxe consigo a difícil indagação concernente à sua forma de exercício e ao estabelecimento de auto-limitações, estranhos às paixões das multidões reunidas e dignas de uma reflexão mais profunda, assim como de propostas práticas para sua realização.

Sob o prisma do seu exercício, adveio a tese esposada por SIEYÉS e outros, que, enquanto preservavam a autoridade política do povo soberano, convertiam sua participação direta no processo legislativo em participação indireta, por meio de representantes. Quanto às suas auto-limitações, não obstante a superioridade da deliberação coletiva – que chegou a ser expressa em termos matemáticos pelo Teorema do Marquês de Condorcet –, as Constituições se incumbiram de defini-las, registrando para a memória pública os fundamentos filosóficos e políticos que ensejaram a própria vitória da cidadania ativa. Assim é que, já na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, o art 2º do texto bradava:

"O fim de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão".

Contemporaneamente, a Declaração de Independência das 13 colônias (1776) também assentou os limites da forma democrática de governo, elencando, ao lado da soberania popular, os limites ao seu exercício, os direitos naturais e a segurança futura contra qualquer forma de despotismo:

¹ V. nota 20, *infra*

* Advogado, Mestrando em Direito Constitucional e Professor do Departamento de Direito da PUC-RIO.

“Consideramos estas verdades como evidentes por si mesmas, que todos os homens foram criados iguais, que eles foram dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes estão a vida, a liberdade e a busca da felicidade - que a fim de assegurar esses direitos, governos são instituídos entre os homens, derivando seus justos poderes do consentimento dos governados; que sempre que qualquer forma de governo se torne destrutiva de tais fins, é o direito do povo alterá-la ou aboli-la e instituir novo governo, repousando sua fundação em tais princípios e organizando os seus poderes por tal forma (...). Mas quando uma longa série de abusos e usurpações, perseguindo invariavelmente o mesmo objeto, indica o desígnio de reduzi-los ao despotismo absoluto, é o seu direito, é o seu dever livrar-se de tais governos e instituir novos Guardas para sua futura segurança”².

Com efeito, por inferência lógica, poder-se-ia imaginar que em um sistema político onde impere a soberania popular, e no qual as decisões políticas são tomadas por todos os cidadãos, prevalecendo a vontade da maioria, se faça, em certo momento histórico, a opção por um sistema ditatorial de governo, abolindo-se a própria soberania do povo e delegando-a a um tirano. Da mesma forma, em um sistema democrático, sob a ótica da soberania popular apenas, poder-se-ia deliberar, pelo voto da maioria, que determinados indivíduos, pertencentes a esta ou aquela raça ou etnia, viessem a ser assassinados ou expatriados³.

² Quando o Segundo Congresso Continental da Philadelphia se reuniu em maio de 1775, constituiu-se um comitê para elaborar um *draft* do que viria a ser a Declaração de Independência das Colônias. A Comissão era constituída por Benjamin Franklin, John Adams, Robert Livingston, Roger Sherman e, por último, Thomas Jefferson, a quem efetivamente se incumbiu a nobre tarefa redacional. Embora não haja evidências de que Jefferson houvesse lido os trabalhos de Rousseau ou Locke, certamente tinha conhecimento do pensamento dos iluministas. Isto ficou bem claro no conteúdo da redação feita pelo delegado de Virginia, ao consignar os postulados referidos de estabelecimento das origens, limites e objetivos para o exercício do poder político: “*We hold these Truths to be self-evident, that all Men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the Pursuit of Happiness — That to secure these Rights, Governments are instituted among Men, deriving their just Powers from the Consent of the Governed, that whenever any Form of Government becomes destructive of these Ends, it is the Right of the People to alter or to abolish it, and to institute new Government, laying its Foundation on such Principles, and organizing its Powers in such Form (...). But when a long Train of Abuses and Usurpations, pursuing invariably the same Object, evidences a Design to reduce them under absolute Despotism, it is their Right, it is their Duty, to throw off such Government, and to provide new Guards for their future Security.*”

³ A este respeito, a história da humanidade é rica em exemplos.

Ou, nas palavras de JEREMY WALDRON, ao comentar as hipóteses acima:

“Mas não devemos confundir a razão para levar adiante uma proposta com a própria natureza da proposta (...). Essa é apenas outra maneira de dizer que não é impossível para a democracia votar por sua própria extinção. Deixe-me pôr a questão de modo mais teórico. Há uma distinção entre democracia e soberania popular. O princípio da soberania popular — básico para o pensamento liberal — requer que o povo deva ter qualquer constituição, qualquer forma de governo que bem entenda. Mas a soberania popular não remove ou obnubila as diferenças existentes entre as várias formas de governo constantes do *menu* a partir do qual o povo deve optar”⁴.

Portanto, é inegável que a soberania popular, por si só, é insuficiente para garantir aos Estados a legitimidade pretendida por um sistema democrático, tal qual hoje se o concebe. Outro elemento balizador exsurge firmemente como fator de equilíbrio à pretensão de legitimidade indigitada, que somente se realiza plenamente com o respeito aos direitos fundamentais do homem. O constitucionalismo, desde seu nascimento, pois, se apresenta, não como resultado, mas como produto do assentamento da noção de preservação dos direitos humanos que, ao lado da inauguração de uma nova ordem jurídico-política de organização do Estado, consagra princípios elementares de respeito à dignidade humana.

Assim, o estudo do direito constitucional à luz da preservação dos direitos humanos e do exercício da soberania popular é tema sempre recorrente, tendo em vista que, conquanto os debates acerca dos sistemas democráticos da atualidade tenham resolvido a questão da legitimidade a partir do princípio da soberania popular e da ampliação cada vez maior dos direitos de participação política — sobretudo regozijando-se com o

⁴ Cf. “*Precommitment and Disagreement*”. In: ALEXANDER, Larry (ed.). *Constitutionalism — Philosophical Foundations— Cambridge Studies in Philosophy and Law*, p. 272. Trad. livre. No original: “*But we must not confuse the reason for carrying out a proposal with the character of the proposal itself (...). This is just another way of saying that it is not conceptually impossible for a democracy to vote itself out of existence. Let me put the matter more theoretically. There is a distinction between democracy and popular sovereignty. The principle of popular sovereignty — basic to liberal thought — requires that the people should have whatever constitution, whatever form of government they want. But popular sovereignty does not remove or blur the differences that exist among various forms of government on the menu from which the people are suppose to choose.*”

estabelecimento de uma comparação inútil com o falido sistema autocrático soviético⁵ -, em contrapartida, a pobreza, a tortura, o colossal abismo econômico existente entre diversos segmentos da população, o analfabetismo em largos contingentes populacionais, a fome, a prostituição infantil e, em última análise, a violação da dignidade humana em todos esses casos oferecem provas irrefutáveis de que as virtudes da democracia e seus ideais políticos longe estão de ser atingidos em muitas partes do globo. Magistral, neste sentido, a observação de STEPHEN HOLMES:

“Um jornalista polonês recentemente observou: em 1989, a maioria de nós pensou que o bem havia conquistado o mal (que havíamos conquistado uma revolução liberal). O que vemos, ao invés, é uma volta à Chicago dos anos 20.”⁶

Legitimação *a Posteriori* do Texto Constitucional

O conceito de Estado de Direito que se importou do pensamento liberal moderno, por LOCKE, ROUSSEAU e KANT, contempla um aspecto dúplice que, a um lado, assenta a legitimidade do sistema jurídico na participação (autonomia) política isonômica de todos os sujeitos de direitos no processo de formação da vontade e das decisões políticas que serão cogentes – que é assegurada pelo procedimento democrático - e, a outro, na concepção de que as leis coercitivas emanadas do Estado legislador são garantidoras das liberdades individuais dos cidadãos. Em

⁵ Alberto Calsamiglia destaca que o ano de 1989 foi de grande importância para a democracia sobretudo porque passou a expor os seus débitos perante sua própria forma atual de realização, e não mais em face da já esgotada e inócua comparação com sistemas oponentes nacionalistas, permitindo, com isso, uma reflexão mais objetiva e útil sobre as imperfeições de seu estágio hodierno e propostas sérias de efetivação dos direitos humanos sob constante ameaça ou violação. In “*Constitutionalism and Democracy*”, *Deliberative Democracy and Human Rights*, Harold Hongju e Ronald Slye (ed.), Yale University Press: New Haven, 1999, ps. 136-142. Não se pode deixar de mencionar, tampouco, a crassa impropriedade do uso do termo *comunismo*, até mesmo nos meios acadêmicos, para designar o sistema ditatorial nacionalista imposto na ex-URSS, bastante distante de qualquer das concepções razoáveis que se possam ter da ideologia defendida por Marx e Engels.

⁶ Cf. “*Constitutionalism, Democracy, and State Decay*”. In: HONGJU, Harold; SLYE, Ronald (ed.) *Deliberative Democracy and Human Rights*, p. 116-136. Trad. livre. No original: “*A polish journalist recently remarked, in 1989 most of us thought that good had conquered evil (that we had achieved a liberal revolution). What we have instead is a return to Chicago in the 1920s*” Veja-se, ainda, a célebre obra de SEN, Amartya, *Desenvolvimento como liberdade*.

outras palavras, a força legitimadora da coerção estatal decorre dos próprios princípios do Estado liberal burguês, que privilegia a igualdade e a liberdade entre os concidadãos. Por haverem participado igualmente do processo legislativo democrático, e por ser a produção normativa fruto deste processo, assim como garantidora das liberdades fundamentais, a submissão dos cidadãos ao aparelho coercitivo estatal torna-se justificada, *ipso facto*. Assim, as normas que compõem o sistema normativo podiam ser vistas, na perspectiva liberal moderna, tanto como imposições com caráter coativo quanto como imposições com caráter protetor das liberdades individuais.

No respeitante à fundamentação do direito, recorria-se a um supêrdano moral de validade eterna, porquanto oriundo de uma inspiração divina (teocracia), da própria natureza imutável do homem (jusnaturalismo) ou da vontade geral inequívoca do povo (ROUSSEAU). Tais fundamentações morais, entretanto, se afastam da realidade prática do processo legislativo contemporâneo, apoiado na democracia representativa, onde o momento deliberativo envolve uma miríade de fatos não imediatamente controláveis ou sequer possivelmente conhecidos em sua totalidade, tais quais a barganha, o convencimento, a utilização de informação privilegiada e o acesso a conhecimento especializado, que impedem uma justificação unicamente fundada no discurso moral. Além disso, as próprias tarefas a ser exercidas pelo direito, que requerem praticidade e segurança para os membros de uma comunidade, moldam sua concretude com os atributos de validade (positividade), legitimidade (processo democrático) e efetividade (força cogente), dispensando e, com efeito, tornando inaceitáveis para a vida em sociedade, a abstratividade do produto cognitivo, motivacional e organizacional calcados exclusivamente na consciência individual⁷.

No campo da moral, nos moldes do imperativo categórico kantiano, os indivíduos exercem sua autonomia, a um só tempo, sem distinção, como sujeito e objeto de seu julgamento imparcial, de acordo com suas preferências e no exercício de suas liberdades individuais. Todavia, pelas características insitas ao direito, nomeadamente sua coercibilidade, na

⁷ HABERMAS, Jürgen. *The Inclusion of the Other – Studies in Political Theory* (transl. Ciaran Cronin & Pablo De Greiff), p. 257

seara do sistema jurídico, a autonomia dos indivíduos tem dupla natureza, a pública e a privada, porque os membros de uma comunidade se vêem obrigados ao cumprimento de prescrições normativas que, no mais das vezes, não são oriundas diretamente do exercício de sua autonomia política, como no caso das decisões judiciais e das normas administrativas. E, ainda, outras vezes, não se conformam aos seus julgamentos morais individuais, quando integrantes da minoria vencida no processo decisório democrático. Não obstante esta dicotomia, as liberdades individuais situadas no âmbito da autonomia privada e o exercício da autonomia política do cidadão são reciprocamente independentes e complementares.

O exercício da autonomia política, nas sociedades contemporâneas complexas, se dá mediante o instituto da representação, onde, em tese, os interesses prevalentes no interior das comunidades se fazem revelar pela atuação daqueles que foram escolhidos para representá-los na *agora* institucionalizada, isto é, nas casas parlamentares. Mas, como já afirmado, a mera decisão majoritária é insuficiente para assegurar a preservação dos direitos fundamentais, os quais dependem da adoção de instituições específicas, necessárias à sua proteção em face do eventual interesse tirânico de uma maioria presente em determinado período histórico e sob contingentes condições sociopolíticas e econômicas propícias à sua ocorrência nefasta. Assim é que surge uma questão problemática a ser superada pelo estudo do constitucionalismo e da filosofia política. A adoção de determinadas instituições capazes de assegurar a inviolabilidade da dignidade humana, quando não condizentes com a vontade da maioria, implica na violação do princípio da soberania popular, ambiente fértil para o (re)surgimento das teorias platônicas e elitistas do despotismo esclarecido. Esta problemática da coexistência do princípio da soberania popular com um elenco mínimo de instituições não necessariamente submetidas ao crivo da maioria tem sido denominada *a dificuldade contra-majoritária (countermajoritarian difficulty)*⁸.

Neste contexto, ganham força vital as propostas apresentadas pela linha de pensamento crítico-deliberativa, que, preocupada com as contradições e dificuldades inerentes ao processo democrático neste fim de século, desenha novas teorias sobre a deliberação pública e sobre a

⁸ Famosa expressão utilizada por Alexander Bickel para endereçar o problema concernente ao *judicial review*, no aspecto que juízes, não-eleitos e vitalícios, controlam os atos de agentes públicos – legisladores e administradores – democraticamente legitimados pelo voto popular.

relação entre diferença e unidade, assim como a possibilidade de sua superação no espaço público pela argumentação, revitalizando as perspectivas da filosofia política pela referência a uma autoridade estruturante e condicionante que se forma com a interação comunicativa entre os sujeitos da sociedade. A ampliação dos fóruns de debate e de tomada de decisão, tanto no sentido espacial, quanto no que concerne aos temas em pauta, auxilia na reconstrução permanente dos valores substanciais essenciais das comunidades e tem grande utilidade no sentido de justificação do sistema democrático.

A garantia do debate livre e igual entre os membros da comunidade, a desmonopolização dos espaços públicos decisórios e a abertura das pautas de discussão, desta forma, ainda que tenham uma função manifestamente instrumental no que tange ao rol das instituições elementares do sistema democrático, fertilizam o campo onde se podem construir e reconstruir os valores substanciais indispensáveis para a realização dos ideais democráticos, sob a perspectiva do referencial supremo do respeito à dignidade da pessoa humana.

Além disso, aponta-se para o fato que, em democracias incipientes, há grande tendência para uma “solução mágica”, apresentada por agentes controladores do poder público, sempre recorrente em momentos de crise financeira e social do Estado, mas que, como documenta a história, são medidas que visam a satisfação de interesses particulares, vendidas sob o embrulho sofismático do bem comum ou do interesse geral da comunidade. Essas propostas criadas pelos magos de plantão, às sombras dos gabinetes secretos (*arcana imperii*) e distantes da vigília popular, têm o condão de ser facilmente assimiladas pelo público desinformado, enfraquecendo sobremaneira o processo democrático, na medida em que desprezam o debate público, a difusão de informações e a publicidade, privilegiando as decisões imperativas, preestabelecidas e heterônomas.

Por outro lado, a mera garantia prevista nos textos constitucionais, que atribui ao Tribunal Constitucional a prerrogativa de zelar pelos princípios neles inscritos, é insuficiente, posto que a manipulação e o controle das cortes superiores nestas condições não é algo raro⁹, além do que, como lembra HABERMAS:

⁹ Sobre a relação entre a atuação das cortes constitucionais e as orientações políticas prevalentes, veja-se o texto de TUSHNET, Mark, “*The Politics of Constitutional Law*” in *The Politics of Law – A Progressive Critique* (David Kayrys, ed), 1982

“Quando se entende a constituição como interpretação e configuração de um sistema de direitos que faz valer o nexo interno entre autonomia privada e pública, é bem-vinda uma jurisdição constitucional ofensiva em casos nos quais se trata da imposição do procedimento democrático e da forma deliberativa da formação política da opinião e da vontade: uma tal jurisprudência é até exigida normativamente. Todavia, temos que livrar o conceito de política deliberativa de conotações excessivas, que colocariam o Tribunal Constitucional sob pressão permanente. Ele não pode assumir o papel de um regente que entra no lugar de um sucessor menor de idade. Sob os olhares críticos de uma esfera pública jurídica politizada – da cidadania que se transformou na ‘comunidade dos intérpretes da constituição’ (Häberle) –, o tribunal constitucional pode assumir, no melhor dos casos, o papel de um tutor.”¹⁰

Por este motivo, sobleva a importância suprema das liberdades de comunicação, como a prática dialógica permanente entre os membros da comunidade, a atuação aberta do parlamento e uma imprensa igualmente imune de constrangimentos. A importância do papel fiscalizador do parlamento e da imprensa, que transmitem continuamente para a população os fatos de relevância política, é inestimável para a eficácia e a manutenção do exercício da autonomia política e, conseqüentemente, do processo democrático, uma vez que põem sob o exame rigoroso da população, à luz de informações claras e disponíveis, os atos praticados pelo Poder Público¹¹.

Além disso, no que diz respeito aos direitos das minorias, a liberdade de comunicação enseja o reexame por toda a sociedade civil das decisões tomadas tanto nas cortes judiciais quanto nos fóruns parlamentares, a partir de argumentos produzidos livremente pelos vencidos em um processo judicial ou em uma votação nas assembleias representativas.

¹⁰ Apud CATTONI, Marcelo, *Devido Processo Legislativo*, p. 11 (epígrafe)

¹¹ No particular, caberia destacar, ainda, a importância da independência funcional do Ministério Público em nosso ordenamento constitucional, que, lançando mão de instrumentos processuais especiais previstos, coordenam-se com os Poderes da República para a fiscalização permanente do cumprimento da ordem jurídica, seja pelos cidadãos, seja pelos próprios detentores de cargos ou funções públicas.

A legitimação (como reconhecimento) da Constituição também requer o desenvolvimento de um “espírito constitucional”¹² por parte da sociedade. O acesso ao parlamento através do voto ou da comunicação com os congressistas reforça o vínculo participativo e o controle da atividade parlamentar pela população, exigindo a submissão de sua atuação aos princípios delineados pela Carta Fundamental, que vão se tornando cada vez mais prestigiados, na mesma proporção em que são respeitados pelos próprios representantes políticos. Da mesma sorte, a atividade jurisdicional, em especial das Cortes Constitucionais, propicia e alimenta, através do controle difuso ou direto de constitucionalidade das leis e dos atos executivos primários, o sentimento de envolvimento do cidadão com a prática diuturna das políticas públicas em conformidade com os parâmetros fixados na Constituição.

