ISSN 1678-5029

Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito

Volume VI – Número 7 e 8 – Ano 2007
Porto Alegre – RS

Faculdade de Direito da
Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito

PPG DIREITO UFRGS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

Volume VI – Números 7 e 8 – Ano 2007
Porto Alegre – RS

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Reitor: Prof. Dr. Carlos Alexandre Netto
Vice: Prof. Dr. Rui Vicente Oppermann

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Sérgio José Porto
Vice-Diretor: Prof. Manoel André da Rocha

Diretoria

Carlos Klein Zanini

Coordenadores do Volume
Judith Hofmeister Martins-Costa
Luís Fernando Barzotto

Acadêmico Responsável
Luís Felipe Spinelli

Secretária Executiva

Rosmari de Azevedo

Colaboradora Executiva

Ana Maria Blanco Montiel Alvarez

Conselho Editorial

Alfredo de Jesus Dalmolin Flores
Almiro do Couto e Silva
Augusto Jaeger Junior
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira
Carlos Klein Zanini
Carlos Silveira Noronha
César Viterbo Matos Santolim
Cezar Saldanha Souza Junior
Cláudia Lima Marques
Cláudio Fortunato Michelon Junior
Humberto Bergmann Ávila
José Alcebíades de Oliveira Junior
Judith Hofmeister Martins-Costa
Luís Afonso Heck
Luís Fernando Barzotto
Luiz Felipe Silveira Difini
Martha Lucía Olivar Jimenez
Peter Walter Ashton
Raúl Enrique Rojo
Tupinambá Pinto de Azevedo
Véra Maria Jacob de Fradera

Projeto Gráfico e Editoração: Anna Fernandes e Mariana Pinto dos Santos

Capa: Márcia Guimarães Spies

Revisão: Felipe Raskin Cardon

Acompanhamento Editorial: Mayara Marcanzoni

Os cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS é uma publicação semestral, elaborada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Todos os direitos são reservados, nenhuma parte pode ser reproduzida ou transmitida sob quaisquer meios, sejam mecânicos ou eletrônicos, incluindo a fotocópia, de qualquer informação, sem a prévia autorização.

O Conselho Editorial não assume a responsabilidade por qualquer material publicado nesta revista, uma vez que os trabalhos publicados representam o pensamento de seus autores.

Contato

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
Faculdade de Direito – UFRGS
Av. João Pessoa, 80 – 2º andar
Porto Alegre – RS – CEP 90040-000

Telefones (51) 3308 3306 – Fone/fax: (51) 3308 3987
E-mail: ppgd@ufrgs.br – http://www.ufrgs.br/ppgd

Pede-se permuta
Piedese canje
Weak exchange
On demande échange
Wir bitten um autaush
Si richiede lo scambio

C122 Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS. – vol. 6, n. 7/8 (2007). – Porto Alegre: PPGDir./UFRGS, 2003-

Semestral (exceto o ano de 2007)

ISSN 1678-5029

1. Direito – Periódicos. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

CDD 34(05)

CIP-Brasil. Dados Internacionais de Catalogação na Publicação.
(Jaqueline Trombin – Bibliotecária responsável CRB10/979)

Sumário

Nota dos Coordenadores

Primeira Parte: Fundamentos Dogmáticos da Experiências Jurídica

Direito Civil

Indivíduo, pessoa, sujeito de direitos: contribuições renascentistas para uma história dos conceitos jurídicos
Judith Hofmeister Martins-Costa 13

Responsabilidade civil e consentimento do lesado: um contributo da experiência portuguesa à ordem jurídica brasileira
Felipe Teixeira Neto 51

Direito Administrativo

Burocracia e Estado Capitalista: notas sobre a reforma (administrativa) de Estado
Marcelo Simões Pires Picarelli 103

Autonomia e independência da ANATEL no contexto juspolítico brasileiro
Vanessa Copetti Cravo 151

Direito Processual Civil

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva desde la perspectiva de los derechos fundamentales
Carlos Alberto Alvaro de Oliveira 197

As origens da condenação do Processo Civil romano
Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke 223

O direito fundamental à razoável duração do processo na Constituição Federal brasileira
Juliana Torres 293

Colaboração, solidariedade social e efetividade da tutela executiva *stricto sensu*
Luis Alberto Reichelt 341

Diálogo, participação e a influência do processo cooperativo no conteúdo da garantia do contraditório.
Marco Eugênio Gross 363

Segunda Parte: Fundamentos Teórico-Filosóficos da Experiência Jurídica

A amizade como o fim do Direito em Aristóteles
Alejandro Montiel Alvarez 393

Uma panorâmica geral no planeta *jurídico-positivista*: Kelsen e os outros
Guilherme Camargo Massaú 421

Terceira Parte: Fundamentos da Integração Jurídica

O Estado, segundo o Direito Internacional
Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo 465

As jurisdições supranacionais em matéria penal
Sandro Brescovit Trotta 489

Quarta Parte: Dissertações de Mestrado e Teses de Doutorado Defendidas Junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito durante o Ano de 2007

Dissertações de Mestrado 515

Teses de Doutorado 531

Nota dos Coordenadores do Volume

Temos a grata satisfação de apresentar à comunidade acadêmica o volume inaugural da nova série dos Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, publicação vinculada ao Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGDir) da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS).

Com a grande reformulação procedida no ano de 2007 à estrutura do Programa e às suas linhas de pesquisa – associadamente à relevância tomada pelo Programa *Qualis* da Comissão de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Capes) -, tornou-se necessário reformular os Cadernos no que tange ao conteúdo, aos critérios para a seleção de artigos e, inclusive, à sua apresentação gráfica.

O conteúdo dos Cadernos deve expressar o diálogo entre aquilo que é efetivamente construído e debatido por seus professores e pesquisadores e o que pensa a comunidade acadêmica nacional e internacional. Por isso, a divisão que estrutura os Cadernos coerentemente às proposições enucleadas nas suas três Linhas de Pesquisa, a saber: Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica; Fundamentos Teórico-Filosóficos da Experiência Jurídica; e Fundamentos da Integração Jurídica, cada uma delas servindo como o fio condutor da reflexão acerca dos distintos aspectos da *experiência jurídica*, expressão-chave para indicar a perspectiva adotada no Programa, que se quer na linha média entre os estudos dogmáticos e os zetéticos.

É justamente a perspectiva dessa linha média que torna os Cadernos uma publicação não aferrada a um único ponto de vista. Os trabalhos publicados poderão versar, portanto, sobre quaisquer dos setores de que se enriquece cotidianamente a experiência jurídica desde que classificáveis como produção doutrinária. O 'fazer doutrina' – acredita-se – não tem seus lindes na mera divulgação de ideias alheias, sendo sobretudo obra de meditação, responsabilidade, reflexão e de diálogo permanente entre a prática e a teoria.

Manteve-se a seção em que indicada, com exaustividade, a produção discente, arrolando-se as teses e publicações defendidas com as respectivas bancas julgadoras, sendo essa prática reveladora de um aspecto da prestação de contas devida à comunidade por todos os que curam do interesse público e dos públicos recursos. Por razões de catalogação bibliográfica, foi também mantida a sequência na numeração dos Cadernos, considerando-se a contagem de volumes a partir de 2003, ano de sua primeira publicação, não se cortando a continuidade, considerada, para a numeração, a última publicação (setembro de 2006, número 6).