Contudo, como adverte STEPHEN HOLMES, a sobranceira tarefa desempenhada pelas Cortes Constitucionais não deve ser superestimada, sob pena de esvaziamento do longo e extenuante, porém saudável e firme, processo político democrático realizado por meio da discussão pública no seio das casas parlamentares. Se é certo que se atribui às Cortes Constitucionais o indispensável papel de guardiãs dos princípios fundamentais estabelecidos nas constituições, também é certo que seu excesso de ativismo usurpa a função acometida à atividade parlamentar, até porque, em regra, as discussões travadas nos processos de controle de constitucionalidade não têm a imprescindível característica da abertura da discussão a todos os interessados, reduzindo-se a personagens limitadamente legitimados para tal, no caso do controle concentrado, ou a particulares que figuram como partes na demanda, no caso do controle difuso.

Ademais, a supervalorização do trabalho desempenhado pelos Tribunais Constitucionais também implica - como que se em uma aplicação direta da regra dos equilíbrios na natureza - no desprestígio da representação popular, que se torna desacreditada. É neste contexto que se reforça a tese esposada por alguns autores no sentido de que seja uma prioridade de atuação das Cortes Constitucionais a defesa e o

¹² Ou *sentimento constitucional*, conforme a expressão que se tornou célebre, cunhada por Pablo Verdú.

asseguramento dos direitos de comunicação, reforçando e fomentando a prática discursiva:

*"Elas [as cortes] deveriam portanto usar sua credibilidade limitada primariamente para ajudar a reassegurar o cumprimento dos direitos de comunicação, que já começaram a se enraizar e que são tão centrais para o desenvolvimento de longo prazo da vida política democrática"*¹³

Ainda quanto à relação entre autonomia política e o texto constitucional, deve-se observar que a legitimidade das cartas fundamentais, mais próxima está de suas conseqüências práticas e resultados do que de sua existência formal. Isso é facilmente observável nos países cujas experiências com a democracia são recentes e cujas instituições democráticas de base ainda são túbias. A materialização de uma constituição através de sua publicação, por si só, não garante, de modo algum, a efetividade dos valores ou garantias nela assentados. Pelo contrário, a eficácia do conteúdo do texto constitucional é corolário do reconhecimento pela sociedade à qual se aplicará de que ela permitirá uma organização sociopolítica que assegure a preservação dos valores compartilhados e fomenta o desenvolvimento das condições de vida dos cidadãos, além de favorecer um sistema de governo decente, sob a ótica da moralidade administrativa.

É, pois, o convencimento dos membros da comunidade quanto aos resultados perseguidos pela carta constitucional que irá dar vida ao texto publicado, garantindo seu reconhecimento no presente e assegurando sua perenidade para o futuro. Por isso é que se afirma que as constituições são instrumentos. Esta característica instrumental do texto constitucional torna-se mais evidente na medida em que a sociedade vai desenvolvendo a percepção de sua importância, principalmente no que diz respeito à forma de organização política do Estado e, conseqüentemente, de preservação e respeito aos direitos fundamentais dos indivíduos.

A percepção deste aspecto de instrumentalidade da Constituição, por parte de todos os agentes políticos envolvidos, sociedade civil e governo¹⁴, também desempenha um papel de estabilização do Estado.

¹³ HOLMES, Stephen, op. cit., p. 132. Trad. livre. No original: *"They [the courts] should therefore use their limited credibility primarily to help reinforce the communication rights which have already begun to take root and which are so central to the long-term development of democratic political life"*.

¹⁴ Aqui entendido em suas três funções clássicas.

Como observa STEPHEN HOLMES, ao contrário do direito infraconstitucional que retira sua autoridade de um provimento normativo superior, as normas constitucionais se tornam vinculantes a partir do momento em que os membros da comunidade percebem que seu cumprimento irá produzir resultados favoráveis para si mesmos e para a comunidade, inclusive através da formação de um governo justo e razoável, que tenha capacidade de adaptação, inovação e aprendizado em relação às demandas impostas pelas sociedades, consoante sua sempre permanente mutação ao longo do tempo¹⁵. Até mesmo porque o direito, tal qual aponta HABERMAS¹⁶, sendo uma forma organizacional de política, não apenas serve para a composição de interesses contrapostos, mas também para a busca de objetivos políticos e implementação de políticas gerais.

Resta mais nítida, destarte, que a legitimação dos textos constitucionais está mais próxima de suas conseqüências na vida real da sociedade do que de sua fonte. Isto é, mais importante do que a identificação da fonte formal do texto constitucional, seja ela resultado de uma inspiração divina do imperador, uma tradição cultivada ao longo dos anos, ou uma assembléia constituinte realizada há tempos imemoriais, é o resultado obtido em relação aos fins colimados pelo Estado, dos quais ela é, aliás, a sua própria consolidação político-normativa¹⁷.

A Dignidade da Pessoa Humana Como Elemento Regulador da Soberania Popular

A regra majoritária como elemento fulcral do exercício da soberania popular tem apoio no princípio da igualdade entre os homens. Os homens, sendo iguais, adotam resoluções necessárias para o convívio em sociedade por meio do processo deliberativo e do voto, as quais irão reger o modo de funcionamento do governo, impondo-lhe limites de acordo com o interesse geral e fundando princípios, direitos e garantias

¹⁵ HOLMES, Stephen. op. cit., p. 124.

¹⁶ Op. cit., p. 256.

¹⁷ Sobre a relação entre o texto constitucional e a realidade social e política existente, veja-se a célebre obra de KONRAD HESSE, *A Força Normativa da Constituição* (trad. Gilmar Ferreira Mendes), Porto Alegre: Fabris, 1991.

basilares que atendem ao desiderato da proteção do exercício da *autonomia pública*. Por esta via, segue o princípio da separação dos Poderes (na verdade, funções) do Estado, cabendo a materialização das regras de administração ao Executivo e a dicção do direito vigente ao Judiciário, de acordo com a manifestação do povo, reunido em assembleias, através de seus representantes parlamentares.

No plano da elaboração constitucional, a decisão majoritária irradia sua vontade por toda a organização sociopolítica do Estado, cumprindo aos poderes da República, seus integrantes, conduzir-se em acordo com os ditames constitucionais. Ao mesmo tempo, estas prescrições constitucionais, desde a era moderna, passaram a contemplar também os direitos de natureza individualista, isto é, aqueles que garantem o pleno exercício da autonomia privada dos indivíduos. A legitimidade do Estado Constitucional de Direito é haurida, portanto, simultaneamente da soberania popular e da *rule of law*, ou pelo asseguramento das liberdades de comunicação e participação *dos antigos* e pelas liberdades individualistas *dos modernos*. Ou, nas palavras de HABERMAS,

“a autonomia política dos cidadãos é supostamente incorporada na auto-organização de uma comunidade que atribui a si própria suas leis através da vontade soberana do povo”¹⁸.

Mas, como visto, estes elementos não satisfazem integralmente as demandas da democracia, como a história logrou demonstrar nas diversas hecatombes registradas ao longo de seu curso, onde as decisões emanadas da maioria deliberante chancelaram os maiores absurdos já conhecidos, como o fascismo e o nazismo. Assim, a democracia, na perspectiva hodierna, passou a requerer um outro elemento travejador: a dignidade da pessoa humana. Além dos princípios oriundos do constitucionalismo moderno e do modelo liberal-burguês de Estado, e somando-se aos direitos agregados durante a passagem pelo Estado providencial, o respeito à dignidade do homem tornou-se um referencial supremo nas atividades de interpretação e aplicação dos princípios fundamentais afirmados nas cartas constitucionais.

¹⁸ Op. cit., p. 258.

A referência à dignidade da pessoa humana, com efeito, tornou-se um elemento norteador para o deslinde da aparente contradição entre soberania popular e democracia, já acima referida, e que se traduz no fato de que, por força da vontade majoritária, o soberano povo pode abrogar o próprio direito estabelecido por ele a qualquer tempo, tornando-se, por via de consequência, refém de seu próprio poder político, gerando insegurança geral e ameaçando os princípios fundamentais anteriormente firmados. Tal contradição já foi batizada pelo jusfilósofo português, PAULO FERREIRA DA CUNHA, de *aporia do Estado de Direito*¹⁹.

A imposição de limites ao Estado de Direito, destarte, é um imperativo da própria noção constitucional democrática de Estado; limites estes que devem ser amplamente reconhecidos pela comunidade, não somente por estarem delineados no texto fundamental, mas, principalmente, por representarem para os destinatários destas regras-limite um elemento garantidor das condições mínimas de subsistência humana digna²⁰.

A Mediação Habermasiana: a Co-Originalidade

A *co-originalidade* das noções de soberania popular e direitos humanos, tal qual preconizada pelo constitucionalismo moderno, sucumbiu à evidente constatação – hoje, materializada através do embate entre as perspectivas liberal e republicana – de que a imposição de limites externos baseados nos direitos humanos ao legislador afeta sensivelmente a noção de autonomia política da comunidade, enquanto a eventual tirania de uma maioria política opressora ameaça a autonomia individual

¹⁹ Cf. *Teoria da Constituição – II*. Lisboa: Verbo, 2000, p. 254. Aduz o notável autor que “*um velho brocardo dizia do soberano ou ao soberano: sofrerás ou suportarás a lei que tu mesmo fizeste...*”

²⁰ Naturalmente que a própria expressão “digna” comporta uma discussão tautológica incessante acerca de seu conteúdo. Mas, certamente, pode-se ousar dizer intuitivamente que digno é ter acesso garantido à educação fundamental, é não ter um salário-mínimo patentemente insuficiente para fazer frente às despesas mínimas necessárias para uma vida decente, é poder usufruir de um sistema de saúde que assegure a própria vida independentemente de classe social, de habitar uma residência com condições mínimas de higiene, iluminação e segurança, ter assegurado o processo legal devido antes da cassação de qualquer das liberdades fundamentais, ou vê-las suspensas nos prazos expressamente previstos, não sofrer humilhação em razão da cor-de-pele nas blitzes policiais extemporâneas e inócuas praticadas pelo Poder Público e tanto quanto a mente humana possa projetar para si de acordo com o imperativo kantiano que se deve adotar como regra geral aquela que se aceita seja aplicável a si próprio.

dos cidadãos, podendo-lhes violar os direitos humanos fundamentais a qualquer momento.

A proposta de HABERMAS, no plano da produção das normas jurídicas, compreende uma concepção dúplice de formação legítima da vontade. A primeira se dá através do processo legislativo tradicional, por meio de corpos formalmente instituídos e institucionalizados, que compõem os parlamentos. A segunda, através de arenas informais de manifestação e revelação da vontade geral, onde a comunicação cotidiana, subsidiária e suplementar aos entes formais permite o exercício ininterrupto do debate argumentativo segundo um modelo dialógico de prática discursiva, orientada para o entendimento mútuo, a transferência e a afirmação do conhecimento.

A posição de HABERMAS situa-se em um eixo meridiano que postula a superação dialética de duas vertentes antagônicas da teoria política: o republicanismo cívico e o liberalismo. Sua proposta, no campo da justificação do direito e da política, é inequivocamente procedimental, sem perder de vista, todavia, certos pressupostos contenciosos indispensáveis para a efetivação da democracia. Difere, pois, tanto da proposta liberal de Estado - que visa garantir uma sociedade livre, regulada tão-somente pelo mercado, lastreada nas liberdades privadas, e que entende o processo democrático de formação da vontade enquanto resultado de acertos entre interesses particulares a partir de regras definidoras da transparência, honestidade e respeitadoras dos direitos individuais fundamentais -, quanto da perspectiva republicana - que vê na figura do Estado um ente catalisador e institucionalizador de uma comunidade ética, composta pela união de certos valores que se vêem revelados mediante o processo democrático de deliberação.

Com base na sua concepção de razão discursiva, HABERMAS reconstrói uma posição teórica a partir das duas posições polarizadas acima apontadas, a qual, ao mesmo tempo em que refuta a exclusividade dos direitos humanos como elemento regulador do processo de formação da vontade, afasta o assentamento único da noção de soberania popular como substrato ético comum de determinada comunidade política. E o conteúdo normativo das regras de discurso e formas de argumentação é que surgem com importância suprema, haurindo sua substância do supedâneo de validade das ações orientadas para a busca da compreensão.

A teoria habermasiana desenvolve-se com o reconhecimento de existência de uma plêiade de processos comunicacionais, que compreendem tanto o parlamentar quanto outros espaços informais da esfera pública igualmente legítimos, onde se desenvolvem as atividades democráticas de formação da opinião. O Direito torna-se a via pela qual o poder comunicativo gerado nestas diversas *agoras* é convertido em poder administrativo, aplicável pelo Estado Democrático. E essa conversão, que é uma saudável conquista e a maior virtude da democracia, ocorre, necessariamente, com a observância de regras procedimentais garantidoras de sua validade e legitimidade.

A legitimação da ordem política é indispensável para qualquer sistema que pretende a lealdade e o apoio de, ao menos, parte de seus componentes, como condição necessária à sua própria manutenção. Segundo HABERMAS, a legitimação é a própria tentativa de se validar o reconhecimento, a aceitação e a adesão (cumprimento) dos mandamentos produzidos por meio da demonstração da habilidade das instituições para concretizar e preservar, com o exercício do poder político, aqueles valores que são vitais para a continuidade da comunidade política. Ao mesmo tempo, a dimensão informal do processo deliberativo democrático, conquanto represente o próprio ideal da participação democrática efetiva, requer uma configuração institucionalizada de direitos fundamentais que constituem a condição de possibilidade para o exercício do debate argumentativo; nomeadamente, os direitos de comunicação e participação, mas, igualmente, direitos de natureza contenciosa, como o acesso à educação, à alimentação e à saúde, que, obviamente antecedem a própria possibilidade fática de expressão política livre e igual.

Nesse sentido, apenas a Constituição tem o condão de assegurar as condições necessárias à realização e atuação espontânea da esfera pública, racionalmente comunicativa, pluralista e anarquicamente organizada, servindo o Direito - e o regime democrático - desta forma, como elemento factual e normativo, configurador do espaço comunicacional. Ou seja, o sistema de direitos, materializados na Constituição, cuja conformação concreta depende do regime democrático, tem como função estabelecer as condições mínimas indispensáveis para a institucionalização dos processos discursivos pretendidos. Os direitos humanos fundamentais cumprem, destarte, o papel indispensável de satisfação das condições necessárias para o exercício da liberdade de comunicação, tornando a

soberania popular legalmente possível, sem, contudo, se tornar em um fator condicionador. Não pode ser confundida uma limitação com aquilo que é uma condição de possibilidade²¹. É nesse sentido que HABERMAS propõe a *mediação* entre os princípios da soberania popular e dos direitos fundamentais.

No atinente à legitimidade do direito, HABERMAS rejeita a posição legalista do positivismo jurídico, que a vincula à observância dos procedimentos legais estabelecidos previamente para sua elaboração. Ao mesmo tempo, o direito natural e as concepções *a priori* – como visto no caso do imperativo categórico de KANT – são igualmente rejeitadas em prol de uma defesa firme da democracia radical, isto é, em que a única premissa anterior à autodeterminação dos indivíduos de uma comunidade política é o princípio do discurso. A concepção de HABERMAS proclama que a legitimidade do Direito é baseada em uma racionalidade imanente ao próprio Direito, não obstante se reconheça que tal racionalidade é aberta às vicissitudes e dimensões próprias da razão comunicativa, que excedem o “meio” legal.

Servindo-se da dicotomia realizada por KANT, entre a autonomia individual associada à moralidade e a noção coletiva de autodeterminação identificada com o contratualismo, HABERMAS procede a uma composição não-hierarquizada de dois princípios complementares entre si: democracia e moralidade discursiva. Neste desenho, o princípio do discurso racional situa-se em um patamar mais genérico, aplicável a toda e qualquer norma, seja ela de natureza moral, aferida pela universalizabilidade do preceito (Princípio U), seja ela de natureza legal, que recebe a chancela de legitimidade pelo princípio da democracia, pelo qual são assentados os procedimentos gerais para a produção normativa.

Essa é a ponte teórica que HABERMAS lança para a afirmação de um *sistema de direitos* que não se reduz a uma leitura moral dos direitos humanos individuais (liberais) por si só, nem tampouco a uma leitura ética da soberania popular (republicanos), conciliando, a um só tempo, a autonomia privada dos indivíduos com sua autonomia política pública.

A perspectiva habermasiana a respeito da legitimação do direito estabelece uma relação direta com a força de integração social da ação comunicacional, que requer a presença de um sistema de direitos institu-

cionalizado, de tal forma que o produto daquela – como visto, nas diversas formas de realização da razão discursiva, formais ou anarquicamente organizadas – possa vir a ser efetivado perante a própria esfera legal da comunidade política.

A efetividade da aplicação das normas produzidas dentro de uma concepção procedimentalista de democracia, ao mesmo tempo em que reconhece a necessidade de existência de um *meio* que possa servir de ponte para a transformação do poder comunicativo dos indivíduos em poder administrativo, também não ignora que a efetividade das leis requer a instituição de um poder político centralizado que possa fazer valer os comandos contidos nas decisões políticas convertidas em mandamentos legais.

Em *Between Facts and Norms*²², HABERMAS afirma sua proposta de composição das concepções liberal e comunitária, destacando, como condição de possibilidade, a construção necessária de uma base de princípios do Estado Constitucional, que envolve tanto o estabelecimento da garantia das condições necessárias para a geração do poder comunicacional, quanto seu exercício. Ao fazer isso, alcança o autor sua meta de definir um critério de legitimação do direito a partir de sua origem, o poder comunicacional, e a conversão deste em poder administrativo.

O pensamento desenvolvido por HABERMAS identifica a força da ação comunicacional com a formação da vontade e da opinião públicas num ambiente discursivo racional, que deságua em um processo de produção normativa compreensivo de um amplo espaço para o debate, da perseguição do entendimento mútuo, da transferência de conhecimento e da “barganha”, no sentido de se negociar posições previamente antagônicas.

O estabelecimento de certos princípios no Estado Constitucional²³ garante a possibilidade de nascimento de um processo pelo qual os

²² Utilizou-se aqui a versão traduzida para o inglês por William Rehg, colaborador de Habermas, publicada pela MIT Press.

²³ A natureza destes princípios garantidores da realização do discurso livre e igual entre os membros da comunidade enseja grandes debates no pensamento constitucional contemporâneo. É assaz conhecida a discussão travada entre John Hart Ely (*Democracy and Distrust*) e Lawrence Tribe (*Constitutional Choice*). Para Ely, o papel das Cortes Constitucionais se restringiria à guarda dos postulados garantidores da legitimidade do processo político, que, segundo este autor, têm natureza essencialmente procedimental, cumprindo à atividade legislativa da representação democrática a fixação dos valores substanciais da Constituição. Já para Tribe, esta linha divisória entre a natureza procedimental e substantiva dos preceitos

²¹ HABERMAS, Jürgen, op. cit., p. 259

indivíduos de uma comunidade política podem vir a se governar autonomamente, ponto a partir do qual se instala a democracia procedimental. E a pretensão maior de um modelo procedimental democrático é pavimentar o campo necessário para o possível engajamento de todos os cidadãos envolvidos e interessados em um processo de debate argumentativo que possa eventualmente promover a transformação das preferências políticas ou reafirmá-las, ponderando-se, sinceramente e seriamente, as posições divergentes ou contrárias de outros e filtrando as preferências irracionais ou moralmente repulsivas de uma forma não excessivamente paternalista.

Conclusão

O estudo das relações entre soberania popular e direitos humanos, que é a própria essência do debate entre liberais e comunitários, tem importância fulcral para a Teoria da Constituição. A investigação das origens de ambos estes paradigmas e o resgate das condições sócio-jurídicas e filosóficas que lhes serviram de inspiração são indispensáveis para a complexa tarefa de interpretação e aplicação do direito constitucional, revelando a razão subjacente às dificuldades encontradas no processo de busca pela efetivação de direitos mínimos e também na sempre árdua jornada de transformação dos valores culturais presentes nos países recém-abertos ao exercício da democracia.

As relações entre os poderes constituídos e a sociedade dependem de propostas favoráveis à afirmação do espírito constitucional nos países de tradição democrática incipiente. Da mesma sorte, nos países de mais longo convívio com a democracia institucionalizada também são sempre

constitucionais não são tão bem definidas; ao contrário, defende o autor que a plena realização do processo político legítimo não prescinde de concepções valorativas abrangentes da sociedade, sendo que as regras pertinentes ao processo político não se dissociam do aspecto substantivo do texto constitucional, refletindo a própria noção acerca do papel do Estado perante os cidadãos, em particular no que respeita à proteção da dignidade humana. Até mesmo porque as proteções e garantias de natureza manifestamente conteudística, como o acesso à educação fundamental e a liberdade de expressão, *inter alia*, não podem ser dissociadas da discussão acerca da legitimidade do processo político como um todo. Da mesma forma se posiciona Joshua Cohen, em seu texto "Procedure and Substance", publicado na obra *Democracy and Difference – Contesting the Boundaries of the Political*, Seyla Benhabib (ed.), Princeton: Princeton Press, 1996, ps. 95-119.

recorrentes as questões atinentes à identificação dos limites de aplicação e convivência harmônica entre princípios aparentemente irreconciliáveis, matéria recentemente trazida ao debate constitucional brasileiro por meio das obras dedicadas ao estudo da ponderação de interesses²⁴, como veio a ser batizada.

A proposta de HABERMAS, como se procurou de forma bastante breve comentar, pela enorme riqueza e densidade do trabalho do autor, oferece uma alternativa aos extremismos republicano e liberal e tenta conciliar a proteção do direito que se pretende a cada pessoa humana com a garantia do exercício da autonomia pública de todos, uma vez que a autonomia pública e a privada são interdependentes e complementares. Em especial, a perspectiva habermasiana aponta para a construção de instituições político-jurídicas que assegurem e fomentem o debate argumentativo com base no respeito mútuo e no respeito aos direitos individuais fundamentais conforme as exigências e dificuldades de enorme complexidade que se apresentam no mundo contemporâneo.

²⁴ Sobre este tema, destaque-se a original e rica obra de Daniel Sarmento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

Espaço Discente

Ponderação de Princípios: Uma Análise Crítica – Origem, Natureza Jurídica, Dignidade da pessoa Humana e Proporcionalidade

Flávio Leão Pinheiro*

I.

Introdução

O tema da ponderação de princípios foi trazido para o debate jurídico brasileiro há não mais de uma década, por meio dos trabalhos pioneiros de Eros Roberto Grau, Ricardo Lobo Torres e Humberto Bergmann Ávila, então motivados pelos dois grandes teóricos do pós-positivismo, o americano Ronald Dworkin e o alemão Robert Alexy. Seguindo o caminho iniciado por estes, uma série de produções recentes emerge na tentativa de esclarecer alguns pontos sobre a questão¹.

Apesar do intenso debate que se encontra em andamento e da boa receptividade que a ponderação de princípios vem encontrando nos tribunais, é necessária postura cautelosa a seu respeito, porquanto, além de trabalhar com a harmonização dos preceitos constitucionais, a ponderação lida diretamente com a restrição de direitos.

Assim, pretende-se, neste ensaio, delinear um quadro geral sobre a ponderação de princípios e expor o posicionamento mais recentemente da doutrina e dos tribunais.

* Aluno do Departamento de Direito da PUC-Rio e ex-bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC), coordenado pela professora Regina Quaresma.

¹ SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000; ALMEIDA, Liliâne do Espírito Santo, *Conflito Entre Normas Constitucionais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002; DINIZ, Maria Helena, *Conflito de Normas*, 3ª ed. rev., São Paulo: Saraiva, 1998.

De início, busca-se desvendar as origens da ponderação de princípios, que repousam na doutrina e na jurisprudência tedesca, e apresentar as importantes contribuições dos jusfilósofos Robert Alexy e Ronald Dworkin, para, a partir de então, adentrar no intrincado debate doutrinário acerca da definição da sua natureza jurídica. Após detalhada análise das disparidades doutrinárias, procura-se estabelecer o conceito que mais se aproxima das bases filosóficas que a fundamentam.

Em seguida, a ponderação é analisada em face dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana. No que tange ao primeiro, sua abordagem está inserida no tópico que trata dos fundamentos jurídicos da ponderação. Optou-se por analisá-lo separadamente, para se proceder a algumas diferenciações conceituais, sobretudo, relativas ao subprincípio da proporcionalidade estrito senso. Quanto à dignidade da pessoa humana, discute-se a função que assume em face da ponderação de princípios – se pode ou não ser objeto de ponderação – e as posições doutrinárias e da jurisprudência a esse respeito, levantando-se também a questão do mínimo existencial como sendo o limite material para a ponderação.

Por fim, elencam-se alguns julgados dos principais tribunais do país: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, tribunais federais e estaduais. Daí, pode-se concluir a importância que vem adquirindo a temática que ora se apresenta, sobretudo, no que diz respeito ao julgamento de direitos fundamentais.

II.

1. Ponderação de Princípios: origem, conceito e natureza jurídica

1.1. Origem

A ponderação de princípios tem origem na concepção pós-positivista do direito. Mais especificamente, originou-se do trabalho doutrinário e jurisprudencial do direito alemão, encontrando raízes na corrente jusfilosófica da Jurisprudência dos Interesses e da Jurisprudência dos Valores – escolas de origem alemã, que têm como principais representantes, respectivamente, os juristas Philipp Heck e Karl Larenz.

A origem da escola da Jurisprudência dos Interesses repousa na reação ao reducionismo perpetuado pela Jurisprudência dos Conceitos, corrente que procurava reduzir o direito à norma, com desconsideração das questões éticas, políticas e sociológicas. Em apertada, a Jurisprudência dos Interesses procura suplantar a lógica formal pelo estudo e pela avaliação da vida, ou seja, pela pragmática. De acordo com esta concepção, o direito resumir-se-ia na ordenação da garantia dos interesses dos membros da sociedade, enquanto a atividade do juiz se direcionaria para a composição dos interesses das partes, de acordo com a lei. Heck reconhece a existência de lacunas na lei, fazendo que os juizes, diante dessa situação, entreguem-se à tarefa de ordem axiológica, que se possível, uma vez reconhecidos os interesses que estão em jogo². Advogavam seus seguidores que, havendo lacuna na lei, o juiz estaria apto a ponderar a respeito da questão; no entanto, os interesses a serem tutelados deveriam estar dispostos na lei.

A idéia embrionária de ponderação que surgia sofreu severas críticas dos juristas das escolas formalistas, como também da escola da Jurisprudência dos Valores³. Esta última afirmava que a Jurisprudência dos Interesses fazia revigorar o positivismo jurídico, uma vez que a decisão do juiz estaria restrita aos interesses contidos na lei⁴. Ademais, diz-se que a Jurisprudência dos Interesses traduz uma orientação materialista, pois, na vida, não há só interesses, há também valores, que são igualmente decisivos na hermenêutica e na aplicação do direito. Desse modo, sob os auspícios e as críticas da escola da Jurisprudência dos Valores, realmente se inicia o processo de amadurecimento do ideal de ponderação.

A Jurisprudência dos Valores⁵ surge no pensamento jurídico alemão, impulsionado por Rudolf Stammler, no início do século XX; no entanto, é retomada perpetuada por Larenz e pelos Tribunais alemães, nomeadamente o Tribunal Constitucional, no imediato pós-guerra, que a faz

² CAMARGO, Margarida M. Lacombe. *Hermenêutica e Argumentação: Uma Contribuição ao Estudo do Direito*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, pp.89 e ss.

³ Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Da Ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação. In: Zilles, Urbano. *Miguel Reale – Estudos em Homenagem a seus 90 anos*, Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000; e CAMARGO, Margarida M. Lacombe. Op. cit., p.99.

⁴ CAMARGO, Margarida M. Lacombe. Op. cit., p.91.

⁵ Para análise mais acurada a respeito da escola da Jurisprudência dos Valores, Cf. Larenz, Karl, *Metodologia de la Ciencia del Derecho*, Barcelona: Ediciones Ariel, 1966.

ressurgir. A ruptura com o positivismo e o conseqüente abandono do raciocínio causal e teórico deu origem ao aparecimento de teorias metodológicas em que o intérprete aparece como sujeito ativo. De acordo com essa corrente metodológica, o trabalho do intérprete e o bom raciocínio jurídico são orientados a valores ou à valorações na interpretação, na análise do resultado e na resolução do caso. Os valores assumem uma natureza objetiva, tendo de ser válidos para mais do que uma pessoa. Estão excluídas as dimensões subjetivas, isto é, do domínio da opinião individual. Valores, nesse sentido, são instrumentos metodológicos que ajudam a ultrapassar as incertezas que aparecem nos momentos interpretativos e concretizadores, ou seja, ajudam a redescobrir o sentido oculto dos textos jurídicos. Por conseguinte, caberá ao espírito dominante numa sociedade ou comunidade a definição dos valores a ter em conta pelo julgador. Os jusfilósofos dessa escola asseveram que a ponderação é utilizada para determinar o alcance completo dos direitos fundamentais⁶.

Por fim, afirma Karl Larenz que, para a escola da Jurisprudência dos Valores, "a ponderação de bens em cada caso é um método de complementação do direito, que visa a solucionar as colisões de normas"⁷.

1.2. Dworkin e Alexy

O grande passo para alcançar o modelo de ponderação que atualmente se discute foi dado, no entanto, por Ronald Dworkin⁸. Por meio da clássica distinção que estabelece entre regras e princípios, impõe o modelo de ponderação. Assim, somente os princípios poderiam ser ponderados, pois afinal, compartilham da dimensão do peso, isto é,

⁶ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 645.

⁷ *Apud*. TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.645.

⁸ Não podemos deixar de mencionar a importância do trabalho do jurista alemão Friedrich Müller. Müller se encontra na mesma faixa histórica que Dworkin. Assim como este, ocupou-se com a "conexidade Direito/Moral, buscando abalar e desterrar da ciência jurídica o positivismo de Hart", aquele fez o mesmo na Alemanha, no entanto, utilizando o "normativismo de sua teoria estruturante do Direito, intentando ultrapassar pelas vias conceituais de uma concepção material o formalismo normativista de Kelsen", nos explica Paulo Bonavides. Gisele Cittadino também equipara a corrente alemã da Nova Hermenêutica, que tem Müller como um dos seus principais representantes, com as idéias de Dworkin. Cf. BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000, p.248, e CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e Justiça – Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 28 e ss.

podem ser aplicados ou não, dependendo assim do caso concreto. Ao passo que, em relação às regras, o procedimento é diferente. Elas são comandos de fazer ou não fazer e vigoram de acordo com os critérios de validade e eficácia. Dessa forma, ou são aplicadas ou não (critério do *all-or-nothing*). Enquanto Dworkin foi o responsável pela distinção entre princípios e regras, é o alemão Robert Alexy que irá sistematizar de forma consistente o modelo de ponderação.

A distinção que Alexy faz entre regras e princípios é, em sua essência, a mesma que postula Dworkin. Alexy, entretanto, compartilha visão mais ampla a respeito dos princípios. Enquanto Dworkin restringe os bens coletivos a meras *policies*⁹, Alexy os insere em seu conceito de princípio – “Dworkin concebe o conceito de princípio de uma maneira mais estreita”, assevera o jurista alemão¹⁰.

O grande diferencial que traz o jurista alemão, todavia, é no que diz respeito à sistematização das colisões entre normas. Ao conceituar os princípios como mandamentos de otimização, estabelece que estes, obrigatoriamente quando em colisão, deverão ser ponderados. O próprio Alexy ressalta essa diferenciação, afirmando que suas distinções entre regras e princípios são parecidas com a de Dworkin, “mas, se diferenciam dela em um ponto essencial, ou seja, na caracterização dos princípios como *mandados* de otimização”¹¹. O jurista alemão também segue a mesma direção da Jurisprudência dos Valores, primando pela estreita relação entre princípios e valores¹².

É, portanto, com base na teoria desenvolvida por Dworkin que se estabelecem os fundamentos necessários para a construção de um modelo

⁹ Assim afirma o jurista norte-americano: “(...) I shall be more precise, and distinguish between principles and policies. Although nothing in the present argument will turn on the distinction, I should state how I draw it. I call policy that kind of standard that sets out a goal to be reached; generally an improvement in some economic, political, or social feature of the community (though some goals are negative, in that they stimulate that some feature is to be protected from adverse change). I call a principle a standard that is to be observed, not because it will advance or secure an economic, political, or social situation deemed desirable, but because it is a requirement of justice or fairness or some other dimension of morality”, cf. DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, 1980, p.22.

¹⁰ ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 111.

¹¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 87, nota 27.

¹² BONAVIDES, Paulo. Op. cit., p. 252.

de ponderação. O jurista alemão Robert Alexy, no entanto, desenvolve-os, pois, trabalha com os direitos fundamentais e sistematiza um mecanismo para resolver o problema da colisão entre esses direitos. Ao estudar julgados do Tribunal alemão, mais especificamente o caso da “incapacidade processual”¹³, ele extrai um dos fundamentos da teoria dos princípios que reflete o caráter de mandado de otimização, estabelecendo a não existência de relações absolutas de precedência entre os princípios¹⁴. Já com base em outro julgado, o caso Lebach¹⁵, observa outro aspecto fundamental, qual seja, os resultados da ponderação. Alexy determina que estes têm valor de normas adscritas¹⁶, ou seja, aquelas que não se encontram estabelecidas formalmente no ordenamento jurídico. Ademais, expõe o autor alemão que, diante do resultado de cada ponderação, podem-se formular regras de prevalência condicionada, que expressam, precisamente, sob quais condições um princípio deve prevalecer frente a outro.

Por fim, é necessário observar que a teorização de Robert Alexy sobre a ponderação de princípios não se resume a esses aspectos. Suas idéias vão muito além. Como se preza, porém, pela objetividade, não cabe discorrer sobre toda obra do autor¹⁷. Destacam-se esses pontos por entendê-los fundamentais para demonstrar a importância do seu trabalho para o desenvolvimento da ponderação. Outros pontos de sua obra serão discutidos nos tópicos que seguem.

1.3. Conceito e natureza jurídica

“Ponderar” é palavra que deriva do vocábulo latino *pondero* – de *pondus, poderis*, peso – introduzida na língua portuguesa em meados do século XVI. Significa ‘atribuir pesos para calcular a média ponderada’, ou então, ‘examinar com exatidão e minúcia’, ‘avaliar e apreciar’, ‘meditar e refletir sobre determinado assunto’. O que se pode extrair desse

¹³ ALEXY, Robert. Op.cit., p. 90.

¹⁴ ALEXY, Robert. Op.cit., p. 90.

¹⁵ ALEXY, Robert. Op.cit., p. 90.

¹⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 95.

¹⁷ Em excelente trabalho – dissertação de mestrado da PUC-Rio - Alice Geremberg analisa a obra do autor alemão. Cf. GEREMBERG, Alice Leal Wolf. *Direitos Fundamentais e a Argumentação Jurídica, Tese de Mestrado* – PUC-Rio, 2001.

conceito, por conseguinte, é que “ponderar” está intrinsecamente ligando ao sentido de ‘oprar, em circunstâncias particulares, fazendo uso de profunda reflexão’, isto é, uma escolha que não se consuma por obra do acaso ou por capricho; ao contrário, pressupõe o exame de minúcias do objeto até se chegar à conclusão.

Transpondo a linguagem cotidiana e inserindo-a no mundo jurídico, o termo ‘ponderação’ assume um aspecto mais técnico; no entanto, em sua essência, continua válida a idéia de ‘escolha com cautela, equilíbrio’. Indo além, a idéia de ponderação está visceralmente ligada à noção de justiça¹⁸.

No que tange ao seu significado jurídico, pode-se afirmar que a ponderação constitui meio para resolução de conflito normativo quando estão em jogo dois princípios, ou seja, somente quando dois princípios entram em choque pode ser utilizada, pois, conforme se afirmou em outras oportunidades, só aos princípios é conferida a dimensão de peso – somente os princípios são *mandados de otimização*. Em contraposição à idéia de subsunção, quando existe uma regra aplicável ao caso em abstrato, a ponderação é justamente o oposto. Recorre-se à ponderação nos casos em que o silogismo não funciona, em razão da ausência de regras que podem ser utilizadas como premissas maiores. A ponderação, em particular, como dito, é utilizada para normas que não estão formuladas condicionalmente, isto é, os princípios¹⁹.

Quando ocorre, então, colisão entre regras, o intérprete fará uso dos critérios cronológico, hierárquico ou da especialidade. Isso ocorre porque, diferentemente dos princípios, as regras não se enquadram na dimensão de peso, e sim, obedecem aos critérios de validade e eficácia. Ou se aplica ao caso, ou não terá validade (*all-or-nothing*).

Nada obstante essa simplória exposição, o tema da ponderação de princípios assume diferentes contornos, conforme os distintos enfoques doutrinários. Alguns afirmam que se trata de um método ou técnica para a resolução de conflitos entre princípios, outros conferem o caráter de princípio, qualificando-a como princípio formal/instrumental, sem

¹⁸ SARMENTO, Daniel. *Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2000, p.19.

¹⁹ SANTIAGO, José Rodríguez de. *La Ponderación de Bienes e Intereses en el Derecho Administrativo*, Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 2000, p.10.

o qual jamais se poderia alcançar o equilíbrio do ordenamento jurídico. As implicações práticas para essa diferenciação seriam as seguintes: o *método da ponderação* estaria restrito a procedimentos necessários para se resolverem os casos onde princípios se encontram em conflitos. A doutrina e a jurisprudência são responsáveis pela sua elaboração²⁰. Nesse sentido, encontram-se alguns autores que se preocuparam em propor uma metodologia para se “ponderar”, como, por exemplo, Sarmento e Alexy.