Os propósitos que animam o Programa Qualis, da Capes, serviram, por sua vez, como a alavanca para as mudanças nos critérios para a publicação. O princípio da impessoalidade impõe que a seleção dos trabalhos veiculados opere por meio de prévia desidentificação dos autores, a propiciar o máximo de imparcialidade e transparência possível na escolha dos trabalhos encaminhados e máxima divulgação das chamadas de trabalhos, por via da publicação do respectivo edital na página do Programa (http://www6.ufrgs.br/ppgd/) e do emprego da mala direta aos demais programas de pós-graduação. Além dos editores, um selecionado corpo de consultores *ad hoc*, internos e externos ao Programa, está encarregado dessa seleção, nunca adstrita ao juízo discricionário de uma só pessoa. A bem-vinda pluralidade de colaborações deverá conviver, contudo, com a uniformização dos aspectos formais e com os critérios firmes e o mais possível objetivados para a eleição dos artigos componentes de cada número, dentre os quais se incluem o ineditismo dos textos (permitindo-se, porém, a reprodução de trabalhos antes publicados no Exterior), a qualidade e a coerência da bibliografia empregada e o seu afeiçoamento às sobreditas Linhas de Pesquisa.

Por fim, a mudança gráfica: há sempre um propósito ético subjacente à opção estética. A maior clareza na apresentação gráfica visa refletir a clareza das diretrizes e dos métodos destes Cadernos em sua nova fase, bem como a

congruência estética com as soluções já utilizadas em outras publicações do Programa, como a da sua página na internet e a do Boletim Informativo publicado desde 2007.

Que essas mudanças animem o presente leitor a tornar-se, em breve futuro, um ativo colaborador dos nossos Cadernos!

Profa. Dra. Judith Hofmeister Martins-Costa

Prof. Dr. Luís Fernando Barzotto

Primeira Parte:
Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica

Direito Civil

Indivíduo, Pessoa, Sujeito de Direitos: Contribuições Renascentistas para uma História dos Conceitos Jurídicos[1]

Judith Martins-Costa[2]

1 Introdução. 2 Do Indivíduo. 2.1 De Perspectivas e de Diferenciações: do "Homem Novo" ao Indivíduo. 2.2 Da Singularidade do Indivíduo e dos seus Inatos "Direitos Subjetivos". 3 Dos Artefatos Jurídicos. 3.1 Da Pessoa como Algo Que Se Tem. 3.2 Do Indivíduo à Pessoa como Sujeito de Direitos. 4 Conclusão.

Resumo: A autora visa demonstrar como se opera, no Renascimento, a reconfiguração dos termos "indivíduo", "pessoa" e "sujeito" como artefatos jurídicos que possibilitaram uma nova forma de apreender o mundo e de transformá-lo. Começa anotando que as noções que hoje temos da personalidade, bem como a sinonímia entre "ser humano", "sujeito de direitos" e "pessoa", escondem séculos de laboriosa construção: construção semântica, porque as palavras são artefatos sociais, construção jurídica, porque os conceitos jurídicos são produtos e produtores de sentidos sociais. Busca, pois, recuperar nesses sutis deslizamentos de sentido os fios de uma trama que vem sendo tecida desde o Prometeu de Ésquilo, mas que encontra no Renascimento uma fundamental perspectiva. Após examinar, na primeira parte, as conexões entre as noções de sujeito, direito subjetivo e dignidade da pessoa se ocupa, na segunda parte, da noção de pessoa e da assimilação entre indivíduo e pessoa. O olhar para a construção conceitual operada na Renascença, ainda subsistente no instrumental jurídico-dogmático, permite o distanciamento necessário para perceber que hoje em dia a noção de pessoa humana postula um novo critério de discrimine entre as categorias de "pessoa" e de "coisa", útil para permitir, por exemplo, um adequado tratamento dogmático acerca do estatuto do embrião humano.

Palavras-chave: Indivíduo. Pessoa. Sujeito de Direitos. Pessoa Humana. Conceitos Jurídicos.

---

[1] Este texto integra projeto de pesquisa "Direito Privado: um espaço de mentalidades" desenvolvido pela autora no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, área "Fundamentos da Experiência Jurídica", tendo sido objeto de seminário na disciplina Fundamentos do Direito Privado no primeiro semestre de 2008.

[2] Livre Docente pela Universidade de São Paulo. Professora de Direito Civil na Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil.

Abstract: The author attempts at demonstrating how, during the Renaissance, the reconfiguration of the terms "individual", "person", and "subject", as legal artefacts, has made it possible to create a new way of grasping reality and transforming it. She begins by pointing out that the notions of *personality* we have nowadays, as well as the synonymic relationship between such phrases as "human being", "subject of rights", and "person", conceals centuries of painstaking construction: semantic construction, because words are social artefacts, and legal construction, because legal concepts are the product of social meanings, as well as the producers thereof. The author attempts, thus, to retrieve from those subtle sliding movements in meaning, the threads that make up the warp and woof of a plot that has been woven since Aeschylus's *Prometheus*, which finds in the Renaissance a fundamental *perspective*. After examining, in the first part, the connections between the notions of *person, subject, subjective rights*, and *personal dignity*, the second part deals with the notion of person and the assimilation of the concepts of "individual" and "person". The act of looking up to the conceptual construction that took place during the Renaissance, still present within our legal and dogmatic tool set, allows us to keep the necessary distance to realise that, nowadays, the notion of human person calls for new differentiating criteria for the categories of "person" and "thing" – much-needed principles, for example, in the field of research done with human embryo cells, which depends upon the definition of whether all "human beings" should be considered "persons".

Keywords: Individual. Person. Subjective Rights. Human Beings. Legal Concepts

"Be not afraid of greatness: some are born great, some achieve greatness and some have greatness thrust upon them."

Shakespeare, Twelfth Night, Act II, Scene V.

1 Introdução

Pessoa humana: eis aí uma antiga e ambígua expressão. Valor-fonte do Ordenamento, a pessoa humana é chamada a atuar já no início da Constituição Federal que situa o princípio da *dignidade da pessoa humana*;[3] o termo *pessoa* também comparece – num conceito aparentemente circular – no início

[3] Constituição Federal, art. 1º, inc. III.

do Código Civil, no seu art. 1°, segundo o qual "toda *pessoa* é capaz de direitos e deveres na ordem civil"[4] sendo, então, *sujeito* de direitos e obrigações na vida civil, titular de especialíssimos direitos – os *direitos subjetivos*, direitos do sujeito.

Pessoa, sujeito, direito subjetivo, dignidade da pessoa: essas noções hoje tidas como assentes que suportam como vigas-mestras, todo o edifício jurídico são, em larga medida, resultados de uma complexa construção elaborada nos séculos do Renascimento e do primeiro Jusracionalismo – dos meados do *Cinquecento* aos finais do séc. XVII – conquanto sua forma final seja produto tardio do Iluminismo e Pandectística germânica, esta já nos Oitocentos. Trata da construção do *indivíduo* como sujeito social e ator jurídico que culminará na idéia do indivíduo-pessoa como categoria ético-jurídica, dotado de direitos subjetivos. Acompanhando *pari passu* essa construção estão ainda outras duas, igualmente refinadas e sutis, a saber: a fabricação do Estado como *artifício jurídico*, produto constitucional, objeto de instituição por um ato humano fundador;[5] e a elaboração do ordenamento jurídico como um *sistema* dedutivo racionalmente organizado, racionalmente apreensível e manejável por intermédio de conceitos gerais, dotados de elevadíssimo grau de abstração.

Não nos ocupemos, senão marginalmente, do Estado e tenhamos a construção da idéia de sistema como invisível

---

[4] No Anteprojeto do Código Civil, vinha posta a expressão "todo *homem*", tal qual o art. 1° do Código de 1916, o que a Câmara dos Deputados, em 1984, modificou para constar: "Todo *ser humano*". Porém, na última revisão, em 1999, acabou-se substituindo "ser humano" por "pessoa". O conceito é aparentemente circular, porque "pessoa" é um conceito normativo e não naturalista, indicando o uso histórico da expressão que "pessoa" é, no sentido jurídico, todo o ser humano "capaz de direitos e obrigações". Tratei deste tema em: MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, *Personalidade, Dignidade. (ensaio de uma qualificação)*. Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dezembro de 2004.