O método da ponderação ocupa-se de três fases sucessivas: a fase da identificação, da valoração e a da avaliação do menor prejuízo²¹. Ou seja, primeiro, o aplicador do direito terá que constatar a natureza do conflito e procurar estabelecer os princípios e valores que se encontram em conflito. Depois, avaliar a dimensão de cada um a luz do caso em concreto. Ao final, irá decidir qual será o direito que irá prevalecer.

Já o *princípio da ponderação* é diferente. Este é o fator que impõe o dever ao magistrado de proceder de acordo com o caso concreto. A metodologia pode diferir diante da configuração do conflito entre princípios; no entanto, de acordo com essa concepção, o aplicador do direito não poderá abrir mão de recorrer preliminarmente ao fato, para então poder justificar a sua decisão. Em outras palavras, não se pode estabelecer uma construção valorativa prévia, como, por exemplo, determinar que, na República Federativa do Brasil, por estar configurado o Estado Democrático de Direito, Art. 1º, da CF, a liberdade de expressão, Art. 5, inc. IX, da CF, consubstancia-se em um direito absoluto.

Em suma, a caracterização da ponderação como método implica considerá-la apenas um instrumento à disposição do magistrado. Por sua vez, se concebido como princípio – dever jurídico – obrigará ao magistrado a recorrer ao caso concreto quando diante de conflito normativo. Outrossim, impedirá construções valorativas prévias.

No que diz respeito aos principais juristas que lidam com o tema, pode-se constatar clara a divisão de concepções relativas à natureza

²⁰ Moreira Neto afirma que o método pode ser estabelecido tanto pelo legislador, quanto assentadas pela jurisprudência, pela doutrina, e, até mesmo pelo próprio aplicador. Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 77.

²¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 77.

jurídica da ponderação de princípios. Luis Roberto Barroso, J.J. Gomes Canotilho e Daniel Sarmento concebem-na sob a forma de método. Já Diogo de Figueiredo e Ricardo Lobo Torres a apresentam como princípio, sendo que Torres aprofunda essa idéia, a ponto de afirmar ser a ponderação-princípio que legitima todo o ordenamento jurídico.

Luis Roberto Barroso, em diversos trabalhos em que trata da questão²², sustenta, basicamente, que a ponderação de princípios é “técnica”²³, “linha de raciocínio”²⁴ ou “mecanismo”²⁵ “pelo qual se procura estabelecer o peso relativo de cada um dos princípios contrapostos”²⁶. No mesmo sentido, Daniel Sarmento, em trabalho pioneiro no país²⁷, define a ponderação como “método utilizado para a resolução destes conflitos constitucionais [conflitos entre princípios]”²⁸, o que também pode ser notado se analisada a obra do constitucionalista português, J.J. Gomes Canotilho²⁹.

Os juristas acima citados, a despeito de estarem fazendo uso do termo “método da ponderação”, empregam, porém, nos respectivos trabalhos, linha de raciocínio que pressupõe a ponderação de princípios não como um simples método que pode ou não ser utilizado conforme o critério do aplicador, mas, sim, como um método de caráter vinculado, que obriga o aplicador do direito, em vista de determinados casos, ou seja, obriga o juiz a fazer uso de tal método. Para esclarecer esse entendimento opta-se por analisar a obra do jurista português, que se assemelha a dos juristas brasileiros.

²² Entre eles *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999; “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional”. *Revista de Direito Administrativo* 225: 5-37, 2001; “A segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 49-73.

²³ BARROSO, Luis Roberto. “A segurança Jurídica na Era da Velocidade e do Pragmatismo”. In: *Temas de Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.68.

²⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.192.

²⁵ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., 192.

²⁶ BARROSO, Luis Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional”. *Revista de Direito Administrativo* 225: 5-37, 2001.

²⁷ O primeiro jurista brasileiro a sistematizar o tema da ponderação de interesses e propor um modelo de ponderação. Cf. SARMENTO, Daniel. Op. cit., 2000.

²⁸ Sarmento, Daniel. Op. cit., 2000, p.97.

²⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Liv. Almedina, 2000, pp. 1220 e ss.

Assevera Canotilho que “em muitas propostas metodológicas a ponderação é apenas um elemento do procedimento da interpretação/aplicação de normas conducente à atribuição de um significado normativo e à elaboração de decisão”³⁰. E assim, prossegue:

“vai recortar-se em termos autônomos [a ponderação] para dar relevo à idéia de que no momento de ponderação está em causa não tanto atribuir um significado normativo ao texto da norma, mas sim equilibrar e ordenar bens conflitantes (ou, pelo menos, em relação de tensão) num determinado caso”³¹.

Nesse sentido, o autor faz importante distinção entre interpretação e ponderação, ou seja, estabelece que respondem a exigências metódicas diferentes, e, no que diz respeito à percepção da ponderação de princípios com caráter vinculativo, pode-se percebê-la em várias passagens.

Primeiro, o mestre português explica que, em determinadas situações, *impõe-se a ponderação*³², estabelecendo que essa *deve* ser aplicada quando ocorrer:

“a existência, pelo menos, de dois bens ou direitos reentrantes no âmbito de proteção de duas normas jurídicas que, tendo em conta as circunstâncias do caso, não podem ser ‘realizadas’ ou ‘otimizadas’ em todas as suas potencialidades. Concomitantemente, pressupõe a inexistência de regras abstractas de prevalência, pois neste caso o conflito deve ser resolvido segundo o balanceamento abstracto feito pela norma constitucional”³³.

Em seguida, acompanhando as lições do alemão Robert Alexy, o jurista assevera que “excluem-se, por conseguinte, *relações de preferência prima facie*, pois nenhum bem é, *prima facie*, quer excluído porque se afigura excessivamente débil, quer privilegiado porque, *prima facie*, se afigura com valor ‘reforçado’ ou até absoluto”³⁴.

³⁰ CANOTILHO, J.J. Op. cit., p.1223.

³¹ CANOTILHO, J.J. Op. cit., p.1221.

³² CANOTILHO, J.J. Op. cit., p.1224.

³³ CANOTILHO, J.J. Op. cit., p.1224.

³⁴ CANOTILHO, J.J. Op. cit., p.1224.

Pelo exposto, não se pode deixar de concluir o que foi afirmado anteriormente: apesar de Canotilho, em momento algum afirmar que a ponderação é um princípio, e, ao contrário, utilizar-se do termo “método”, resta claro, em seu entendimento, que o aplicador do direito não tem opção de julgar de forma diversa quando em face da hipótese citada. Em suma, na visão de Canotilho, a ponderação assume feições de um dever jurídico.

No mesmo sentido discorrem Luis Roberto Barroso e Daniel Sarmento. O simples fato de reconhecerem a possibilidade da existência de conflito normativo entre princípios constitucionais já implica, em contrapartida, reconhecimento da ponderação de princípios como um método vinculado, posto que não há outra forma de solucionar esta questão.

Outros juristas adotam uma linha de raciocínio diferente, conferindo à ponderação de princípios a natureza de princípio jurídico, dessa forma, deixando mais claro o dever jurídico da ponderação. Entre eles encontram-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Ricardo Lobo Torres.

Moreira Neto, em seu *Curso de Direito Administrativo*, traz importantes esclarecimentos a respeito da vinculação e obrigatoriedade da ponderação. Após delinear os principais conceitos acerca do tema, declara que:

“O método de ponderação não é, contudo, uma disponibilidade intelectual do aplicador, mas um dever jurídico, a ser por ele observado sempre que deva decidir diante de uma concorrência de princípios sobre a mesma hipótese, o que põe em evidência a existência de um princípio da ponderação, que tanto orientará o legislador quanto o aplicador, em diferentes momentos”³⁵.

Adiante, corroborando tal entendimento, expõe o administrativista:

“Ora, se existe dever de ponderar, a ponderação é também muito mais que um método ou um resultado de aplicação de um método, trata-se de um princípio jurídico, tão importante quanto qualquer outro instrumental,

³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*, 12ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2001 p.77.

que concorrem para conduzir o legislador à formulação do melhor preceito em abstrato, e o intérprete aplicador, à mais perfeita observância da ordem jurídica no caso concreto”³⁶.

Ricardo Lobo Torres compartilha mesma posição. Em obra clássica sobre a interpretação das normas de direito tributário, afirma que, diante da existência de contradição aparente entre normas-princípio, deve-se, antes da aplicação dos princípios aos casos concretos, haver a ponderação diante dos interesses em jogo³⁷.

No mesmo trabalho, porém, em tópico reservado aos princípios gerais de direito, elenca alguns princípios que considera exercerem influência sobre a interpretação do direito tributário, e, dentre eles, destaca o *princípio da ponderação de interesses*³⁸.

Apesar de vários estudos apontando no mesmo sentido, reconhecendo a natureza de princípio que emana da ponderação³⁹, é em seu mais recente trabalho⁴⁰ que o tributarista investiga a fundo a questão de sua natureza principiológica. Enfrentando a questão da legitimidade do Estado Moderno, e, principalmente, dos direitos fundamentais, Torres irá recorrer aos “princípios formais”⁴¹ da ponderação e da razoabilidade.

³⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p.85.

³⁷ TORRES, Ricardo Lobo. Normas de Interpretação e Intergração do Direito Tributário, 3ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p.45.

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p. 58.

³⁹ Entre elas, “Da ponderação de Interesses ao Princípio da Ponderação”. In: Zilles, Urbano. Miguel Reale – Estudos em Homenagem a seus 90 anos, Porto Alegre: EDIPUCRS; *Tratado de Direito Constitucional Tributário e Financeiro – O Orçamento na Constituição*, vol. V, 2ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000; *Tratado de Direito Constitucional Tributário e Financeiro – Os Direitos Humanos e a Tributação, Imunidades e Isonomia*, Rio de Janeiro: Renovar: 1999.

⁴⁰ TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Neste estudo Torres objetiva analisar especificamente o problema da legitimação pela intermediação dos princípios formais da ponderação e da razoabilidade.

⁴¹ Importante análise sobre o tema da ponderação é apresentada por Humberto Bergmann Ávila. Ao elaborar estudo sobre o tema conclui que a ponderação e a proporcionalidade não se caracterizam como sendo norma-princípio ou princípio. Proporcionalidade e ponderação consistem em postulados normativos aplicativos, pois não podem ser ponderados. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. In: Revista Diálogo Jurídico, Salvador: CAJ, v. I, n.º4, julho, 2001. Nesse sentido que Torres utiliza a expressão “princípios formais”, ou seja, não podem ser ponderados. Robert Alexy compartilha da mesma idéia. Afirma que os subprincípios da proporcionalidade não podem ser ponderados, pois, assumiriam caráter de regras. Cf. ALEXY, Robert. Op. cit., p. 112, nota n.º84.

A saber, declara o autor que "a legitimidade do Estado Moderno tem que ser vista sobretudo a partir do equilíbrio e harmonia entre valores e princípios jurídicos afirmados por consenso"⁴². Daí a importância da ponderação e da razoabilidade, pois, a partir do instante em que se abandona a idéia de concretização de um sistema hierárquico de valores, em decorrência do pluralismo e da democracia deliberativa, tem que se recorrer a procedimentos deliberativos que sejam compatíveis com a "nova realidade".

Nesse sentido, a ponderação e a razoabilidade ganham dimensão mais ampla, para caracterizarem-se como princípios de legitimação de todos os outros princípios constitucionais⁴³. Corroborando esta afirmação Willis Santiago Guerra Filho, ao afirmar serem esses "os princípios dos princípios"⁴⁴. Assim, a democracia, a soberania, a livre iniciativa e os demais princípios fundamentais necessitam de intermediação de princípios de legitimação, que, sendo formais, vão permitir o equilíbrio entre todos os princípios⁴⁵.

Indo adiante no debate da ponderação no direito pátrio, Torres, buscando subsídios na doutrina e jurisprudência alemãs, expõe a perspectiva da justiça fundada na proporcionalidade, introduzindo a idéia de Estado de Ponderação⁴⁶. Assim, a partir dessa concepção, pode-se afirmar a existência do princípio da ponderação.

Por fim, única ressalva que deve ser feita a esse respeito é em relação aos autores que defendem a posição da ponderação como método. Estes tendem a ter uma visão um pouco mais restrita quanto à aplicação da ponderação, estabelecendo a dignidade da pessoa humana como um valor constitucional superior, sendo uma espécie de guia no modelo de ponderação (*v. infra*, item 3).

A despeito das divergências doutrinárias a respeito da natureza jurídica da ponderação de princípios, não resta dúvida de que se trata de um dever jurídico, o dever de ponderar, pouco importando que seja

⁴² TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.405.

⁴³ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.423

⁴⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. "Princípio da Proporcionalidade e a Teoria do Direito". In: Grau, Eros Roberto e Guerra Filho, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional - Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros: 2001, p.269.

⁴⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.421.

⁴⁶ Principalmente em Walter Leisner. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.425.

considerado método ou princípio. Entende-se, todavia, ser mais apropriada a utilização do termo princípio, pois, torna mais claro o caráter de dever jurídico, assim, facilitando a sua aplicação e interpretação e permitindo também o controle mais eficaz das decisões judiciais.

No que tange ao posicionamento jurisprudencial, a saber, entende-se que este converge no sentido da obrigatoriedade da ponderação, pois, a partir do momento em que se admite a não existência de direitos absolutos, como dita o Supremo Tribunal Federal, passa-se a aceitar a tese da ponderação representando um dever jurídico, sendo assim impossível estabelecer uma hierarquia normativa entre normas constitucionais. Assim decidiu o STF:

"OS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS NÃO TÊM CARÁTER ABSOLUTO. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas - e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros"⁴⁷.

Outros tribunais adotam a mesma posição, como se pode apreciar em agravo de instrumento julgado pela primeira turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, onde se afirma a relativização dos direitos fundamentais. Assim dispõe o tribunal:

⁴⁷ STF, MS-23452/RJ, Relator Min. Celso de Mello, 16.09.99.

“A doutrina constitucional mais autorizada afasta a prevalência do interesse geral sobre interesse particular, em qualquer circunstância, e sustenta a impossibilidade de estabelecer-se relação de precedência entre direitos fundamentais, devendo a eventual colisão de normas que os veiculam ser resolvida frente à situação determinada; hipotética ou concreta, na dimensão do peso e não da validade, e sempre frente a situação determinada”⁴⁸. (nosso grifo)

O tribunal de justiça do Rio Grande do Sul externa entendimento idêntico em inúmeros julgados, deixando claro que não existem direitos absolutos, como demonstra ementa selecionada que segue transcrita abaixo:

“Responsabilidade civil. Órgão de imprensa. Colisão de direitos constitucionais. liberdade de expressão e informação. direito de personalidade. posto inquestionável o direito à liberdade de expressão, consagrado no art-5, inc-ix, da Constituição Federal, não é absoluto, submetendo-se também a mídia ao controle judiciário quando, no exercício desse direito de livre expressão da atividade artística e de comunicação, infringe outro valor constitucionalmente assegurado. limite da licitude.”⁴⁹ (nosso grifo)

Assim, seguindo entendimento de parte da doutrina, resta entendido que a ponderação deve assumir o caráter de dever jurídico, ou seja, obrigar o aplicador do direito, diante dos casos difíceis, a recorrer às peculiaridades dos casos concretos para estar apto a proceder ao julgamento final, pois somente dessa forma estaria sua decisão legitimada. E, pelo fato do STF, como também de outros tribunais, se posicionarem em favor da não existência no ordenamento jurídico de direitos absolutos, acredita-se que tal entendimento corrobora a teoria do dever jurídico da ponderação.

⁴⁸ TRF, 2ª Região, Agravo de Instrumento n.º 53456, rel. Juiz Carreira Alvim, 28.08.2000
⁴⁹ Apelação Cível N.º 70000258194, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rs, Relator: Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 22/03/00.

2. Fundamentos do Princípio da Ponderação de Princípios

Quando se busca o fundamento para determinado instituto jurídico, deve-se perquiri-lo dentro do próprio ordenamento⁵⁰. Assim, para conferir suporte jurídico para a ponderação de princípios, podem-se destacar dois fundamentos dentro do ordenamento jurídico brasileiro; mais especificamente, na Constituição: o princípio da unidade da constituição e o caráter principiológico de algumas normas constitucionais (princípio como mandado de otimização).

O princípio da unidade da constituição é uma especificação da interpretação sistemática, e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre as normas constitucionais. A essência da idéia de unidade da Constituição pode ser sintetizada no voto do Min. Moreira Alves, julgando Ação direta de inconstitucionalidade (ADIN) na qual o autor aspirava à inconstitucionalidade de preceito constitucional:

“Essa tese – de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras – é incompatível com o sistema de Constituição rígida (...) em tal regime, são indistintamente constitucionais todas as cláusulas constantes da Constituição, seja qual o conteúdo ou natureza.”

Assim, complementa Alves:

(...) delas [nossas Constituições republicanas] resulta a estreita observância do princípio da unidade da Constituição.”⁵¹

A saber, o princípio da unidade não aceita a existência de hierarquia normativa. Impõe ao intérprete o dever de harmonizar as contradições em âmbito constitucional. Com isso, apesar da pluralidade, que caracteriza o documento constitucional, a idéia de sistema, de que há harmonia entre os preceitos, não pode desaparecer, ao passo que, se isso ocorresse, descaracterizaria o pacto constitucional.

⁵⁰ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., pp. 401 e ss.

⁵¹ STF, ADIN n.º 815-3, relator Min. Moreira Alves.

O papel do princípio em questão é, portanto, o de “reconhecer as contradições e tensões – reais ou imaginárias – que existam entre as normas constitucionais e delimitar a força vinculante e o alcance de cada uma delas”⁵², operando por meio de outros princípios e regras de interpretação⁵³. Daí a relação entre o princípio da unidade da constituição e o princípio da ponderação de princípios: aquele, não permitindo que as de tensões e contradições em âmbito constitucional resultem em supressão de algum preceito, convoca a ponderação de princípios para auxiliar o intérprete. Nesse sentido, deve-se sempre ter em mente que o pluralismo se projeta na Constituição e o intérprete deve esforçar-se para harmonizar seus preceitos caso ocorra o conflito⁵⁴, assim, deve-se sempre recorrer à ponderação em casos de conflitos normativos entre princípios constitucionais.

É certo também que a nova estrutura conferida ao direito, qual seja, a natureza principiológica de algumas normas constitucionais, é fundamento para que se possa operar a ponderação. Ademais, vale ressaltar que o caráter principiológico é igualmente conferido às normas de direito fundamental, como já explicitado em vários exemplos, e nos julgados dispostos ao longo deste trabalho. Para esclarecer a questão, recorre-se à teoria dos princípios.

Conforme explica Alexy, “a teoria dos princípios não diz que o catálogo de direitos fundamentais não contém regras (...) Ela afirma não apenas que os direitos fundamentais, enquanto basiladores de definições precisas e definitivas, têm estrutura de regras, como também acentua que o nível de regras precede *prima facie* ao nível dos princípios. O seu ponto decisivo é o de que atrás das regras existem os princípios”⁵⁵.