[5] A correlação é feita por CLAVERO, Bartolomé. Principio Constitucional: el individuo em Estado, in: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta,1997, p. 12

– mas onipresente – pano de fundo. Pensemos na *pessoa*, no *indivíduo* e no *sujeito*.

Lembremos, na romana Antiguidade, do cavalo *Incitatus*, feito senador por decreto de Nero; ou recordemos, no medieval *Duocento* Francisco de Assis personificando o Sol e a Lua, seus irmãos em Cristo. Por largo período histórico que chega a alcançar a aurora da Modernidade, a pessoa não era indivíduo nem o indivíduo era pessoa. A noção de *in-dividuus*, o não-dividido, equivalia, na Idade Média, à noção de *átomo*, a menor unidade – e indivisível – de algo que a ultrapassava – uma ordem, um estamento, uma corporação ou qualquer outra entidade coletiva, essas sim os verdadeiros e reconhecidos sujeitos sociais.[6]

O termo *sujeito*, do latim *subjectus* é palavra que por largo tempo esteve próxima do seu étimo *sub* e do verbo *subjicere* (colocar por baixo), que também deu *súdito* e *sujeição* denotando, na língua portuguesa do séc. XIII (*sogeito*), o que está submisso a uma autoridade soberana,[7] conquanto, em 1611, o espanhol Sebastián de Cobarrubias, em seu *Tesoro de la lengua castellana, o española* anota também uma paralela significação: "la calidad de la persona, como Fulano es un buen sujeto, conviene a saber tiene disposición para aquello a que le aplicamos".[8] Os seres humanos não tinham "direitos" que nascessem do só fato de serem pessoas, mas tinham posições processuais, isto é, ações, de onde vem a clássica tripartição romana que até hoje estrutura alguns Códigos civis, como o da França: pessoas, coisas e ações.

---

[6] Assim, CLAVERO, Bartolomé, Principio Constitucional: el individuo em Estado, in: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p. 12.

[7] CUNHA, Antonio Geraldo. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. Tomo II. 2ª ed, 16ª reimpressão, 1986, p.742. Também assim nas outras línguas latinas: em francês, o termo é anotado com essa acepção por volta de 1120 (escrito *sujez*), como informam BLOCH, O., e Von WARTBURG, W. *Dictionnaire étymologique de la langue française*. Paris, Quadrige/PUF, 2002, p. 614).

[8] Apud CLAVERO, Bartolomé, Principio Constitucional: el individuo em Estado, in: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, p.11.

Por sua vez *pessoa* podia ser personagem ou *status*, nome ou posição processual, ou mesmo consciência moral, mas não era, necessariamente, nem consciência do Eu nem categoria do pensamento, filosófico e jurídico.[9]

Não sendo a *pessoa* a consciência do Eu e não correspondendo necessariamente pessoa e ser humano, também a noção de *personalidade* como centro irradiador de direitos da pessoa não tinha lugar. Esse termo – *personalidade* – conquanto tenha aparecido timidamente no Renascimento,[10] só se firmará léxico das línguas européias nos finais do séc. XVIII, no espírito da Ilustração para designar a força com que os partidários da filosofia ilustrada substituiriam a *auctoritas* oficial, consistindo num "título honorífico con el que se engalanaba todo grande que se distinguia a su época por sus ideas y hechos ejemplares".[11]

Quanto à *dignidade*, sabemos ser categoria historicamente ligada ao *status*. A *dignitas* era qualidade atribuída à autoridade de um cargo, como a *dignitas* real ou eclesiástica, ou ao mérito como as honras públicas que fossem "em si mesmo devidas". Assim está, por exemplo, em Cícero.[12] Na Idade Média, dignidade vem associada a cargo, de modo especial, ao cargo real. Esclarece Kantorowicz:

---

[9] Por todos, MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de "eu". In: *Sociologia e Antropologia*. Trad. De Paulo Neves. Cosac & Naify, São Paulo, 2003, p. 369-399.

[10] Assim dá conta o *Dictionnaire étymologique de la langue française* de BLOCH e Von Wartburg (Paris, Quadrige/PUF, 2002, p. 478) que registra: Personnalité, 1697, une re fois em 1495. Empr. du lat. personalitas, der. de personalis, v. personnel.Du sens didactique se sont développés les sens modernes d'après personnel ; celui de « personnage » date de 1867.

[11] HATTENHAUER, Hans, *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Tradução espanhola de Pablo S. Coderch, Ariel Derecho: Barcelona, 1987, p. 21, grifos do autor.

[12] No *Da Republica*, XIII, CICERO escreve: "Suponhamos dois homens: um, o melhor de todos, de suma eqüidade e justiça, e de fé singular; outro, insigne na maldade e na audácia; suponha-se que uma cidade caiu no erro de crer que o varão virtuoso era malvado, facinoroso e infame; que, pelo contrário, considere o ímprobo como de suma probidade e fé; que, por essa opinião de todos os cidadãos, aquele varão virtuoso seja insultado, encerrado, mutilado em mãos e pés, cegado, condenado, torturado, queimado e proscrito; que morra de miséria, longe da pátria, e pareça,

> A Dignidade [...] referia-se principalmente à singularidade do cargo real, à soberania investida no rei pelo povo, e que residia indubitavelmente apenas no rei. Por certo, isso não significava que a Dignidade real fosse algo que tocava apenas ao rei e não a todos. Uma vez que a Dignidade do rei, juntamente com seus direitos prerrogativos, tinham de ser mantidos e respeitados em benefícios de todo o reino, a Dignidade também era de natureza pública e não meramente privada. Era um assunto tão pouco privado quanto o *officium* Regis, com o qual em grande parte coincidia.[13]

Os juristas medievais também se ocuparam da noção, discernindo entre a *dignitas* e o cargo, sustentando Bártolo que, "estritamente falando, teríamos de dizer que o cargo em si não era uma Dignidade, mas possuía uma Dignidade anexada (*habet dignitatem annexam*[14])". Assim chegará até Hobbes, que dirá:

> O valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado, é o que os homens vulgarmente chamam dignidade. E essa sua avaliação pelo Estado se exprime através de cargos de direção, funções judiciais e empregos públicos, ou pelos nomes e títulos introduzidos para a distinção de tal valor.[15]

Hoje em dia, é indiscutido: personalidade é qualidade do singular e o singular é o indivíduo, a quem é reconhecida uma dignidade pelo simples fato de *ser pessoa*. Entre "ser

---

enfim, o mais infeliz dos homens, assim como o mais miserável. Por outro lado, cerquemos o malvado de adulações, de honras, do apreço geral; cumulemo-lo de dignidades, categorias, riquezas, e proclamemo-lo, unanimemente, o mais virtuoso e o mais digno de prosperidade pelo julgamento comum. Quem será tão demente que hesite na escolha da conduta de ambos".

[13] KANTOROWICZ, Ernst. H.*Os Dois Corpos do Rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo, Companhia das Letras,1998,p. 233-234, grifos originais.

[14] KANTOROWICZ, Ernst. H. *Os Dois Corpos do Rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo, Companhia das Letras,1998, p. 234.

[15] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, Cap. X, p. 58, grifei.

humano", "homem" (como indicativo do gênero humano), "sujeito de direitos" e "pessoa" há consagrada sinonímia que esconde, todavia, séculos de laboriosa construção: construção semântica, porque as palavras são artefatos sociais, construção jurídica, porque os conceitos jurídicos são produtos e produtores de sentidos sociais. Nesses sutis deslizamentos de sentido, estão fios de uma trama cuja origem vale recuperar, entre indivíduo, pessoa, personalidade e dignidade – signos sonoros de uma antropologia – sendo atados os invisíveis fios que tecem, desde o Prometeu de Ésquilo, a nossa cultura, mas que encontram no Renascimento uma fundamental *perspectiva*.