Com a finalidade de impedir o esvaziamento dos direitos fundamentais sem introduzir uma rigidez excessiva, a natureza principiológica flexibiliza a aplicabilidade dos direitos fundamentais, de maneira a permitir sua otimização.

⁵² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. revis. e atual., São Paulo: Saraiva: 1999, p. 192.

⁵³ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p.190.

⁵⁴ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.193.

⁵⁵ ALEXY, Robert. *Colisão de Princípios como Problema Fundamental da Dogmática dos Direitos Fundamentais*, mimeo, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Palestra proferida na Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, 11/12/1998, p.12.

2.1. Proporcionalidade e ponderação

O estudo dos fundamentos da ponderação de princípios não pode prescindir de análise acurada sobre o tema da proporcionalidade, pois, foi à luz desse conceito que se desenvolveu o método de ponderação⁵⁶. O princípio da proporcionalidade⁵⁷ tem a tarefa primordial de condicionar o exercício do poder público, seja do executivo ou do legislativo, de modo a impedir o abuso ou a fraude à Constituição, consubs-tanciando-se na constante busca de equilíbrio entre o exercício do poder e a preservação dos direitos dos cidadãos⁵⁸. Como observa Gilmar Ferreira Mendes, portanto,

“A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o princípio da proporcionalidade.”⁵⁹

⁵⁶ GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. *A sindicabilidade dos direitos prestacionais*, 2001, mimeografado. *Apud.* Barroso, Luis Roberto. “Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional”. *Revista de Direito Administrativo* 225: 5-37, 2001.

⁵⁷ A doutrina majoritária considera que os termos razoabilidade e proporcionalidade possuem o mesmo sentido. A razoabilidade, no entanto, tem como fonte originária o direito norte americano, e se fundamenta na cláusula do devido processo legal. Já o princípio da proporcionalidade teve origem no direito alemão, e fundamenta-se no Estado Democrático de Direito. Nesse sentido convergem Luis Roberto Barroso, Suzana de Toledo Barros, Daniel Sarmento, Gilmar Ferreira Mendes. Ao passo que, Humberto Bergmann Ávila, diferencia os dois princípios. Assim, considera que a razoabilidade deve ser analisada sob a perspectiva da situação pessoal do sujeito envolvido, enquanto, a proporcionalidade é analisada com base na relação meio-fim. Cf. ÁVILA, Humberto Bergmann. Op. cit., p.29. Não obstante a existência de controvérsia, adotar-se-á o termo proporcionalidade no mesmo sentido de razoabilidade.

⁵⁸ A respeito do tema, ver: BARROS, Suzana Toledo e. *O princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direito Fundamentais*, 2ªed., Brasília: Brasília Jurídica, 2000; BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 3ª ed. revis. e atual., São Paulo: Saraiva: 1999; BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª ed., São Paulo: Malheiros, 2000; GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Princípio da Proporcionalidade e a Teoria do Direito”. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Org.). *Direito Constitucional – Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo: Malheiros: 2001; ÁVILA, Humberto Bergmann. “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”. In: *Revista Didlogo Jurídica, Salvador*: CAJ, v. 1, n.º4, julho, 200; MENDES, Gilmar Ferreira. “A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”. In: *Repertório IOB de Jurisprudência*, São Paulo, n.º 23, p.470, dez. 1994; SARMENTO, Daniel. *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumem Iuris, 2000.

⁵⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. cit., p.68.

No intuito, todavia, de conferir maior densidade jurídica a esse preceito, a doutrina alemã, desenvolveu ao longo do tempo, subprincípios que decorrem do princípio da proporcionalidade. São esses os subprincípios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade estrito *sensu*. O subprincípio da adequação corresponde à exigência de que o meio que se pretende empregar para a consecução de certo objetivo deve ser adequado, isto é, verifica as possibilidades fáticas do meio que vai restringir determinados direitos.

Quanto ao subprincípio da necessidade, impõe-se a verificação da existência de outros meios restritivos de direito menos gravosos do que o que se pretende utilizar. Novamente, analisam-se as possibilidades fáticas. Não obstante tais exigências, muitas vezes não se mostram suficientes para determinar a justiça da medida restritiva de direito. Assim, recorre-se ao subprincípio da proporcionalidade estrito *sensu*, para complementar os postulados da adequação e da necessidade.

O subprincípio da proporcionalidade estrito *sensu* resume-se na exigência de verificar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia é estabelecer um equilíbrio entre os valores em jogo, e o que o difere dos outros dois postulados, é que se restringe ao exame das possibilidades jurídicas. Assim, com fundamento na máxima de proporcionalidade estrito *sensu*, Robert Alexy conclui que os princípios são mandamentos de otimização. A lógica que impera é a de que todo direito/princípio poderá sofrer restrição diante de determinada situação fática⁶⁰, asseverando o jurista alemão que esse postulado é um mandado de ponderação⁶¹.

No que tange ao exame dos pontos de conexão e de relativa independência conceitual que, se dá entre a ponderação e o princípio da proporcionalidade, convém destacar duas idéias. Primeiro, no que diz respeito ao âmbito de aplicação do princípio da proporcionalidade; a ponderação que se realizará será feita entre um direito individual e um bem coletivo, por exemplo, direito de reunião *vs.* ordem pública, propriedade privada *vs.* proteção ao meio ambiente, integridade física e intimidade *vs.* interesse público em investigação de algum delito, e etc⁶².

⁶⁰ ALEXY, Robert. Op. cit., pp. 111 e ss.

⁶¹ ALEXY, Robert. Op. cit., p. 112.

⁶² SANTIAGO, José María Rodríguez de. Op. cit., 106.

Também, necessário chamar a atenção a respeito da circunstância de que as exigências da proporcionalidade estão presididas pela lógica da relação meio-fim, ou seja, trata-se sempre de examinar se a utilização de um determinado meio – a limitação do âmbito de autodeterminação individual – é proporcional em face da consecução de certo fim – o bem público a que aquela limitação se ordena⁶³.

Assim, pode-se concluir que, no princípio da proporcionalidade, que contém três mandados ou requisitos, a ponderação – denominada também proporcionalidade estrito *sensu* – é somente o terceiro. Logo, pois, o princípio da proporcionalidade não é somente ponderação.

Já no que diz respeito ao âmbito exclusivo de aplicação da ponderação, mister observar as lições do jurista Rodríguez de Santiago:

“Junto à ponderação, como terceiro requisito do princípio da proporcionalidade, aparecem hipóteses de aplicação do método da ponderação que não dizem respeito ao campo de atuação do princípio da proporcionalidade por faltar o elemento de intervenção do poder [estatal] na liberdade do indivíduo. São, especialmente, os casos de conflitos entre direitos individuais”.

E complementa o autor:

“Nesses casos [conflitos de direitos entre cidadãos] não parece que se dêem propriamente os pressupostos que explicam e fazem aplicáveis o princípio da proporcionalidade – intervenção estatal em âmbitos de autodeterminação individual, tensão entre poder público-liberdade do cidadão – em toda sua amplitude (utilidade, necessidade, ponderação). Aqui, há somente ponderação, que pode levar a argumentações e a resultados às vezes semelhantes aos da doutrina relativa ao princípio da proporcionalidade, mas que não se regem por essa.”⁶⁴ (nossa tradução)

Assim, pode-se afirmar, assevera o jurista espanhol, que o princípio da proporcionalidade inclui a ponderação – não só a ponderação, mas

⁶³ SANTIAGO, José María Rodríguez de. Op. cit., 107.

⁶⁴ SANTIAGO, José María Rodríguez de. Op. cit., 109 e 110.

também outros – e que a ponderação tem um âmbito de aplicação mais amplo do que o princípio da proporcionalidade⁶⁵.

Deve-se observar, outrossim, que, por mais que decorram do mesmo fundamento, qual seja, do entendimento do princípio como mandado de otimização, proporcionalidade e ponderação não podem ser confundidas, pois dificultam a aplicação do direito e sua interpretação. Deve restar claro que a proporcionalidade é critério que concebe ao magistrado verificar a constitucionalidade de medidas que restrinjam direitos. Ao passo que a ponderação, enquanto método, é a técnica pela qual se vai resolver o conflito entre princípios – tendo como critério a proporcionalidade e o mínimo existencial; e, como princípio, consubstancia-se no dever que se impõe ao magistrado de seguir o método diante do conflito em questão.

Por fim, cabe acrescentar a função de pauta procedimental que exerce o princípio da proporcionalidade diante da ponderação, como observa Daniel Sarmento. Assim, o magistrado, quando diante do conflito de princípios constitucionais, vai recorrer à proporcionalidade como sendo a pauta procedimental que irá guiar e limitar a atuação do aplicador do direito⁶⁶, pois a restrição imposta a outro princípio constitucional deverá ser: (i) apta a garantir a sobrevivência do interesse contraposto; (ii) não houver solução menos gravosa; (iii) o benefício logrado com a restrição deve compensar o grau de sacrifício imposto⁶⁷.

3. Princípios Absolutos e a Dignidade da Pessoa Humana

Importante, nesse momento, proceder a algumas observações acerca do princípio da dignidade da pessoa humana. Isso se deve ao fato de que, primeiro, não há na doutrina uma definição quanto à função que este postulado deve desempenhar no *jogo* da ponderação. Ademais, o posicionamento doutrinário, quanto a sua função e quando ao reconhecimento de hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, implica restrição da aplicação da ponderação de princípios. Por ora, analisar-se-á a posição de alguns doutrinadores em relação ao tema.

⁶⁵ SANTIAGO, José María Rodríguez de. Op. cit., 111.

⁶⁶ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.78.

⁶⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, p. 223. *Apud.* Sarmento, Daniel. Op. cit., p.96.

Daniel Sarmento, ao trabalhar com a temática, estabelece algumas funções para o princípio da dignidade da pessoa humana: 1) a de *legitimação* da ética da Constituição; 2) de *limite* à atuação do Estado e também um norte para sua ação positiva; 3) *critério para a interação* da ordem constitucional, prestando-se para o reconhecimento de direitos fundamentais atípicos; 4) papel *hermenêutico*, na qualidade de vértice axiológico da Constituição⁶⁸.

Quanto à última afirmativa, resulta o entendimento de que o princípio em questão seria o guia substantivo para a realização da ponderação, ao passo que, ao mesmo tempo, estabelece uma hierarquia axiológica entre os preceitos constitucionais.

Seguindo o raciocínio de Sarmento, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana seria um princípio absoluto, de modo que jamais poderia ser ponderado. De acordo, portanto, com essa visão, apesar de não perder o caráter de dever jurídico, a ponderação de princípios tem sua aplicação mais restrita.

Sarmento cita as Constituições da República Federativa da Alemanha, bem como as Cartas de Portugal e da Espanha, como sendo exemplos de Constituições que valorizam tal princípio⁶⁹. Além do mais, seguindo as lições de Augusto Cerri, afirma que o Tribunal Constitucional Alemão “não consente a ponderação entre a dignidade da pessoa humana e outros bens (...)”⁷⁰.

Não obstante tais informações, em recente trabalho já citado, Ricardo Lobo Torres oferece dado diverso. Ao introduzir a temática, explica que, no imediato pós-guerra, o Tribunal alemão criara uma hierarquia de valores sistematizada, na qual se sobressaía o princípio da dignidade da pessoa humana⁷¹. Com o declínio do Estado do Bem-Estar Social, entretanto, desaparece a hierarquia axiológica, ou seja, o tribunal alemão passara a considerar o postulado da dignidade da pessoa humana como mais um princípio, afirmando-se, então, os princípios formais como os da ponderação e o da proporcionalidade⁷². Nesse sentido, citando o

⁶⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit., pp. 70 e ss.

⁶⁹ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.58, nota 64.

⁷⁰ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.75, nota 97.

⁷¹ TORRES, Ricardo Lobo. “A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade”. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.417.

⁷² TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.434.

jurista alemão Robert Alexy, demonstra que o postulado da dignidade da pessoa humana passa a ser ponderado, declarando que “o Tribunal Constitucional [alemão] faz uso da ponderação ao afirmar que a dignidade da pessoa humana não é violada quando a exclusão da proteção judicial não é motivada por uma desconsideração da pessoa humana, mas pela necessidade de manter em segredo medidas para a proteção da ordem democrática e a existência do Estado.”⁷³

A despeito da excelente monografia com a qual o jurista Daniel Sarmiento presenteou a literatura jurídica, faz-se mister observar que, ao tratar do tema da dignidade da pessoa humana em capítulo específico de seu trabalho, o jurista não faz menção à obra do jurista Robert Alexy, mesmo sendo o trabalho do jusfilósofo alemão uma das principais fontes de pesquisa para os estudiosos da ponderação de princípios.

Luis Roberto Barroso também defende a existência de hierarquia axiológica na Carta Constitucional. Na sua opinião “deve-se reconhecer a existência, no Texto Constitucional, de uma hierarquia axiológica, resultado da ordenação dos valores constitucionais, a ser utilizada sempre que constarem tensões que envolvam duas regras entre si, uma regra e um princípio ou dois princípios”⁷⁴. Observa-se que também compartilha o entendimento mais restritivo em relação à da ponderação.

Em contraposição a essas idéias, como mencionado, encontra-se Ricardo Lobo Torres. Argumentando que todos os princípios podem ser ponderados, Torres afirma que os princípios inseridos no art. 1º da Constituição Federal – quais sejam, os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político – encontram-se em posição de igualdade, abrindo-se para a ponderação em casos específicos. Ademais, que a idéia de princípio absoluto levaria a própria idéia de inconstitucionalidade do elenco delineado no art. 1º⁷⁵.

Por fim, apresenta-se a posição de Robert Alexy. O jurista alemão diz que o princípio da dignidade da pessoa humana aparenta ser um princípio absoluto por dois motivos: primeiro, porque a norma pode ser tratada, em parte como regra, em parte como princípio, e, em seguida,

porque diante de determinadas condições, o princípio da dignidade da pessoa humana adquire um alto grau de certeza e não pode ser precedido. Nesse último caso é o que o Tribunal Constitucional alemão designa como sendo o “âmbito essencialmente protegido da configuração da vida privada”⁷⁶.

Para justificar seu ponto de vista, Alexy cita alguns casos julgados pelo tribunal alemão; um deles, o “caso da prisão perpétua”. Nesse, determina o Tribunal que “(...) a dignidade da pessoa humana tampouco é lesionada quando a execução da pena é necessária devido a permanente periculosidade do detido (...)”⁷⁷. Daí resulta a preponderância da proteção da comunidade estatal em face da dignidade da pessoa humana⁷⁸. Quanto ao caráter de regra, Alexy entende que esse se afirma quando, diante de determinado caso, se questiona a violação da norma, e não sua precedência.

A função do princípio da dignidade da pessoa humana também não está definida na jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal, julgando *habeas corpus* no qual contrapõe o direito de realização de prova frente ao exercício da ampla defesa, parece entender que a dignidade da pessoa humana é um valor superior aos demais princípios; no entanto, não deixa muito clara essa questão. Assim pode-se conferir:

“PROVA - REALIZAÇÃO - DEFESA - EXERCÍCIO. O direito de defesa confunde-se com a noção de devido processo legal, além de, preservado, atender aos reclamos decorrentes do fundamento da República Federativa do Brasil que é a dignidade da pessoa humana - artigos 1º e 5º, inciso LV, da Constituição Federal. Ambígua a situação, tal direito há de ser viabilizado à exaustão (Coqueijo Costa), óptica robustecida quando em jogo o exercício da liberdade de ir e vir”⁷⁹. (nosso grifo)

Outros tribunais, seguem o mesmo caminho, como o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, e estabelecem o postulado da dignidade da pessoa humana como o valor supremo do ordenamento jurídico:

⁷³ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., p.435.

⁷⁴ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p.194.

⁷⁵ TORRES, Ricardo Lobo. Op. cit., pp. 433.

⁷⁶ ALEXY, Robert. Op. cit., pp. 107.

⁷⁷ ALEXY, Robert. Op. cit., p.108.

⁷⁸ ALEXY, Robert. Op. cit., p.108.

⁷⁹ STF, HC – 80031/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, 16.05.2000.

“Ação declaratória. De todo descabido, por meio de ação de carga eficaz meramente declaratória, buscar a decretação da nulidade do regime matrimonial constante no assento de casamento. Regime de bens. Não vigora a restrição imposta no inciso ii do art. 258 do C.C., ante o atual sistema jurídico que tutela a dignidade da pessoa humana como cânone maior da constituição federal, revelando-se de todo descabida a presunção de incapacidade por impimento de idade”⁸⁰. (nosso grifo)

Nada obstante, encontrar-se-ão tribunais que inserem o princípio da dignidade da pessoa humana no jogo da ponderação, como o Tribunal Regional da 3ª Região o faz, julgando Ação Civil Pública:

“(…) traduz-se, *in casu*, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes.”⁸¹

Há também de se ressaltar, outrossim, interessante julgado do Tribunal Superior de Justiça. Ao mesmo tempo de informa a função hermêutica que o princípio da dignidade da pessoa humana exala, o egrégio tribunal deixa transparecer o entendimento de que a dignidade da pessoa humana não é único e primordial fundamento do ordenamento jurídico, afirmando que “a dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação ordinária.”⁸²

Diante da jurisprudência, portanto, percebe-se que existe tendência de supervalorizar o princípio dignidade da pessoa humana em face de outros preceitos – até porque, ele está disposto no rol dos princípios fundamentais da república, art. 1º, inc. III; entretanto, a questão ainda não se encontra definida.

Sobre a função do postulado da dignidade da pessoa humana na ponderação de princípios, compartilha-se o entendimento, com parte

⁸⁰ Apelação cível nº 70002243046, sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. Maria Berenice Dias, julgado em 11.04.01.

⁸¹ Apelação Cível n.º 95030529611 julgado pela primeira turma do Tribunal Federal da Terceira Região. Rel. Juiz David Diniz, 23.10.2001.

⁸² STJ, DJU 26.03.01, p.473, HC 9.892-RJ, Rel. Min. Hamilton Carvalhido.

da doutrina, que nega a existência de hierarquia axiológica entre as normas constitucionais, aceitando, assim, a condição de que a dignidade da pessoa humana é um valor que pode e deve ser ponderado de acordo com a situação de fato. Há que restar claro, no entanto, que não se defende a supressão do princípio que é, conforme afirmam os tribunais e a grande parte da doutrina, o sustentáculo da felicidade existencial do homem. Inclina-se aqui, tão-somente, no sentido de admitir, em casos extremados, conforme exemplificou Alexy, que o preceito fundamental, ante outros preceitos fundamentais, pode sim ser ponderado.

3.1. Mínimo existencial: limite material para a ponderação de princípios

O mínimo existencial decorre do princípio da dignidade da pessoa humana, sendo ele o núcleo essencial de direitos de que o homem não pode ser afastado. O termo dignidade da pessoa humana pode adquirir variadas conotações, o que de fato o torna variável, instável e, o mais relevante, de difícil aplicação prática. Com efeito, o direito recorre ao mínimo existencial para poder impor limites e estabelecer condições mínimas para a sobrevivência *digna* do ser humano.