Partamos dessa perspectiva e vejamos na Primeira Parte, como surge, no alvorecer da Renascença, o *indivíduo* como consciência do Eu, dele decorrendo não apenas um novo modo de pensar o mundo, mas, por igual, um novo grupo de direitos com os quais passa a acessar e a transformar o mundo. E, mencionemos, na Segunda Parte, como indivíduo se torna pessoa, sendo a pessoa algo *que se é*, categoria jurídica fundamental, categoria do pensamento, pedra fundante do edifício da nossa cultura.

2 Do indivíduo

A perspectiva é o aspecto dos objetos vistos de certa distância, possibilitando o distanciamento e o estranhamento. Seja na História, seja na pintura, a perspectiva como distância foi conquista do Renascimento, permitindo pensar a noção de indivíduo (A). Da singularidade do indivíduo nasce uma especialíssima categoria de direitos – os direitos subjetivos do indivíduo (B).

2.1 De perspectivas e de diferenciações: do "homem novo" ao indivíduo

A perspectiva – com tudo o que implica de possibilidade de pensar a alteridade - permite discernir entre sujeito e objeto consistindo na própria descoberta da capacidade de

compreender os objetos em seu lugar efetivo, na sua distinção dos outros, na sua individualidade autêntica, sendo assim, o lócus que faz pensável a individualidade.[16] Sem a conquista da perspectiva – isto é, sem a diferenciação entre o singular e o coletivo, entre o eu e o outro – não se poderia chegar ao significado da personalidade humana como centro original e autônomo. Não se poderia sequer colocar os dados de uma equação que só mais tarde fez sentido, a saber: que todos os seres humanos são pessoas, mas que só os seres humanos são pessoas.[17]

Em busca de um lugar favorável à perspectiva, esteve Montaigne, para quem "*Penser, c'est être à la recherche d'un promontoire*". Se um promontório ajuda a encontrar a perspectiva, melhor a montanha. Uma boa perspectiva tivera, na Baixa Idade Média, Petrarca, que em 26 de abril de 1336, no alto do *Mont Ventoux*, na Provence, acompanhado por dois amigos, lerá Santo Agostinho e anotará em seu diário:

> "Os homens admiram a altura dos montes e as enormes ondas do mar, as vastas correntes dos rios, o movimento do Oceano e a rotação dos astros, mas não cuidam de si mesmos".[18]

Esse cuidar de si[19] levará a olhar para dentro de si e, assim, ao reconhecimento do seu próprio valor como ser

---

[16] "A descoberta da perspectiva, a utilização racional da perspectiva linear e aérea "nous a value la Renaissance", como expressou WEBER, Max.L 'étique protestante e l'esprit du capitalisme. Tr. De Jacques Chavy. Paris, Plon, 1967, p. 13.

[17] A idéia segundo a qual os povos do mundo formam uma mesma e única humanidade "não é consubstancial ao gênero humano", observa Finkielkraut que anota: "Ce qui a même longtemps distingue les hommes de la plupart des autres espèces animales, *c'est précisément qu'ils ne se reconaissent pas entre eux* .(...) Le propre de l'homme c'était, à l'origine, de réserver jalousement le titre d'homme à sa seule communauté." FINKIELKRAUT, Alain. L'Humanité Perdue. Essai sur lê XX siecle. Paris, Seuil,1996, p. 13.

[18] A referência está em ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993 p. 17. Trata-se de uma carta famosa (Ep. Fam., IV, 1) escrita por Petrarca ao seu amigo Francesco Dionigi que pode ser consultada em http://it.wikipedia.org/wiki/Francesco_Petrarca#Opere_in_volgare.

[19] Seis séculos mais tarde, este discurso será retomado por Michel Foucault, que busca a expressão grega - *hepiméleia heautoû* – como mote de suas reflexões,

terrestre ou mundano, inserido no mundo da natureza e da história e capaz de forjar em si o próprio destino: a dignidade do homem, dirá um século depois Pico della Mirandola está em ser "*un libero e nobile modellatore e foggiatore di (se) stesso*".[20]

Aí está um ponto seminal, verdadeiro discurso fundador do Humanismo Renascentista: o ser humano acaba de se perceber como indivíduo. Ao invés de receber sua vida já modelada pela ordem das coisas, o homem tem o poder de dar-lhe forma. Sua voz soa em solo, não mais necessariamente articulada no canto coral – na coralidade – da *civiltà plurale* medieval,[21] encontrando sua dignidade na *autonomia*, no direcionamento à liberdade, não na *auctoritas* ligada a um papel externo, socialmente desempenhado.

A civilidade medieval fora uma civilidade plural em mais de um sentido: plural por permitir a articulação de um sem número de autonomias não organizadas de *per se*, conquanto também não monadariamente avulsas do todo, pois inseridas no tecido da *societatis perfectae* tomista; plural por sua estrutura comunitária metaforizada na *coralidade*[22] que

---

contrastando o "cuidar de si mesmo" ao "conhece-te a ti mesmo. (FOUCAULT, Michel. *A Hermenêutica do Sujeito*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. Martins Fontes, São Paulo, 2004, p. 4 et seq).

[20] Giovanni PICO DELLA MIRANDOLA escreveu, em 1486, *De Hominis Dignitate* (que li na edição bilíngue e tradução italiana de Carlo Carena, Berlusconi Editore, 1995). Como é dito por seu tradutor italiano, ele representa o melhor daquele *Rinascimento* precoce, acerbo, que tem os seus centros não em Roma, mas em Florença e em Ferrara e que, certo da vastidão e coerência do saber humano, nos mais diversos tempos e lugares, "busca absorvê-lo inteiro, para demonstrá-lo". No *De Hominis Dignitate*, eleva-se um diverso conceito de "ser humano", bem revelado na passagem na qual fabula a fala divina, especificando qual é a especificidade do ser humano frente à imensidão da criação divina: "Gli altri esseri hanno uma natura definita e chiusa, entreo termini e leggi da me stabilite. Tu, non rinchiso in stretti confini, secondo il tuo libero arbítrio, a cui ti ho rimesso, determinerai tua natura. (...) Non ti ho fatto né celeste né terreno, né mortale né imortale, affinché ti foggi da se stesso la forma che preferisci, come un libero e nobile modellatore e foggiatore di te stesso. Potrai degenerare verso gli esseri inferiori, i bruti o rigenerarti verso i superiori, i divini, a tuo esclusivo giudizio"(pp. 8-9).

[21] A expressiva metáfora da coralidade é de GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006, p. 55. A expressão "civiltà plurale"está na p. 195.

[22] Por todos, GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006.

ignora o canto solo, o singular, o original e vê o mundo como ordem hierarquizada; plural, enfim, porque a perspectiva parte da *res* e de suas inúmeras virtualidades e utilidades para os sujeitos sociais, razão pela qual a noção de *dominium* é então *dominium rerum* e não *dominium sui*, as coisas que estão no mundo não comportando o olhar subjetivo do "é só meu.[23]

No mundo que soa em coral, os sujeitos sociais se definem pela pertença a algo que os ultrapassa – a comunidade, as comunidades que integram.

Porém, Pico della Mirandola revelará algo diverso: o homem modela a si mesmo com liberdade e nisto está a sua dignidade. A surpreendente correlação entre ser humano e autonomia, e entre essa e uma espécie nova de dignidade, não mais do cargo, não mais uma dignidade do *que se tem*, mas do que *se é* como espécie no reino da natureza.