Um exemplo de sua aplicação prática nos tribunais pode ser vislumbrado quando, em ação de execução, o executado recorre ao preceito da dignidade da pessoa humana para tentar impedir a penhora e execução de um bem essencial para sua vida, por exemplo, sua casa. Diante da hipótese, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afirmou a proteção e “o resguardo à moradia e de bens indispensáveis a garantia da dignidade da pessoa humana.”⁸³ No caso citado, percebe-se que se recorre ao princípio da dignidade da pessoa humana com a intenção de limitar a abrangência da execução, pois traria prejuízos incalculáveis para o executado, sendo então visivelmente percebido o postulado do mínimo existencial. Em contrapartida, o mesmo não ocorre, por exemplo, quando se pleiteia a impenhorabilidade de um aparelho de televisão, de aparelhos de som ou de antenas parabólicas, já que não se trata de bens indispen-

⁸³ Agravo de Instrumento Nº 598407534, 9ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator: Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 17.11.98.

sáveis, tendo nesse sentido decidido o citado tribunal: “aparelho de televisão por não se constituir em bem indispensável à sobrevivência e à dignidade da pessoa humana pode ser objeto de penhora.”⁸⁴

Recorre-se também à noção de mínimo existencial, na medida que representa um mínimo de direitos sociais, econômicos e culturais, procurando superar a imprecisão dos princípios, e, dessa forma, tentando conectá-los à realidade e torná-los efetivamente exigíveis dentro dos limites materiais do Estado.⁸⁵

É nesse sentido que se pretende associar a ponderação à noção de mínimo existencial. Tal postulado refere-se à redução máxima que se pode fazer a um princípio em atenção aos demais⁸⁶, ou seja, é um limite imposto à ponderação de princípios e que deve ser respeitado pelo aplicador do direito. Assim, ao passo que a proporcionalidade estrito sensu destaca-se quanto à análise das possibilidades jurídicas, isto é, serve de critério jurídico para ponderação, considera-se o mínimo existencial limite material da ponderação.

4. Os Tribunais e a Ponderação de Princípios

Tendo examinado os pontos divergentes na doutrina brasileira da ponderação de princípios, resta agora tecer algumas observações quanto ao comportamento dos tribunais em relação ao assunto.

Em capítulo dedicado à análise da jurisprudência brasileira acerca da ponderação, afirma Daniel Sarmento, em obra já citada, que o tema é quase desconhecido, tanto para a doutrina como para a jurisprudência, e que o pensamento jurídico brasileiro é refratário à idéia de conflitos normativos em âmbito constitucional, predominando o entendimento da viabilidade de harmonização das normas constitucionais por meio da exegese sistemática⁸⁷. Outrossim, declara que, quando a jurisprudência

⁸⁴ Apelação Cível nº 70000609875, 21ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Des. Genaro José Baroni Borges, julgado em 15.03.00 e Apelação Cível nº 594162505, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relator: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 04.05.95.

⁸⁵ BARCELLOS, Ana Paula. “O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy”. In: Torres, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.23.

⁸⁶ BARCELLOS, Ana Paula. Op. cit., p.45.

⁸⁷ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.171.

faz uso da ponderação, não a utiliza abertamente, mas, de um “modo um tanto opaco”⁸⁸.

Já tendo se passado três anos dessa declaração, pode-se afirmar que mudanças significativas ocorreram a respeito do reconhecimento da colisão de normas constitucionais, bem como da valorização da ponderação de princípios nos tribunais brasileiros. Há pouco, o Supremo Tribunal Federal proferiu importante decisão a respeito do assunto, a qual consta nos informativos n.º 256 e 257 do tribunal, intitulados “colisão de direitos fundamentais”⁸⁹.

Trata-se de caso amplamente divulgado pela mídia, no qual cidadã de origem mexicana encontrava-se detida na Polícia Federal, e, nesse período, ficou grávida – alegou ter sido violentada na carceragem da instituição, porém, não consentiu em submeter-se ao exame de DNA. Para averiguar a origem da gravidez foi instaurado inquérito policial; no entanto, para dar continuidade às investigações, era necessário a coleta da placenta após o parto, para que pudesse ser realizado exame de DNA.

O STF, ao julgar o caso, assim determinou, conforme consta nos informativos:

“(…) deferiu a realização do exame de DNA com a utilização do material biológico da placenta retirada da extraditada, cabendo ao juízo federal da 10ª Vara do Distrito Federal adotar as providências necessárias para tanto. Fazendo a ponderação dos valores constitucionais contrapostos, quais sejam, o direito à intimidade e à vida privada da extraditada, e o direito à honra e à imagem dos servidores e da Polícia Federal como instituição – atingidos pela declaração de a extraditada haver sido vítima de estupro carcerário, divulgada pelos meios de comunicação –, o Tribunal afirmou a prevalência do esclarecimento da verdade quanto à participação dos policiais federais na alegada violência sexual, levando em conta, ainda, que o exame de DNA acontecerá sem a invasão da integridade física da extraditada ou de seu filho”⁹⁰ (nosso grifo)

⁸⁸ SARMENTO, Daniel. Op. cit., p.172.

⁸⁹ STF, RCL 2.040-DF, rel. Min. Néri da Silveira, 21.2.2002.

⁹⁰ Informativos n.º 257, fonte:www.stf.gov.br.

Diante dessa decisão, o Supremo Tribunal Federal abre valioso precedente jurisprudencial, porquanto reconhece a existência da colisão de direitos em âmbito constitucional e utiliza a ponderação de princípios como meio de solucioná-la da maneira mais legítima possível, o que não fazia. Sempre que se utilizava a ponderação era, conforme afirma Sarmiento, de maneira opaca e recorrendo a outros princípios.

A despeito do recente posicionamento do STF, outros tribunais espalhados pelo país já seguiam a mesma direção, aceitando amplamente a ponderação de princípios. Para comprovar tal afirmativa, seguem decisões de diversos tribunais, como, por exemplo, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Nesse julgado, ao apreciar agravo de instrumento, dispõe o tribunal sobre a colisão entre o direito de liberdade de expressão e o direito ao trabalho.

“Agravo de instrumento. Liberdade de expressão. Direito ao trabalho e direito de concorrer, livremente, no mercado. Colisão. critério do interesse prevalente. A colisão entre direitos constitucionais (liberdade de expressão, art. 5, inc. ix, cf, direito ao trabalho, art. 6, da cf, e direito de concorrer, livremente, no mercado, art.5, inc. xiii, art. 170 e art. 173, par. 4, todos da cf) resolve-se pelo confronto da medida dos interesses em conflito, atraindo a proteção destes últimos, quando ha aparente violação por abuso no exercício daquele direito. Decisão mantida”⁹¹. (nosso grifo)

No Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro também encontram-se vários julgados no mesmo sentido. No julgado que segue, o tribunal verifica a necessidade de ponderar o direito ao livre acesso ao judiciário, consubstanciado no direito de propor ação renovatória, e a segurança jurídica materializada no instituto da decadência.

“DIREITO PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RENOVATÓRIA. LOCAÇÃO NÃO RESIDENCIAL. DECADÊNCIA. NÃO OCORRÊNCIA A imprevisibilidade da prorrogação de feriado, o qual veio a ocorrer no “prazo fatal” para o ajuizamento da renovatória, configura peculiaridade que reclama a flexibilização de tal conceito, in casu, através

⁹¹ Agravo de instrumento nº 599168523, nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Des. Mara Larsen Chechi, julgado em 25/04/01.

da ponderação dos bens jurídicos em conflito, com aplicação dos princípios constitucionais da isonomia formal, razoabilidade e acessibilidade ao Judiciário, entendendo-se que este último, um dos pilares do Estado Democrático de Direito, há de preponderar sobre a segurança das relações jurídicas, protegida pelo instituto da decadência. OBRIGAÇÕES CONTRATUAIS. SEGURO. OBSERVÂNCIA. Restou comprovado nos autos a observância de todas as obrigações contratuais por parte do locatário, ressaltandose que a avença previa a contratação de seguro contra incêndio pelo locador, cabendo ao locatário o reembolso dos gastos, e, ainda, que o locatário juntou os comprovantes de pagamento do referido É seguro. SUCUMBENCIA RECÍPROCA. INOCORRÊNCIA. Havendo forte resistência à renovação da locação, a lide não fica restrita a mero acerto do valor do locativo e, não há falar-se em sucumbência recíproca na hipótese de procedência do pedido de renovatória. Recurso improvido”⁹². (nosso grifo)

Também nos Tribunais Federais várias decisões fundamentadas na ponderação de princípios encontram-se presentes. Em julgado que segue, o TRT da 3ª região vê-se diante da necessidade de harmonizar normas processuais, tendo em vista almejar a efetiva ação do Estado para prestar serviço de saúde que demandou o requerente. Diante do caso concreto, o tribunal confronta os princípios da dignidade da pessoa humana em face dos princípios democráticos e da separação de poderes.

“AÇÃO CIVIL PÚBLICA-LEGITIMIDADE PASSIVA: INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO - “HARD CASE” (CASOS DIFÍCILES)- CONFLITUOSIDADE ENTRE PRINCÍPIOS- UTILIZAÇÃO DE METÓDICA DE CONCRETIZAÇÃO CONSTITUCIONAL-CARÁTER “PRIMA FACIE” DOS PRINCÍPIOS- MODELO SÍNTESE DE PONDERAÇÃO DE PRINCÍPIOS.

1.- Ação civil pública para defesa da saúde da criança, enferma de doença rara “puberdade precoce verdadeira”, cujo tratamento medicamentoso é de elevado preço, não pode ser interrompido e a família da menor não reúne condições econômicas para custeá-lo.

⁹² Apelação cível n.º 2001.001.16545, sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RJ Des. Marly Macedonio Franca julgado em 02/10/2001.

2.- As normas processuais - tais como as que definem a legitimidade passiva - devem ser entendidas em harmonia com o direito material, sobretudo a Constituição. In casu, ao tempo em que ajuizada a demanda, urgia-se de um lado a necessidade imediata de ações concretas do Estado para proteção da saúde e vida de uma criança de um ano e dez meses, sendo que de outro lado nos deparávamos com um momento ainda inicial de implantação dessa rede de serviços de saúde, onde a distribuição de competências, ações e principalmente a estruturação econômica do SUS não se apresentavam adequadamente definidas, fatos esses que tornavam justificável a dúvida de quem deveria figurar no pólo passivo da ação (União ou INSS). Nesse quadro, razoável o endereçamento da ação em face do INSS (autarquia especializada em seguridade social). 3.- No caso concreto, é possível que a criança tenha direito a receber tutela jurisdicional favorável a seu interesse, com fundamento em princípios contidos na Lei Maior, ainda que nenhuma regra infraconstitucional vigente apresente solução para o caso. Para a solução desse tipo de caso, denominado por R. Dworkin como "hard case" (caso difícil), não se deve utilizar argumentos de natureza política, mas apenas argumentos de princípio. 4.- O pedido de fornecimento do medicamento à menor (direito a prestações estatais stricto sensu - direitos sociais fundamentais), traduz-se, in casu, no conflito de princípios: de um lado, os da dignidade humana, de proteção ao menor, do direito à saúde, da assistência social e da solidariedade e, de outro, os princípios democrático e da separação dos Poderes. 5.- A concretização das normas constitucionais implica um processo que vai do texto da norma (do seu enunciado) para uma norma concreta - norma jurídica - que, por sua vez, será um resultado intermediário em direção à norma decisão (resultado final da concretização). (J.J Gomes Canotilho e R. Müller). 6.- Pelo modelo síntese de ponderação de princípios (Alexy), o extremo benefício que a determinação judicial para fornecimento do medicamento proporciona à menor faz com que os princípios constitucionais da solidariedade, da dignidade humana, de proteção à saúde e a criança prevaleçam em face dos princípios democrático e da separação de poderes, minimamente atingidos no caso concreto. 7.- Apelo improvido"⁹³. (nosso grifo)

⁹³ Apelação Cível n.º 95030529611, julgado pela primeira turma do Tribunal Federal da Terceira Região. Rel. Juiz David Diniz, 23/10/2001.

Ao expor tais decisões pretende-se comprovar que, diferentemente dos que olham com indiferença para a ponderação de princípios, os tribunais cada vez mais recorrem a esse meio de resolução de conflitos normativos. Assim, a ponderação está se tornando elemento chave para a fundamentação de decisões judiciais. Os exemplos são inúmeros: conflitos que envolvem quebra de sigilo bancário e telefônico, questões tributárias, orçamentárias, prestações positivas do Estado, ou seja, todas as questões que envolvem a colisão de direitos fundamentais e princípios.

Diante dessa nova perspectiva, já não se pode dizer que os tribunais são refratários à idéia de ponderação ou que agem de modo opaco; começa a haver grande receptividade. O debate doutrinário em relação ao tema, no entanto, é incipiente, e, questões, como, por exemplo, as relativas à restrição aos direitos fundamentais, que podem advir de sua aplicação, e a atuação política dos tribunais, permanecem intocáveis.

III.

Conclusão

O direito brasileiro vive, no momento, fase de redescoberta e revalorização dos princípios jurídicos, por conseguinte, também de descoberta da ponderação como forma de resolução de conflitos normativos. Em face da tradição nacional, excessivamente enraizada no pensamento positivo-privatista, a guinada que ora ocorre em direção a novos ares, sem dúvida alguma representa, de um lado, saudável empreitada, pois arejará os antigos dogmas e proporcionará aos profissionais do direito salutare debates que sempre são enriquecedores.

Por outro lado, a empreitada pós-positivista apresenta dificuldades que devem ser analisadas com acuidade, sob o risco de, ante a excessiva valorização das novas metodologias que aportam na academia e nos tribunais, antigas e imprescindíveis conquistas sejam postas de lado. Na análise da ponderação de princípios que fora apresentada, dois temas extremamente sensíveis podem emprestar sentido à dimensão da questão: a assertiva de que não existem direitos absolutos - incluindo aqui garantias constitucionais - e da relativização do preceito constitucional da dignidade humana, baseado no fato de que parte da doutrina admite que ele possa ser objeto da ponderação. Outrossim, apesar de não ter

sido abordado neste ensaio, tema também de grande complexidade concerne na dificuldade da identificação dos próprios princípios, fato que pode gerar grande insegurança frente aos direitos fundamentais.

Ao apresentar essas questões, objetiva-se, tão-somente, retomar o que outrora já se afirmara: “a ponderação de princípios só pode ser idealizada no ambiente democrático, tendo como pano de fundo o Estado Democrático de Direito, pois é a democracia que permite que surjam as condições necessárias de atuação e de controle do poder judiciário, propiciando o debate no seio da sociedade civil, pressuposto fundamental para a ponderação”⁹⁴. Por democracia, entende-se aqui, a participação e controle, por parte dos cidadãos, de instituições públicas e dos poderes do Estado. Assim, eis a questão: a sociedade brasileira e, por conseguinte, os tribunais, estariam preparados para lidar com tamanha flexibilização do poder do judiciário? Essa pergunta, só o tempo responderá. Resta, no entanto, à comunidade jurídica, não obstante as dificuldades que emergem frente à salutar empreitada do pós-positivismo, apenas buscar atingir o equilíbrio diante dos excessos cometidos no passado e os vindouros – que sempre existirão.

Por fim, não se poderia deixar de dizer que, a despeito das complexidades que atingem o direito nos tempos atuais, estas são apenas reflexos das complexidades das relações sociais. E o direito, mais de qualquer outra área do saber, é atingido e não pode fugir de suas responsabilidades. Este ensaio é, portanto, apenas uma tentativa de chamar a atenção para o debate. Debate acerca da ponderação, mas, no qual, a ponderação é apenas a ponta do *iceberg*, pois como se pode concluir, a temática da ponderação de princípios na Constituição vem justamente materializar mudança de paradigma, conferindo subsídios aos aplicadores do direito e servindo de instrumento para tentar romper com a prevalência da lei sobre o problema, do pensamento silogístico em detrimento do tópico-problemático, enfim, com as verdades absolutas mistificadas pelo pensamento liberal clássico.

⁹⁴ PINHERIO, Flávio Leão. *A Ponderação de Princípios e o Novo Paradigma do Direito*, 2002. Ensaio apresentado na Mostra Puc-Rio – 2002.

Notícias e Informações

Núcleo de Direitos Humanos: um projeto que enfim se consolida

João Ricardo W. Dornelles¹
Carolina de Campos Melo²

Criado no mês de agosto de 2002, o Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro pretende sistematizar as experiências práticas e teóricas consolidadas por este departamento nos últimos 20 anos.

Por meio deste artigo, pretende-se apresentar o Núcleo de Direitos Humanos. Considerando que este se encontra em pleno processo de formação, não se pretende aqui estabelecer fronteiras irremovíveis ao seu desenvolvimento. Trata-se mais especificamente de uma oportunidade para sistematizar seus primeiros passos.

Neste sentido, divide-se o presente em três partes. Em primeiro lugar, são apontados alguns momentos marcantes na história deste Departamento de Direito da PUC-Rio que consolidam sua bagagem na luta pelos direitos humanos. Em um segundo momento, estabelece-se o perfil deste Núcleo através de uma análise de conjuntura de sua criação. Por fim, são listados os principais projetos capitaneados pelo mesmo.

¹ João Ricardo W. Dornelles é Diretor de Departamento de Direito da PUC-Rio; Professor de Criminologia e Direitos Humanos; Membro da Rede Brasileira de Educação para os Direitos Humanos; Membro do Instituto Carioca de Criminologia; Membro da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pós-Graduação e Pesquisa; Doutor em Serviço Social pela UFRJ; Mestre em Direito pela PUC-Rio.

² Carolina de Campos Melo é Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio; Professora de Direitos Humanos e História do Direito; Membro da Associação Nacional de Direitos Humanos, Pós-Graduação e Pesquisa; Mestre em Direito pela PUC-Rio.

1. Um breve histórico

O Departamento de Direito da PUC-Rio acumula uma série de experiências no campo dos direitos humanos.

Ainda em 1983, há quase 20 anos, o Professor José Maria Gómez participou como bolsista do *Curso Interdisciplinário de Derechos Humanos* do Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), em San José, Costa Rica. No ano seguinte, este professor coordenou a pesquisa “*Direitos Humanos como prática sociopolítica na luta pela democratização no Brasil*”, com financiamento da OAB-RJ e a participação dos professores Carlos Alberto Plastino, Eliane Junqueira e João Ricardo W. Dornelles.

No ano de 1984, o Professor Carlos Plastino participou como bolsista do *II Curso Interdisciplinário de Derechos Humanos* do IIDH.

No ano de 1985, o Professor João Ricardo W. Dornelles participou como bolsista do *III Curso Interdisciplinário de Derechos Humanos* do IIDH. Naquela oportunidade conheceu a Dra. Leticia Olguín, coordenadora da área de Educação do IIDH, ocasião em que realizaram rodadas de reuniões com membros de organizações brasileiras (João Ricardo W. Dornelles – PUC-Rio; Belisário dos Santos Junior – Comissão de Justiça e Paz de São Paulo; José Maria Tavares de Andrade – Universidade Federal da Paraíba; Ricardo Brito – Gajop-PE), argentinas e uruguaias. Deste processo iniciado na Costa Rica, nasceu o *Proyecto Educación y Derechos Humanos do IIDH*, que se estendeu para o Brasil, Argentina e Uruguai.

No Brasil, o Projeto do IIDH articulou entre 1986 e 1992 diversos grupos da Paraíba (Universidade Federal da Paraíba), Pernambuco (Gajop; Prefeitura do Recife; Governo do Estado), Rio de Janeiro (PUC-Rio), São Paulo (Comissão de Justiça e Paz), Rio Grande do Sul (Movimento de Justiça e Direitos Humanos; Universidade Federal de Santa Maria; Universidade de Caxias do Sul; Centro de Orientação Metodológica da Arquidiocese de Caxias do Sul), Paraná (Centro Heleno Frago de Direitos Humanos; Governo do Estado) e Santa Catarina (Universidade Federal de Santa Catarina). Neste período, as entidades brasileiras elegeram o Professor João Ricardo W. Dornelles, do Departamento de Direito da PUC-Rio, como Coordenador Nacional do Projeto Educação e Direitos Humanos.

O Projeto do IIDH resultou em uma infinidade de atividades (seminários locais, regionais, nacionais e internacionais, grupos de trabalho, cursos, etc.) e ainda na publicação de dois volumes do livro "*Direitos Humanos: um debate necessário*", pela Editora Brasiliense, na forma de coletânea de artigos dos membros do Projeto.

Por sua vez, na PUC-Rio, o resultado do envolvimento do Departamento de Direito no Projeto de Educação e Direitos Humanos foi:

- a). oferecimento permanente da disciplina de direitos humanos;
 - b). definição de linha de pesquisa *Direitos Humanos, Ética e Cidadania* no curso de Mestrado (e posteriormente Doutorado) em Teoria do Estado e Direito Constitucional;
 - c). participação, como bolsistas, dos professores Eliane Junqueira, Gustavo Sénéchal; José Ribas Vieira; Gisele Cittadino; José Augusto Rodrigues, Tânia da Silva Pereira, nos *Cursos Interdisciplinares de Derechos Humanos* do IIDH, entre 1986 e 1991;
 - d). convênio de assistência jurídica aos internos do Sistema Penitenciário do Rio de Janeiro (Projeto PUC-DESIPE), entre 1986 e 1990;
 - e). realização de Seminário *Nova Constituição de 1988*, realizado em novembro de 1988;
 - f). organização de um curso interdisciplinar sobre a Fome no Brasil, no ano de 1994 (Campanha contra a Fome);
 - g). participação com professores dos Departamentos de Direito e Educação, da fundação da *Rede Brasileira de Educação para os Direitos Humanos*, em 1995;
 - h). organização de *Seminário de Comemoração dos 50 anos da Declaração Universal dos Direitos Humanos*, em setembro de 1998;
- Além destes e de diversos outros desdobramentos, enfatiza-se aqui o vínculo da Graduação e da Pós-Graduação no ensino, na pesquisa e na produção de conhecimento no campo dos direitos humanos.

1A - Inclusão da disciplina "direitos humanos" e de disciplinas afetas nos currículos de Graduação

Primeiramente, no tocante à Graduação, deve constar a iniciativa pioneira do Departamento de Direito da PUC-Rio por ter sido o primeiro curso de bacharelado a adotar a disciplina *Direitos Humanos* como uma eletiva na Graduação. O primeiro curso acontece no ano de

1986, sob a tutela do Professor João Ricardo Dornelles. A partir de 1998, também começa a lecionar a mesma disciplina o Professor José Ricardo Cunha, e a partir de 2002 a Professora Carolina de Campos Melo. Desta forma, os alunos da Graduação dos turnos diurno e noturno contam com a oferta constante desta disciplina.

Adepto da corrente que afirma a necessidade de que a temática dos direitos humanos atravessasse outras disciplinas, o Departamento de Direito optou pelo oferecimento de disciplinas que inserem a discussão como pano de fundo:

- **Direito Internacional Público e Privado:** apesar de constantes na grade curricular regular, há de se ressaltar o enfoque dado por estas disciplinas à temática dos direitos humanos. Primeiramente, em Direito Internacional Público, os Professores Celso de Albuquerque Mello, Gustavo Sénéchal e Ana Lúcia Bernardes dedicam parte substancial do programa ao estudo do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Por sua vez, os professores de Direito Internacional Privado Nádia Araújo, Daniela Vargas e Lauro Gama focalizam o tratamento dos direitos humanos na perspectiva horizontal da respeitabilidade.
- **Criminologia:** este curso é oferecido como disciplina obrigatória para os turnos diurno e noturno pelos Professores Eliane Junqueira, João Ricardo W. Dornelles e Rafael Medina. O enfoque na chamada Nova Criminologia realça princípios de direitos humanos expressos nos campo do garantismo constitucional.
- **Direito da Criança e do Adolescente:** este curso é oferecido como eletiva de forma intercalada no diurno e no noturno pela Prof^a Tânia

³ Cabe ressaltar que no âmbito do Projeto Educação e Direitos Humanos, do IIDH, existiu um intenso debate, através de seminários e artigos, sobre a conveniência de oferecer uma disciplina específica de Direitos Humanos. A conclusão a que se chegou foi sobre a conveniência de que os cursos buscassem ter uma linha condutora com base nos princípios da educação para os direitos humanos, voltada para a formação de uma consciência que potencialize a emancipação humana. Assim, não seria apenas a existência de uma única disciplina com uma ementa de direitos humanos que serviria de garantia para uma mudança significativa no tipo de prática educacional. No entanto, isto não impediria o oferecimento de uma disciplina específica, como espaço de sistematização sobre o conceito de direitos humanos. Por este motivo, o Departamento de Direito da PUC-Rio optou pelo oferecimento permanente da disciplina de Direitos Humanos, de outras disciplinas afins, além de estimular, em todas as outras disciplinas, o estudo de aspectos relacionados à questão dos direitos humanos.

da Silva Pereira, desde o ano de 1992, como fruto de sua participação no *Curso Interdisciplinar de Derechos Humanos*, em San José da Costa Rica. Consagra-se desde sua criação a perspectiva interdisciplinar já que aberta a qualquer aluno da Universidade, permitindo o intercâmbio acadêmico. Em parceria com o Núcleo de Estudos e Ação sobre o Menor (NEAM), os alunos matriculados participam em atividades extracurriculares como a publicação de um série de entrevistas em comemoração aos 10 anos do Estatuto da Criança e Adolescente e ainda a produção do Manual da Cidadania, responsável pela coletânea de informações práticas necessárias ao exercício da cidadania em nosso Município.

- **Direito Ambiental:** assim como Direito da Criança e do Adolescente, a disciplina Direito Ambiental também comemora seu 10º aniversário. Neste período de existência, é importante ressaltar a criação do Núcleo Interdisciplinar de Meio Ambiente (NIMA-Jur), coordenado pelos Professores Fernando Walcacer, Ana Lúcia Nina Martins e Danielle Moreira. Ressalte-se ainda que o Direito Ambiental constitui hoje área de concentração de estágio profissional nos limites do Núcleo de Prática Jurídica, sob a coordenação das Professoras Isabella Franco Guerra e Danielle Moreira.

- **Direito Civil Constitucional:** este curso é oferecido como eletiva pela Profª Maria Celina Bodin de Moraes desde o ano de 2001 e tem o objetivo de inserir a discussão acerca do princípio da dignidade humana nas relações privadas.

- **Cidadania e Globalização:** este curso é oferecido como eletiva desde o ano de 2001. Inicialmente sob responsabilidade do Prof. Liszt Vieira, é atualmente também lecionada pela Profª Carolina de Campos Melo.

1B - Inclusão da disciplina “direitos humanos” nos currículos da Pós-graduação.

Por sua vez, o Programa de Pós-Graduação (Mestrado / Doutorado) com Área de Concentração em *Teoria do Estado e Direito Constitucional* do Departamento de Direito representa uma contribuição fundamental ao estudo dos direitos humanos.

O Programa é dividido em três Linhas de Pesquisa:

a) Direitos Humanos, Ética e Cidadania;

b) Pensamento Constitucional Contemporâneo; e

c) Estado e Transformações Constitucionais.

Nesta primeira área, enfatiza-se o estudo da proteção e expansão dos direitos humanos, seja em sua perspectiva civil e política, quanto na dimensão dos direitos econômicos, sociais e culturais. Compreende-se ainda o estudo dos direitos humanos como mecanismo de inclusão política e acesso à cidadania.

Lecionada pela Professora Nádia Araújo desde 1999, a disciplina *Tópicos Especiais em Direitos Humanos – Direito Internacional dos Direitos Humanos* apresenta-se como eletiva no currículo Mestrado / Doutorado. Foi precisamente no seio desta disciplina que surge a iniciativa de estudar a problemática contemporânea dos refugiados, o que deu impulso à confecção do livro “*Direito Internacional dos Refugiados*”, publicado pela editora Renovar, sob a coordenação de Nádia Araújo e Guilherme Assis de Almeida, tendo a participação de diversos alunos do curso de Mestrado.

Implantado o Doutorado no ano de 1999, uma das matérias consideradas obrigatórias, *Ética, Direitos Humanos e Princípios Constitucionais*, passa a ser oferecida em conjunto pelos Profs. Antônio Maia e Ricardo Lobo Torres.

Como produto desta Linha de Pesquisa, já foram defendidas inúmeras dissertações de Mestrado que trataram específica ou indiretamente desta temática. Por sua vez, no tocante ao Doutorado recém-implantado, apesar de nenhuma tese ter sido ainda defendida, registra-se um número expressivo de projetos centrados na discussão dos direitos humanos.

Considerada a larga bagagem consolidada pelo Departamento de Direito – Graduação e Pós-Graduação – ao longo dos últimos anos, foi criado em agosto de 2002 o Núcleo de Direitos Humanos. Este pretende, em resumo, dar continuidade e ainda sistematizar as iniciativas em torno dos direitos humanos. Neste sentido, passa-se ao exame de seu perfil.

2. O Perfil do Núcleo de Direitos Humanos

A confecção do perfil do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio tornou-se possível através da contribuição dos professores Adriano Pilatti, Antônio Maia, Daniela Vargas, Gustavo Sénéchal, José Ricardo Cunha, Leonardo Moreira Lima, Nádia Araújo, Márcia Nina Bernardes, Maria Celeste Simões Marques,

Paulo Calazans, Rachel Nigro, Regina Quaresma, Ronaldo Cramer, Sérgio Abreu e dos estudantes Ana Paula Anastácio, Isabel Pereira, Leonardo Castilho, Lúvia França, Marcelo Khair, Maria Laura Fornasar, Paula Spieler, Rachel Herdy, Tiago Caruso e Viviane Borges dos Santos que participaram de uma longa e intensa reunião de trabalho realizada para este fim.

2A - Análise de oportunidades, ameaças, forças e fraquezas

A análise de conjuntura para a criação do Núcleo de Direitos Humanos teve-se à delimitação de suas oportunidades, ameaças, forças e fraquezas.

Oportunidades são situações externas (disponíveis ou potenciais) que impliquem em resultados positivos.

- . A transparência com que é vista uma Universidade como a PUC pode ser analisada como um diferencial em relação a outras instituições que se dedicam à defesa dos direitos humanos;
- . O recém-eleito governo Lula pode indicar uma significativa melhoria em dois campos. Em primeiro lugar, a possibilidade de estreitar ainda mais a ligação com a Secretaria Nacional de Direitos Humanos. Em segundo lugar, acredita-se que este venha a canalizar recursos para o fomento à pesquisa engajada;
- . Considerando o desenvolvimento da idéia de responsabilidade social, a articulação com o setor privado pode ser encarada como uma relevante oportunidade; e
- . Por fim, o diálogo não deve se restringir ao setor privado, mas deve contagiar ainda segmentos da sociedade civil como outras universidades, organizações não-governamentais e movimentos sociais.

Ameaças são situações externas (presentes ou potenciais) capazes de causar danos:

- . manutenção da política do corte de recursos para pesquisa, notadamente de instituições privadas como a PUC-Rio;
- . restrição ao financiamento internacional após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001;
- . existência de outros núcleos ou centros universitários, o que poderia

significar desperdício de recursos e esforços. Todavia, a ameaça pode converter-se em oportunidade no momento em que se prezar pela diferenciação; e

- . vulgarização do debate de direitos humanos a partir do momento em que este se torna "senso comum".

Forças são competências internas que indicam vantagem relativa:

- . articulação de esforços realizados ao longo dos últimos 20 anos pelo Departamento de Direito da PUC-Rio;
- . conjugação dos esforços efetivados por outros setores da Universidade como a Pastoral, diversos Departamentos, o Projeto Gênesis, entre outros;
- . estímulo do corpo docente;
- . participação do corpo discente;
- . convênios internacionais já em vigor celebrados pelo Departamento de Direito assim como pela Universidade;
- . menor burocracia para o estabelecimento de parcerias do que a existente em diversas universidades públicas;
- . possibilidade de exploração do tripé ensino, pesquisa e extensão. Enfatiza-se este conjunto como o nosso diferencial frente às ONGs, que se restringem, em regra, ao campo da ação;
- . a interdisciplinariedade como forma de aproveitamento de todas as áreas do conhecimento que possam interagir com a discussão dos direitos humanos; e
- . aproveitamento da articulação entre a pós-graduação e a graduação.

Fraquezas são características internas que, por serem desvantagens relativas, devem ser aprimoradas:

- . ausência de infra-estrutura, como por exemplo sala, computadores, pessoal administrativo, entre outros; e
- . ausência de recursos na conjuntura da atual época de contenção de gastos desta Universidade.

2B - Missão

Ultrapassada a análise de conjuntura, indaga-se: qual é a verdadeira finalidade do Núcleo de Direitos Humanos? O que orienta seus passos? Qual a sua missão?

- integrar ensino, pesquisa e extensão - tripé basilar da Universidade em direitos humanos;
- propiciar o diálogo com a sociedade;
- unir a teoria à prática em direitos humanos;
- concretizar o caráter interdisciplinar do debate em direitos humanos;
- municiar de informação e conceitos às ações da sociedade civil;
- auxiliar na produção de políticas públicas em direitos humanos; e
- exercer a prática jurídica em direitos humanos.

2C - Visão

Por fim, como forma de concluir a análise dos primeiros passos do Núcleo de Direitos Humanos, indaga-se: o que este pretende ser? Qual é a sua visão?

- tornar-se uma referência universitária na embate teórico e prático dos direitos humanos.

3 - Estratégias

Vislumbrado o perfil do Núcleo de Direitos Humanos, passamos ao nosso terceiro item: a análise de seus principais projetos. Neste sentido, são apontados estratégias ou projetos capazes de aproveitar oportunidades e forças e responder a ameaças e fraquezas. Afinal, o que se pretende realizar?

Simulações e Realidade: Sistema Interamericano dos Direitos Humanos:

Considerando a ratificação da Convenção Interamericana de Direitos Humanos ou Pacto de San José da Costa Rica em 1992 e a aceitação da jurisdição da Corte Interamericana em 1998, o Brasil passa a ter participação intensa no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Torna-se assim evidente a importância do estudo e reflexão sobre este sistema por parte de estudantes de direito.

Desta forma, constituiu-se no mês de agosto do presente ano um grupo permanente de estudo acerca do Direito Internacional dos Direitos Humanos, notadamente sobre o Sistema Interamericano. Além de

dissecar a *realidade* deste sistema, o projeto pretende ainda enviar equipes representantes da PUC-Rio para *simulações* que ocorrem anualmente em maio na cidade de Washington e em outubro em San José da Costa Rica. Vale lembrar que ocorreram aproximadamente 60 inscrições para 12 vagas oferecidas no processo seletivo aberto para os alunos de Graduação. O projeto encontra-se sob a coordenação da Prof^a. Carolina de Campos Melo.

Projeto Rádio Comunitária:

Em convênio com os Departamentos de Comunicação (Projeto Comunicar) e de Educação, o Núcleo de Direitos Humanos pretende confeccionar durante o ano de 2003 programas de rádio que tenham como objeto a Educação para os direitos humanos. Em parceria com a Associação de Rádios Comunitárias do Rio de Janeiro, já está programada para o início do próximo semestre a realização de um curso de capacitação para agentes comunitários de forma a multiplicar a potencialidade do projeto. O projeto encontra-se sob a tutela dos professores Adriano Pilatti e Sérgio Abreu.

Árvores do Conhecimento:

Vinculado à idéia de cibercultura, este projeto tem como "mentores" os teóricos Pierre Lévy e Michel Authier, discípulos do filósofo francês Michel Serres. De acordo com estes autores, a internet constituiria a Ágora contemporânea, possibilitando a confecção de um aprendizado cooperativo e de uma inteligência coletiva. Sobre este enfoque, foram constituídos *softwares* denominados "Árvores do Conhecimento", os quais pretendem incentivar a distribuição e trocas de informações sobre determinados temas.

Desta forma, o Ministério da Justiça, mais especificamente sob a coordenação do Dr. Guilherme Assis de Almeida, consolida a implantação de 20 pontos de contato com a "Árvore" específica de direitos humanos em um projeto-piloto de 45 dias. O Núcleo de Direitos Humanos constitui um dos pontos e ainda é responsável pela capacitação de outras instituições credenciadas na cidade do Rio de Janeiro.

Cabe lembrar que no mês de novembro, os alunos Marcello Khair, Simone Pitta e Tiago Caruso participaram do curso de capacitação na Escola do Futuro da Universidade de São Paulo. O projeto encontra-se, até o presente momento, sob a responsabilidade da Prof.^a Carolina de Campos Melo.

Fórum Social Mundial (FSM):

Considerando a importância do *III Fórum Social Mundial (FSM)*, que se realizará na cidade de Porto Alegre entre os dias 23 e 28 de janeiro de 2003, o Núcleo de Direitos Humanos será responsável pela realização de 5 oficinas, nos limites do eixo temático *"princípios e valores, direitos humanos, diversidade e igualdade"*.

Não é a primeira vez que o Departamento de Direito terá presença ativa neste evento. No ano de 2001, os professores José Maria Gómez, Antônio Maia, Liszt Vieira, Carolina de Campos Melo e Rachel Nigro participaram de oficinas no I Fórum Social Mundial de Porto Alegre. Em 2002, os professores José Maria Gómez, João Ricardo W. Dornelles, Liszt Vieira, Rachel Nigro e Antonio Maia também participaram de oficinas do II Fórum Social Mundial de Porto Alegre. Mais uma vez, em 2003 o corpo docente do Departamento de Direito terá intensa participação, agora articulado no Núcleo de Direitos Humanos.