Essa correlação nascerá de um assumido paradoxo, qual seja, a constatação da essencial *precariedade* humana. Tendo Deus criado todas as criaturas, diz Pico della Mirandola, foi tomado pelo desejo de gerar uma outra criatura, um ser consciente que pudesse apreciar a criação. No entanto, não havia nenhum lugar disponível na cadeia dos seres, desde os vermes até os anjos. Então, Deus criou o homem, que, ao contrário dos outros seres, não tinha um lugar específico nessa cadeia.

Pela ausência de um lugar próprio (*certam sedem*), por provir de uma criação derivada de um modelo indefinido (*indiscretae opus imaginis*), por não ter sequer uma face peculiar (*nec propriam faciem*), o que peculiariza o ser humano é justamente a sua *precariedade* somente ultrapassada pela possibilidade que temos de, com liberdade e nobreza, forjar-nos e modelarmos a nós mesmos. Daí que *dignidade* – conotada ao ser humano, não ao *status* por ela ocupado na ordem social - valerá *singularidade* e *autonomia*.

---

[23] GROSSI, Paolo. La propiedad y las propriedades. Un análisis histórico. Tradução de Angel M. López y López. Madri, Civitas, 1992.

A nova orientação filosófica vem expressa à perfeição no francês Charles Bouillé, ou Carolus Bovillio[24] que, nos inícios do *Cinquecento*, situará a posição peculiar em que se encontra o homem, no cume da inteira natureza no fato de ser o único ser capaz de *compreender* e, assim, alcançar a *consciência de si*, trazendo consigo o mundo inteiro à sua completude.[25] A inteligência de si, alcançável pela razão, é, diz Bovillio, a realização completa (*consumatio*) do homem, alcançada pela passagem do homem substancial ao *homem racional*, do homem natural ao *homem adquirido*, do homem simples ao *homem composto, perfeito e sapiente*".[26]

Por essa via, Bovillio re-enceta o discurso da *subjetividade*, já gestado, em pleno Medievo, por um grupo de frades franciscanos abrigados na Universidade de Oxford. Duns Scott, mas especialmente Guilherme de Occan,[27] haviam elaborado a argamassa de um novo edifício que, na Renascença, seria completado por Donellus, Lutero, Grotius, Descartes e Hobbes.[28] Rejeitando a visão clássica – aristotélica e tomista – da natureza, ordenada em teleologia[29], os escolásticos franciscanos haviam construído as bases da filosofia do indivíduo e do voluntarismo.

Não raciocinemos por gêneros e espécies, como quer São Tomás, pregavam os franciscanos, pois não existe o homem, o pai, o cidadão: existem *os indivíduos*, Pedro ou Paulo. Não existe a ciência do geral, mas as coisas particulares, cada

---

[24] N.1470 o 1475-ca. 1553.

[25] (*De Sap.*, 1-2), citado por ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 24.

[26] (*De Sap.*, 24), citado por ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, pp. 24-25.

[27] 1290 -1349.

[28] Fala em "linha direta" VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris, p. 158. A linha chegará ao Jusracionalismo, com Wolff e Puffendorf.

[29] A rejeição ao intelectualismo aparecerá também em Petrarca, no Idiota e em Nicolau de Cusa que tratará do "homem simples e ingênuo, expressão da razão natural não ainda sofisticada pelas sutilezas e abstrusidades da douta ignorância, como registra RUGGIERO, Guido de, in *Storia della Filosofia*. Parte Terza. Rinascimento Riforma e Controriforma. Vol. I. 4ª ed. Bari, Laterza, 1947, p. 98.

indivíduo possuindo uma forma particular. O indivíduo concreto e não mais o gênero é o ponto de partida e o objeto último do conhecimento.[30]

Os ecos da Escolástica franciscana e da polêmica dos *universais*[31] continuarão a ressonar na Renascença. Por exemplo, em Montaigne, que se apresentará não por seu status ou por sua representação social, não por nenhuma "marca especial e exterior", não como Gramático ou Poeta, ou Jurisconsulto, mas por seu "*estre universel*", é dizer, como ele próprio, irredutivelmente Michel de Montaigne, ser humano, original e único.[32] E também em Bodin e em Maquiavel: o que será o Príncipe senão *legibus solutus*, legislador solitário e absoluto – tal qual Deus é *potestas absoluta*, como diziam os franciscanos, e não *potestas ordinata*, como queria Tomás de Aquino?

A rejeição da *potestas ordinata*, ordem racional constituinte, abre caminho para a afirmação da liberdade individual,[33] para a primazia da vontade sobre o intelecto. As refrações dos dois postulados aí subjacentes – o individualismo e

---

[30] VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris, p. 184.

[31] A polêmica agitou o mundo medieval, opondo realistas a nominalistas. Os universais são os conceitos que podem ser aplicados a todos os indivíduos da mesma espécie - os gêneros e as espécies, não sendo apenas conceitos, segundo São Thomas, mas existentes como "substâncias segundas" no mundo exterior. Para os nominalistas os universais são meros nomes, não correspondendo a nenhuma realidade. A polêmica diz com relação entre as idéias (universais) e as realidades (indivíduos), ou, em última análise, é o problema da relação entre as palavras e as coisas, entre *res* e *signo*. (v. VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris, p. 203-271. KAUFMANN, A..,e HASSEMER, W. *Introdução a Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Gulbenkian, 2002, p. 77 et seq.

[32] «Les autheurs se communiquent au peuple par quelque marque speciale et estrangere : moy le premier, par mon estre universel : comme, Michel de Montaigne: non comme Grammairien ou Poëte, ou Jurisconsulte. Si le monde se plaint dequoy je parle trop de moy, je me plains dequoy il ne pense seulement pas à soy ». MONTAIGNE, Michel de. *Essais* .Livre III, 2. Há tradução portuguesa de Toledo Malta, J.M. Seleta dos Ensaios de Montaigne. Rio de Janeiro, José Olympio, 1961, p. 640.

[33] Para essas notas, VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris, p. 183 et seq.

o voluntarismo – se projetam num giro hermenêutico, o da transição do direito clássico ao direito moderno, pois o que está aí formulado é um problema jurídico fundamental: o do *direito individual*.

Falar-se em direito individual, direito subjetivo, equivale a dizer que, na relação entre os homens e as coisas, o que vale é o olhar subjetivo, a mirada que diz: "é meu", o discernido do "é teu". Temos aí um poderoso artefato – *artefato jurídico* – apto a possibilitar e a satisfazer as necessidades do indivíduo, o novo sujeito social que se move numa teia de novas relações econômicas.

No campo econômico, já o Renascimento medieval,[34] renascimento das cidades italianas nos séculos XI, XII e XIII, minava a concepção comunitária medieval, os muitos vínculos estatutários sendo prejudiciais ao comércio, à livre circulação das mercadorias, e, assim, ao labor construtivo desse proto-capitalismo traçado cotidianamente no chão da prática pelos mercadores.[35] Autor de uma verdadeira revolução comercial o indivíduo-comerciante se desembaraça da tradição medieval quebrando as cadeias dos grêmios, as camisas de força da concepção católica contrária aos juros e à usura, e, por terra e mar, habilita-se a ganhar o dinheiro que produz filhos[36] enquanto constrói uma nova noção de vida urbana

---

[34] A expressão é de CALASSO, Francesco. *Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale*. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 1949.

[35] V. LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. De Jaime A. Clasen. Petrópolis, Vozes, 2007. Do mesmo autor, *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*, tradução de Orlando Cardoso, Lisboa, Gradiva, s/d.