Desta forma, com o objetivo de preparar o debate entre docentes, convidados e discentes da Universidade acerca do III FSM, o Núcleo de Direitos Humanos organizou um evento preparatório denominado *"FSM: a luta por uma nova era dos direitos"*, realizado nos dias 18 e 19 de novembro de 2002. Este foi promovido em parceria com a Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE), o Centro pela Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e o Centro Acadêmico Eduardo Lustosa (CAEL). *Nesta oportunidade, foi inaugurado formalmente o Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio.*

Disciplina Ação Afirmativa:

Ao longo dos últimos anos, o Departamento de Direito vem contribuindo de forma significativa para a discussão acerca da aplicação de políticas de Ação Afirmativa. Monografias, dissertações e ainda o

trabalho de alguns docentes vem fazendo da PUC uma referência no debate. Neste sentido, foi elaborado pelos Professores Carolina de Campos Melo e Sérgio Abreu um programa para a disciplina eletiva *"Igualdade e Políticas de Ação Afirmativa"*. Vale ressaltar que no período de pré-matrícula foram realizadas aproximadamente 60 inscrições em um limite máximo de 35 vagas. A cadeira será oferecida em 2003.1, no turno diurno, pelo Prof. Sérgio Abreu.

Disciplina Segurança Pública e Direitos Humanos:

Em tratativas com o Centro Loyola de Fé e Cultura e com o Viva-Rio, o Núcleo de Direitos Humanos, representado pelos professores José Ricardo Cunha e Pedro Villas-Boas Castello Branco, preparou o programa da disciplina *Segurança Pública e Direitos Humanos* que será oferecida a partir de 2003.2 para todos os alunos do Centro de Ciências Humanas. Este curso terá a peculiaridade de contar com a participação, em sala de aula, de vários especialistas que poderão auxiliar na condução da temática.

Articulação com a Graduação:

Esta articulação deve ser pensada em diversas frentes.

- 1) É preciso valorizar a significativa reflexão em direitos humanos advinda das monografias defendidas pelos formandos em direito. Neste sentido, será promovida, a partir de 2003.1, a sistematização de monografias que reflitam direta ou indiretamente a temática dos direitos humanos.
- 2) Em segundo lugar, foi imaginada a confecção de um quadro de disciplinas que pudesse guiar o aluno de Graduação na escolha de eletivas permeadas pela discussão dos direitos humanos.
- 3) Por fim, ressaltou-se a importância da instituição de um plano de monitoria, o que teria impacto direto na monitoria em direitos humanos.

A articulação do Núcleo de Direitos Humanos com a Graduação será capitaneada pelas Professoras Daniela Vargas – coordenadora de Graduação do turno diurno – e Maria Celeste Simões Marques – coordenadora de Graduação do turno noturno.

Articulação com a Pós-Graduação (Mestrado e Doutorado):

Além das linhas de pesquisa já desenvolvidas em direitos humanos, é importante ressaltar a existência do estágio-docência. Por meio deste, os alunos do Mestrado (por 6 meses) e do Doutorado (por um ano) podem estabelecer grupos de diálogo com os alunos de Graduação acerca de seus temas de pesquisa. Ressalte-se que o estágio-docência é obrigatório para os bolsistas CAPES e, ao mesmo tempo, uma excelente oportunidade de debate para os demais alunos da Pós-Graduação. Neste sentido, incentiva-se que a realização do estágio-docência se encontre nos limites da discussão dos direitos humanos. A articulação do Núcleo de Direitos Humanos com a Pós-Graduação será auxiliada pelos Professores Nádia de Araújo e Antônio Maia.

Grupo de Estudos *Exclusão Jurídica*:

Considerando a exclusão da devida prestação jurisdicional uma forma de violação aos direitos humanos, articula-se a formação de um grupo de estudos coordenado pelos professores Ronaldo Cramer e Leonardo Moreira Lima ainda no ano de 2003. Neste sentido, o oferecimento de uma oficina no III Fórum Social Mundial com esta temática pretende incentivar o debate e travar parcerias para a constituição de uma rede de instituições comprometidas com a temática na cidade do Rio de Janeiro, entre elas a Defensoria Pública, a Associação de Advogados do Rio de Janeiro (AARJ) e o Balcão de Direitos do Viva-Rio.

Eventos:

Em comemoração aos 10 anos da Convenção de Viena, será realizado no mês de setembro de 2003 o seminário *Viena +10*, oportunidade em que serão debatidos não somente assuntos que tiveram destaque durante a Conferência, mas também o que prevaleceu na pauta global dos direitos humanos na última década. O evento foi imaginado na forma de palestras e de *workshops* nos quais seriam apresentados trabalhos de alunos de Graduação e Pós-Graduação previamente selecionados e ainda realizadas reuniões de atores da sociedade civil. Assumiram a coordenação deste projeto os Professores Regina Quaresma e Paulo Calazans.

Cinema:

O projeto "*Cinema e Direitos Humanos*" tem como objetivo incentivar o debate dos direitos humanos através da apresentação de filmes e composição de uma mesa de discussões. Esta atividade deve ser vinculada especialmente aos calouros como forma de apresentar o Núcleo de Direitos Humanos desde o início da Graduação. São responsáveis pelo projeto os Professores Carolina de Campos Melo e João Ricardo W. Dornelles.

Núcleo de Prática Jurídica:

Considerando que os direitos humanos devem constar como objeto de discussão e prática de nossos alunos, o Núcleo de Direitos Humanos propõe o engajamento com o Núcleo de Prática Jurídica da seguinte forma:

Estágio Profissional:

Criação de uma área denominada "Direitos Humanos" entre as demais oferecidas como eletivas no Estágio Profissional. Assim como as demais áreas, os alunos matriculados neste teriam que obedecer à regulamentação do Ministério da Educação e da Ordem dos Advogados. No futuro, de forma inovadora, a Área de Direitos Humanos poderá pleitear a integração com a rede de Clínicas Legais, bastante desenvolvida em outros países americanos. Estas clínicas possuem como fim a tutela dos direitos humanos através da assessoria a casos exemplares de violação a direitos humanos, chegando muitas vezes a enviar casos ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Neste sentido, o Núcleo de Prática Jurídica seria o primeiro centro universitário brasileiro a postular perante este sistema. Coordenação dos Professores Márcia Nina Bernardes e Sérgio Abreu.

Estágio Supervisionado:

Considerando que a orientação profissional em direitos humanos não se restringe ao estágio profissional, propõe-se uma forma de engajar os alunos que tenham interesse em atuar na prática dos direitos humanos mas ainda não estejam nos períodos em que o estágio se torna obrigatório. Neste sentido, programa-se a criação de convênios com organizações não-governamentais que possibilitem aos nossos alunos tal experiência.

Projeto sob a coordenação dos Professores Carolina de Campos Melo e José Ricardo Cunha.

Especialização e Extensão:

Em parceria com a Coordenação de Cursos de Extensão (CCE), o Núcleo de Direitos Humanos pretende criar cursos de extensão e especialização que tenham os direitos humanos como objeto central ou que aborde tal temática indiretamente. Neste sentido, pretende-se ainda no ano de 2003 criar uma especialização em direitos humanos em conformidade com a regulamentação do Ministério da Educação. Coordenação do Prof. José Ricardo Cunha.

Grupo de Trabalho Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais - GT DhESC(A)s:

Em parceria com o Núcleo Interdisciplinar de Direito Ambiental (NIMA-JUR) da PUC-Rio, com a Federação de Órgãos para Assistência Social e Educacional (FASE) e com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), articula-se a formação de uma linha de estudos que tenha por referência a exigibilidade dos DhESC (A)s.

Esta reflexão tem início no Departamento de Direito já em novembro de 2001, quando foi realizado Seminário *Exigibilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*, em conjunto com a FASE e CEJIL. Cabe ainda lembrar a participação do Professor João Ricardo Dornelles, em novembro do presente ano, do Seminário *Construção da Metodologia de Trabalho dos Relatores Nacionais em DhESC*, promovido pela Plataforma Brasileira de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais em São Paulo.

Este grupo de trabalho procura reunir especialistas em DhESC(A)s. A preocupação deste GT é vincular a teoria e a prática na proteção destes direitos. Neste sentido, serão convidados, além de professores e alunos, agentes de organizações governamentais e não-governamentais que possam contribuir para a discussão. Com previsão de início imediato, as reuniões terão caráter periódico e serão realizadas no Departamento de Direito, mais especificamente na sala do Mestrado. O GT encontra-se sob a responsabilidade dos Professores João Ricardo Dornelles, Márcia Nina Bernardes e Maria Celeste Simões Marques.

Publicação:

Cientes de que a visibilidade do Núcleo de Direitos Humanos depende de um eficiente sistema de produção e comunicação, foram imaginados os seguintes veículos:

- a publicação de um *Caderno* do Núcleo de Direitos Humanos. Este teria como marco a integração entre o Estado, a sociedade civil e a Universidade na discussão dos direitos humanos. A nomenclatura caderno foi escolhida por não obrigar a uma periodicidade específica. Todavia, em um primeiro momento, foi decidida a publicação-piloto de um número especial da *Revista Direito, Estado e Sociedade*, do Departamento de Direito, ainda no ano de 2003, especificamente destinada à produção do Núcleo de Direitos Humanos. Coordenação do Professor José Ricardo Cunha.

- a publicação de *informativos* sobre o andamento das atividades e discussões do Núcleo de Direitos Humanos. Há de se lembrar que este já possui um importante meio de comunicação que é a página do Departamento na internet. Desta forma, estima-se que este canal seja aprimorado e que outros sejam criados. Desta forma, não somente as atividades do Núcleo seriam conhecidas, mas também o teor das discussões travadas no interior dos grupos de estudo.

Núcleo de Documentação:

O Núcleo de Direitos Humanos pretende ser uma referência bibliográfica no campo dos direitos humanos. Neste sentido, incentiva-se a formação de um Núcleo de Documentação. Diversas foram as publicações doadas ao Núcleo desde sua criação. Estima-se a multiplicação deste acervo nos próximos meses. Neste sentido, torna-se necessária a sistematização das mesmas de forma a viabilizar o acesso e empréstimo.

Grupo de Estudos *Tribunal Penal Internacional (TPI)*:

Signatário do Tratado de Roma de 1998, o Brasil encontra-se hoje no centro de uma das discussões mais interessantes do direito. Considerando que as atividades do TPI têm início em março de 2003 e a tradicional contribuição deste Departamento para as discussões em

direito internacional, estipula-se a criação de um grupo de estudos, formado por alunos de Graduação e Pós-Graduação tendo como objeto o estudo deste Tribunal.

Projeto Relatores:

Prevista a visita de Asma Jahangir, advogada paquistanesa, Relatora da ONU para as Execuções Sumárias, Arbitrárias e Extrajudiciais ao Brasil para o mês de setembro de 2003, idealizou-se a criação de um Grupo de Trabalho que tenha como objeto o estudo do direito internacional e a articulação da sociedade civil para o desenvolvimento de um trabalho mais eficaz junto aos relatores. Neste sentido, o grupo capacitará nossos alunos neste estudo e articulará seminários preparatórios. Em parceria com atores da sociedade civil organizada do Estado do Rio de Janeiro, pretende-se ainda confeccionar um relatório a ser traduzido e entregue à Relatora às vésperas de sua visita de forma a auxiliar suas análises. O Projeto Relatores está sob a coordenação dos Professores Márcia Nina Bernardes e Paulo Jorge Ribeiro (Departamento de Ciências Sociais).

4. Conclusão

A apresentação de uma conclusão é justamente o que não pretendemos fazer. Como seria possível concluir um projeto que está apenas começando? A grande riqueza do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio é precisamente saber de que ponto parte, e não em que ponto chega.

Na confecção de seu perfil, através de um belo trabalho em equipe realizado por professores e alunos, delineamos aspectos importantes para a sua criação e linhas para o seu desenvolvimento. Chegamos mesmo a confeccionar um o futuro mais desejável. Elegemos ainda projetos iniciais a serem realizados no ano de 2003.

Todavia, na realidade, desejamos que o Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da PUC-Rio possa ditar suas próprias conclusões ao longo do tempo. Esperamos que este artigo seja lido no futuro como a idéia inicial de um projeto que enfim se tornou realidade.

Resumos e abstracts

MÉTODO, NORMA E TÓPICA NO DIREITO: UMA TEORIA CRÍTICA DA NORMA.

Method, Norm and Topics in Law: A Critical Law Theory.

Astrogilda Moreira Assis Ribeiro

Prof. Orientador: Antonio C. Maia.

Banca Examinadora: Profs. Antonio C. Maia, Maria Celina Bodin de Moraes e Margarida Lacombe Camargo.

Data da Defesa: 09 de Outubro de 2002.

O professor Friedrich Müller busca dar ao Direito um método que lhe seja próprio. Para tanto, ergueu uma proposta metodológica que se projeta do plano teórico ao prático. Isto é, seu papel é fundamental dentro da teoria do Direito e de seu processo de aplicação. Tendo em vista essa dupla dimensão de sua metódica jurídica, tornou-se essencial a este texto a análise de sua teoria da norma jurídica e o seu tratamento aos elementos de aplicação tradicionais do Direito, bem como outros elementos que vêm a ser inseridos no processo de concretização.

Professor Dr. Friedrich Müller researches for the adequate Law method. He raised a methodical proposal which projects itself from a theoretical level to a practical one. That is, your paper is primary in the Law theory and in your application process. Because of this double dimension of the juridical method, it became essential to this text the analysis of his juridical norm theory and his treatment to the traditional Law application elements, as well as the others elements inserted in the application process.

1891: A CONSTRUÇÃO DA MATRIZ
POLÍTICO-INSTITUCIONAL DA REPÚBLICA NO BRASIL

*1891: The building of the political framework of Brazil's
republican institutions*

Fábio Carvalho Leite

Prof.^a Orientadora: Ana Lúcia de Lyra Tavares.

Banca Examinadora: Profs. Ana Lúcia Lyra Tavares, Adriano Pilatti,
José Ribas Vieira, Paulo Braga Galvão.

Data da Defesa: 6 setembro de 2002.

A presente dissertação pretende abordar a construção da matriz político-institucional da República no Brasil, a partir do estudo das causas que levaram ao advento da República em 1889 e suas conseqüências na ordem constitucional do País. Desse modo, o trabalho pretende identificar o projeto político representado pela Constituição de 1891 bem como investigar como este projeto foi defendido, a partir do estudo das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal.

The present work intends to analyze the building of the political framework of Brazil's republican institutions, through the study of the causes to the Republic advent in 1889 and its consequences to Brazilian constitutional order. In this way, the work aims to identify the political project represented by the Constitution of 1891 and to investigate how that project was defended, through the study of the Supreme Court decisions.

FOUCAULT, A TRANSFORMAÇÃO DA CRÍTICA
E A FILOSOFIA DO DIREITO

Foucault, The Transformation of Critic and Philosophy of Law.

Marcelo Neves de Mello Raposo

Prof. Orientador: Prof. Antonio C. Maia.

Banca: Prof. Antonio C. Maia, Prof. Aluizio Alves Filho, Prof. Francisco Javier Ortega.

Data da Defesa: 24 de Outubro de 2002.

Normas de Publicação

Os trabalhos enviados para publicação na Revista do Departamento de Direito da PUC-Rio – *Direito, Estado e Sociedade* – deverão ser inéditos ou ter tido circulação restrita. Se sua publicação estiver pendente em outro local, solicita-se avisar à Coordenação de Publicação assim que receber a aceitação. Não serão aceitos artigos que circularem na Internet.

2. Os trabalhos deverão ser enviados em arquivos gravados em disquete e acompanhados de uma cópia impressa. O processador de texto recomendado é o Microsoft Word. É permitido, contudo, utilizar qualquer processador de texto, desde que os artigos sejam gravados no formato .rtf (*Rich Text Format*), formato de leitura comum a todos os processadores de texto.

3. Os trabalhos deverão ser precedidos ou sucedidos por uma folha com o título do trabalho, nome do autor (ou autores), endereço, telefone, e-mail, situação acadêmica, títulos, instituições a qual pertença e a principal atividade exercida. Se for o caso, deve-se expressamente autorizar sua divulgação na *home page* do Departamento de Direito. Os artigos só serão divulgados na *home page*, porém, um ano após sua publicação impressa.

4. Quanto à forma, os trabalhos deverão ter preferencialmente entre 15 e 20 laudas. Os parágrafos devem ser

alinhados a 1,27 cm da margem esquerda escrita. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já determina este, automaticamente. A fonte utilizada deve ser *Times New Roman*, corpo 12. Os parágrafos não devem ter entrelinha; as margens são de 3,0 cm no lado esquerdo, 3,0 cm no lado direito e 2,5 cm nas margens superior e inferior. O tamanho do papel deve ser A4.

5. Qualquer destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso do *itálico*. Não deve ser usado o negrito ou o sublinhado. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas com recuo de 2 cm, somente na margem esquerda escrita, mesma fonte *Times New Roman*, mas em corpo 11, sem o uso de *itálico* e nem de aspas.

6. Se o trabalho contiver sub-divisões, deverá ser precedido de um Sumário, numerado, com as divisões do texto, separada cada divisão da outra por um travessão. Exemplo:

Sumário: 1. Realidade social e ordenamento jurídico; – 2. Regras jurídicas e regras sociais; – 3. O jurista e as escolhas legislativas; – 4. O Código Civil; – 5. A Constituição; – 6. A chamada descodificação; – 7. Conclusão.

7. As referências bibliográficas deverão ser feitas de acordo com a NBR 6023/89 (Norma Brasileira da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT). A referência bibliográfica básica deve conter: sobrenome do autor em letras maiúsculas; vírgula; nome do autor em letras minúsculas; ponto; título da obra em itálico; ponto; número da edição; ponto; palavra edição abreviada; ponto; local; espaço; dois pontos; espaço; editora (suprimindo-se os elementos que designam a natureza comercial da mesma); vírgula; ano da publicação; ponto. Exemplo:

DAVID, René. *Os grandes sistemas do direito contemporâneo*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

8. O Conselho Editorial da Revista reserva-se o direito de propor modificações ou devolver os trabalhos que não seguirem essas normas. Os autores poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.

9. Todos os trabalhos recebidos serão submetidos ao Conselho Editorial da Revista, ao qual cabe a decisão final sobre a publicação. Os trabalhos recebidos durante o ano e aprovados pelo Conselho Editorial não necessariamente serão publicados nos números da Revista do mesmo ano, podendo ser publicados em números ulteriores.

10. Trabalhos de alunos de graduação, excepcionalmente, poderão vir a ser publicados mas, para serem submetidos ao Conselho Editorial, deverão ser

encaminhados à Coordenação de Publicação por um professor.

11. Os artigos publicados poderão ser também divulgados na *home page* do Departamento, desde que o autor (ou autores) autorize(m) expressamente tal divulgação.

12. Os trabalhos não publicados só serão devolvidos se for feita solicitação neste sentido, até um ano após o seu envio.