[36] Segundo o célebre adágio: *Nummus non parit nummos* ("o dinheiro não faz filhos") que vem de Aristóteles, propagando-se, no século XIII, na esteira do *ethos* católico e da grande difusão que, na época, revestiu as idéias do filósofo grego no Ocidente. Para essa condenação, o argumento decisivo era - para além dos textos das Sagradas Escrituras condenatórios aos juros - de ordem *moral*: entendia-se, primeiramente que, quem emprestasse dinheiro a juros não realizava um "verdadeiro trabalho", isto é, não estaria criando nem transformando uma matéria ou objeto, mas, tão-somente, explorando o trabalho de outrem. Agregando-se a esse argumento estava, em segundo lugar, a dificuldade dos canonistas e teólogos em admitir que *o próprio dinheiro pudesse engendrar dinheiro* e que *o tempo* (isto é, o tempo concreto, cronológico, que decorre entre o momento do empréstimo e o seu reembolso) pudesse também fazer nascer dinheiro. Porém, frente ao desenvolvimento da mercancia, essa

e uma nova ética: a do *contrato*, que é "transferência mútua de direitos".[37]

Na vida econômica contrato é *atividade*, é ação do homem ativo, meio por excelência da aquisição da propriedade que, assim, se privatiza.[38] O homem racional, adquirido, composto, perfeito e sapiente, de Bovílio, é, também, um homem ativo, à subjetividade humana vindo a ser reconhecido um ínsito *poder de iniciativa*.[39] Primeiramente na Itália, mas depois se espalhando pelo continente europeu, cresce o afã de ampliar os negócios e os ganhos e "não se acanha a concorrência sem escrúpulos".[40] Primeiramente itinerantes, aos poucos se tornando sedentários, os homens de negócio dominam o comércio, o mercado de trabalho urbano e, finalmente, o mercado imobiliário: são dadores de trabalho e são proprietários. A lógica é da acumulação do capital. Aumentar o capital será um fim em si, dirá Max Weber que fortemente dirá aí se espelhar a "filosofia da avareza".[41]

O ser humano, já indivíduo, é então sujeito (*subiectus*, o que está embaixo, mas agora lido como *fundamento*),

---

concepção passa a ser disfuncional. Assim, própria Idade Média forja-se a idéia de o dinheiro ser considerado um *bem produtivo*. Essa concepção, primeiramente rejeitada pela Igreja Católica, depois, progressivamente aceita, traça um momento essencial na história dos juros, que é, de certa forma, a própria história da construção do capitalismo (Cf. em LE GOFF, Jacques, *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*, tradução de Orlando CARDOSO, Lisboa, Gradiva, s/d., p. 57 et seq).

[37] HOBBES, Th. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Coleção Os Pensadores, Cap. XIV. São Paulo, Abril Cultural,1974, p. 84.

[38] Anota Maravall: "Os sécs. XV a XVII contemplam uma transformação profunda do conceito de propriedade, levando-se a cabo, de uma maneira radical, a sua privatização". MARAVALL, José Antonio. A função do direito privado e da propriedade como limite do poder de Estado. In: HESPANHA, A. M. (org.). *Poder e Instituições n Europa do Antigo Regime*. Lisboa, Gulbenkian, 1984, p. 235.

[39] Para essas notas cf. ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, pp. 24-25.

[40] MESSER, Augusto. *La Filosofia Moderna. Del Renacimiento a Kant*. Trad. Esp. de José Perez Bances. 2ª ed. ESPASA-CALPE Argentina S. A. Buenos Aires, 1942, p. 9 et seq.

[41] WEBER, Max.*L 'étique protestante e l'esprit du capitalisme*. Tr. De Jacques Chavy. Paris, Plon, 1967, p. 48 onde ajunta : « Là réside l'essence de la chose. Ce qui est enseigné ici, ce n'est pas simplesment le 'sens des affires'- de semblables précepts sont fort répandus – c'est un *ethos* ».

autor – não só ator – do seu mundo. Não mais recebe as leis, mas as formula e as fundamenta a partir da razão. O homem-indivíduo-sujeito é o princípio de toda normatização,[42] como traduzirá, no começo do séc. XVIII, *Robinson Crusoé*, essa "epopéia da iniciativa individual".[43]

2.2 Da singularidade do indivíduo aos seus "direitos inatos"

Pico della Mirandola havia traçado a ponte entre subjetividade, autonomia e singularidade. Fiquemos com esta última, pois a autonomia só estará completa muito depois, com Kant.[44]

A originalidade como especialidade do singular, como qualidade do particular, do único, do "autêntico", será uma das marcas do homem novo renascentista. Da Vinci preferirá louvar "antes um bom natural sem letras do que um letrado sem natural"[45]. Montaigne dirá, no Prefácio dos

---

[42] No pensamento político o indivíduo é o Príncipe de Maquiavel. Aqui, todavia, o individualismo joga um ambíguo papel: nascido da exaltação da individualidade o Príncipe "tem o seu significado mais profundo na negação de qualquer individualismo que está sem dúvida na suas origens" (RUGGIERO, Guido de. *Storia della Filosofia*. Parte Terza. Rinascimento Riforma e Controriforma. Vol. II. 4ª ed. Bari, Laterza, 1947, p. 91). Essa negação se dá pela mediação das relações de força e poder. Da intuição de Maquiavel acerca da natureza humana dela fazendo a matéria passiva de relações de força e de poder proviera a consciência da *força das leis*, cujo prestígio não nasce de serem justas, mas de serem leis, como em breve reconhecerá outro renascentista, Michel de Montaigne (MOINTAIGNE, Michel: « Les lois se maintiennent en crédit non parce qu'elles sont justes, mais parce qu'elles sont lois ». (Livre III, chapitre 13). Ao Príncipe, é conotado outro termo antinomicamente relacionado ao *subjectum*:, não mais *subiectus* (o que está embaixo), mas *superaneus* (soberano, com o prefixo sob(re), o mais alto). Nessa medida, percebe Ruggiero, o Príncipe constitui "uma prosopopéia do Estado, da objetividade e da necessidade de suas leis (op. Cit., p. 91).

[43] Assim qualifica Ítalo Calvino em *Por Que Ler os Clássicos*. São Paulo, Companhia das Letras,1994.

[44] É certo que a construção filosófica só estará completada mais de 200 anos depois, na *Crítica da Razão Prática* em que Kant introduz o termo *personalidade* como "*liberdade e independência*" em relação às contingências do mundo sensível.

[45] Le bone lettere son nate da un bono naturale, e perchè si dee piu laudare la cagion che l'effeto, piu lauderai un bon naturale sanza lettere che un bon letterato sanza naturale », dirá Da Vinci (As boas letras nascem de um dom natural e, porque se deve antes louvar a causa que o efeito, louvaria antes um dom natural sem letras do que um letrado sem natural" (de: Il codice Atlântico, de Leonardo da Vinci. Roma, Milão, 1894, fol. 75, citado por CASSIRER, Ernst. *Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento*. São Paulo, Martins Fontes, 2001, p. 83.).

Essais: "sou eu mesmo a matéria do meu livro" reiterando, no Livro III, que o seu filosofar é uma incessante *experiência de si mesmo:* "Se a minha alma pudesse tomar pé, eu não me experimentaria, mas eu me resolveria. Minha alma está em perpétua aprendizagem e em prova de si mesma ».[46] Toda a obra de Shakespeare – o "reiventor do humano", segundo um dos seus mais abalizados críticos - ensina, fundamentalmente a ouvir com atenção "a sua própria música cognitiva",[47] pois "o significado existe a partir da auto-escuta"[48]. A "escapada rumo à introspecção" não tem um sentido místico, antes abrindo a via para a descoberta da identidade original de cada homem.

A descoberta da originalidade é a descoberta de um olhar para si não desconectado, porém, do reconhecimento do "valor do homem" como ser terrestre ou mundano, inserido no mundo da natureza e da história e capaz de forjar em si o próprio destino.[49] Leon Battista Alberti (1404-1472), comerciante, arquiteto e poeta florentino rejeitará a força de um destino dado, dizendo acreditar ter o homem nascido "certamente não para corromper-se *já sendo*, mas por *estar fazendo*".[50] A pertença à sociedade e à natureza não é uma condenação ou um exílio, mas um instrumento de liberdade, pressuposto da capacidade do homem para projetar a própria e singular existência,[51] associada à natureza e à história.

Esse novo homem – atento à sua singularidade, voltado para a vida ativa – postula uma *nova realidade normativa,*

---

[46] MONTAIGNE, Michel de. *Essais*, Lin. III. « Si mon ame pouvoit prendre pied, je ne m'essaierois pas, je me resoudrois: elle est tousjours en apprentissage, et en espreuve ».

[47] BLOOM, Harold. *Hamlet - Poema Ilimitado*. Tradução de José Roberto O'Shea, São Paulo, Objetiva, 2004, p. 45

[48] BLOOM, Harold. *Gênio. Os 100 autores mais criativos da História da Literatura*. Tradução de José Roberto O'Shea. São Paulo, Objetiva, 2002, p. 51-55.

[49] ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 7. Também HÖFFDING, Harald. *Histoire de la Philosophie Moderne*. 3ª ed. Trad. De P. Bordier. Paris, Lib. Félix Alcan, 1924, p.14 et seq.

[50] 'Pertanto così mi pare da credere sia l'uomo nato, certo non per marcire giacendo, ma per stare facendo" (*apud* ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 23).

[51] ABBAGNANO, Nicola. Storia della Filosofia. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 7.

novos conceitos e categorias, um método e – principalmente – um novo fundamento de legitimidade para os seus deveres, obrigações, interdições e responsabilidades.

A par da integração dos *iura propria*, os ordenamentos plurais, no *ius commune* romano justinianeu (em que a *coralidade* será reduzida a unidade sob o moto do *reductio ad unitatem*), o trabalho operado sobre as fontes romanas clássicas, desde o Renascimento do séc. XII por uma estirpe de juristas cultos nas universidades e nas chancelarias reais,[52] já possibilitara a formação de novas categorias conceituais e de um *novo modo de raciocinar*, o raciocínio *more geometrico*, sintetizado nas idéias de *dedução* e de *abstração*: categorias antes ligadas a uma ação ou circunstância são direcionadas, por um processo de síntese, a abranger um grande grupo de casos, produzindo novos sentidos e, assim, atendendo às novas realidades sociais. No raciocínio dos juristas, a tópica cede lugar ao pensamento sistemático.[53]

Uma dessas categorias é a encerrada na palavra *ius*, direito.

Conotada no direito romano a uma *actio* ou posição processual[54] favorável detida por uma pessoa – posição essa que lhe conferia uma particular proteção do Direito, como conseguir, junto a um magistrado, uma injunção que, caso se verificassem os fatos alegados, habilitasse o juiz a determinar medidas concretas – o termo *ius* aludia a *coisas substantivadas*:[55] ao objeto da justiça (às leis naturais, civis,

---

[52] Para a passagem da « oficina da prática" dos juristas da Alta Idade Média ao "laboratório dos juristas" da Baixa Idade Média ver, por todos, de GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006.

[53] Para uma síntese, o meu MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, pp.133-154.

[54] MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000, p. 147.

[55] VILLEY, Michel. L'idée de droit subjectif et le droit romain, in *Le Droit et les Droits de l'Homme*. 2a. edição. Paris : PUF, 1990, p.78. Idem em La Formation de la Pensée Juridique Moderne, cit, pp. 662 et seqs. Explica VILLEY que a língua latina possuía a forma do infinitivo substantivado, e o infinitivo se declinava – utendi, non extollendi etc, tendo então o valor de um objeto.

éditos do pretor), à arte do justo,[56] a obrigações (*ius altius non tollendi*, entre outros), e, fundamentalmente, a uma noção semelhante à de mérito, *status*, condição, no sentido aristotélico de *papel* ocupado pela pessoa ou coisa no organismo social.[57] Esse é o o sentido da célebre passagem do Digesto – *ius suum cuique tribuens* (D. I, 1, 10 pr.). Aí se reportava não ao direito subjetivo de cada pessoa, mas ao *status* que cada um ocupa, por justiça, na ordem social, teleologicamente orientada.

Porém, no léxico medieval *jus* se torna, pouco a pouco, uma palavra ambígua e complexa, um composto de *faculdade* e *ordenamento*. Ordenamento, no sentido objetivo, que sujeita a sociedade e seus indivíduos, mas também *faculdade*, não como o equivalente da moderna liberdade individual, subjetiva, porém poder social, *habilitação* do indivíduo dentro da ordem estabelecida.[58] Num secular esforço de abstração obtém-se, a partir do esquema de base processual romano, isolar a posição substantiva correspondente à ação processual: o "*ius*" do sujeito, ou "direito subjetivo".[59]

Então, *ius* passa a significar já não mais uma posição, mas um poder de atuação na ordem social. Esse poder será o poder do indivíduo, isto é, o *direito subjetivo*.

---

[56] VILLEY, Michel , Les origines de la notion de droit subjectif, in: *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962, p. 229. O labor dos jurisconsultos romanos tendia mais à descrição de uma ordem vigente, o estudo das coisas (*rerum notitia*) e do justo/condição própria de cada coisa, i. é, o que cada coisa deveria ser num mundo ordenado e justo (idem, p. 236).

[57] Este o sentido, segundo o autor, do *jus suum cuique tribuens* (D. I, 1, 10 pr.): não o direito subjetivo de cada pessoa, mas o *status* que cada um ocupa, por justiça, na natureza, teleologicamente ordenada: "*il y a un juste de chaque chose et de chaque personne: précisement le statut juridique, la place précise que dans l'ordre général la justice donne à chacun, non point du tout cet avantage, cette faculté, ce pouvoir que nous appelons droit*" (Villey, ob. cit., p. 233).

[58] CLAVERO, B. *Institución Histórica del Derecho*, in: Clavero, B.; Hespanha, A.; Petit, C.; Vallejo, J. *Curso General de Historia del Derecho*. Madrid, Marcial-Pons, 1992, pp.24-25.

[59] As raízes da subjetivação da noção de *ius* datam do *jus commune* quanto os canonistas e comentadores, articulando os conceitos romanos de *actio*, de *obligatio* (vínculo constritor) e uma idéia de *ius*, assemelhada a idéia atual de "estado" começam a questionar sobre a causa que funda uma ação, respondendo: toda causa que funda uma ação é um direito. Ao processo de subjetivação se agregará pela obra de Ockham, o voluntarismo.

Essa expressão, observa ironicamente Michel Villey, "é um desses vocábulos que os juristas bem educados têm a elegância de não referir, porque ele é tão obscuro que denota uma *pretensão suspeita à filosofia*".[60] Porém, a pretensão à filosofia nada tinha de suspeita numa época em que ainda se indiferenciavam Filosofia e Direito – que, todavia, lentamente descolavam da Teologia. Dois alemães, um francês, um holandês e um inglês serão os engenheiros-chefes do Direito privado moderno.

No primeiro andar, está a distinção entre o Direito Divino e Direito Natural: Philippe Melanchton (1497-1560), o amigo de Lutero confere à lei natural, princípio primeiro das relações jurídicas, um fundamento independente, natural e racional.[61] Johannes Althusius (1557-1603), o ardente calvinista, elabora a teoria do contrato social, pacto fundador expresso ou tácito de onde derivam os direitos de que carece o indivíduo isolado, portador, porém, de uma natural sociabilidade.

No segundo andar, está o francês Donellus, expoente maior do Humanismo tardio, que, em 1590, escrevera um *Commentatorium de jure civile* distinguindo, na categoria de "os direitos que são nossos" entre aqueles que recaem sobre a própria pessoa e os que incidem sobre coisas externas, explicando estarem entre os primeiros (*iura in persona ipsa)* quatro manifestações essenciais: o direito à vida (*cujusmodi sunt vita*); o direito a não ser molestado, isto é, o direito à

---

[60] VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. (datilografado), Paris, 1975, p. 225.

[61] Philippe Melanchton (1497 - 1560), nascido em Brettem como Philipp Schwartzerd, foi um discípulo de Lutero. Afirmará em sua cátedra da Universidade de Wittemberg que "toda conclusão, toda enumeração, todo cálculo, toda aceitação dos princípios primeiros das ciências e todo julgamento moral têm por base certas idéias, implantadas pela divindade e inatas a cada indivíduo (*noticiae nobiscum nascentes, divinitus sparsae in mentibus nostris*). Obscurecidas pela queda do homem pecador, essas verdades inatas poderiam vir a tona pela razão (Referências em HÖFFDING, Harald. Histoire de la Philosophie Moderne. 3ª ed. Trad. De P. Bordier. Paris, Lib. Félix Alcan, 1924, p. 44 et seq). Para uma síntese dos humanistas alemães e dos juristas do *usus modernus pandectarum* v. ainda WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. Hespanha. Lisboa, Gulbenkian, 1980, p. 161-178;189-278.

integridade física (*corporis incolumitas*); o direito à liberdade (*libertas*) e à reputação, que corresponde a um estado de dignidade ilibada (*existimatio*).[62]

Completando a obra, o holandês Hugo Grotius (1583 – 1645) que liga, não apenas faz aquela distinção, mas situa num outro quadro metodológico o Direito Positivo.

Para tanto, liga o Direito às Matemáticas para encontrar as suas "verdades inatas", sua autonomia, afastando-o do mundo empírico para construir categorias tão ideais quanto abstratas, então se iniciando o desenho de um sistema lógico-dedutivo, no qual os elementos se vêm concatenar na urdidura do todo, em que as normas particulares descendam das gerais "e que cada sanção individual recebe do todo a sua sanção e autenticação".[63] É nesse contexto, diz Cassirer, que se deve entender a célebre frase de Grotius de que todas as teses do direito natural conservariam a sua validade, mesmo admitindo que não exista nenhum Deus ou que a própria divindade não tivesse a menor preocupação com as coisas humanas. Aí está a tese segundo a qual o legislador, ao decretar as leis positivas, conserva os olhos voltados para uma norma de validade universal, exemplar, coercitiva para a sua própria vontade e para todas as outras.[64]

No cume do edifício, revirando pelo avesso a tradição medieval, aristotélica e tomista, está Hobbes, que assimilará o direito subjetivo à liberdade individual, dotando-o, todavia, de um guardião, o Estado:

---

[62] Referências em MENEZES CORDEIRO, A. M. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral, Tomo III. Pessoas*. Coimbra, Almedina, 2004, p. 33-34.

[63] Assim CASSIRER, Ernst. A Filosofia do Iluminismo. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, Unicamp, 1992, p. 321. Não apenas por ter lançado as pedras fundamentais da primeira sistemática jurídica Grotius é "o pensador mais importante e original produzido nos meios humanistas". Também conectará o direito natural ao direito das gentes, direito das nações em guerra para fundamentar o direito à livre opinião religiosa (*De iure belli ac pacis*, 1625); à defesa (idem) e à liberdade de comércio (*Mare Liberum*, 1604) requerida pelo capitalismo que se anunciava.

[64] CASSIRER, Ernst. *A Filosofia do Iluminismo*. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, Unicamp, 1992, p. 323.

> Porque embora os que têm tratado deste assunto costumem confundir *lex* e *ius*, o *direito* e a *lei*, é necessário distingui-los um do outro. Pois o *direito* consiste na liberdade de fazer ou de omitir, ao passo que a *lei* determina ou obriga a uma dessas duas coisas. De modo que a lei e o direito se distinguem tanto como a obrigação e a liberdade, as quais são incompatíveis quando se referem à mesma matéria (...).[65]

O Estado é, portanto, verdadeira condição de existência de direitos subjetivos. Dirá Hobbes: "É desta instituição do Estado que derivam todos os direitos e faculdades daquele ou daqueles a quem o poder soberano é conferido mediante o consentimento do povo reunido"[66]. De outro modo, os pactos não passariam de "palavras e vento"[67] e não poderia ser distribuído a cada um do que é seu.[68]

Estão feitas a conexão e a abstração, está dado um fundamento positivo. Um poderoso artefato encontra entidade concreta. Os direitos do indivíduo abstratamente considerado – direitos subjetivos – terão uma verdadeira força propulsora, política e jurídica.

A quem compete tais direitos subjetivos?

Aqui começa uma outra e conexa história: não exatamente a da palavra *indivíduo*, mas da palavra *pessoa*.

3 Da pessoa

A palavra pessoa – *persona* – denotava, tradicionalmente, um papel, uma *representação* indicativa do *status* ocupado na

---

[65] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XIV. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p. 78.

[66] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XVIII. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p.107.

[67] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XVIII. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p.109.

[68] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Cap. XXIV. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, p.150.

organização social, isto é, algo que se tem (A). Não era necessariamente o sujeito, mas assim se torna, o que viabiliza a reunião entre indivíduo e pessoa, pessoa e sujeito.

3.1 A pessoa como algo que se tem: *Habere Personam.*

"Uma pessoa", diz Hobbes "é o mesmo que um ator, tanto no palco como na conversação corrente. E personificar é representar, seja a si mesmo ou a outro".[69] Nos alvores da Modernidade "pessoa" confundia-se, pois, com o papel social desempenhado ("representado").[70]

A ligação entre as noções de pessoa e de representação, ou "atuação social", era antiga e transcultural: Comparato a encontra em Epicteto, filósofo estóico;[71] Kantorowitz desvenda as percepções medievais do termo, a ligação entre a *persona* e os papéis atribuídos ao rei, concomitantemente *persona publica* e *persona privata*, o que veio a dar na teoria dos Dois Corpos e está na base de algumas de nossas concepções no Direito Administrativo e Tributário.[72] Carlo Guinsburg[73]

---

[69] HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil.* Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974, Cap. XVI, p. 101 (também transcrito por ALVES, Gláucia Retamozzo Barcelos, "Sobre a Dignidade da Pessoa", in MARTINS-COSTA, J. (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 216).

[70] Segundo a interpretação mais corrente, a palavra "pessoa" (e sua correspondente grega, *prosopon*) designa a máscara do ator e, daí, também o papel que o ator representa.

[71] COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2003, p. 16 e 17. Lembra o autor a distinção, devida aos estóicos, entre *hypóstasis* (literalmente: o que está colocado sob, e traduzido, no latim, por *substantia*) e *prósopon* (papel, personagem, máscara). Epicteto diz: "Haverá um tempo em que os atores trágicos acreditarão que suas máscaras (*prósopa*), seus calçados, suas roupas, serão eles mesmos. Homem, tu nada mais és aqui do que matéria para a tua ação e teu papel (*prósopon*) é representar. Fala um pouco para se ver se és um ator trágico ou cômico; pois, exceto a voz, tudo o mais é comum a um e outro; e se lhe tiramos os calçados e a máscara (*prósopon*), se ele se apresenta em cena com a sua própria individualidade, o ator trágico desaparece ou sobrevive ainda? Se ele tem a voz correspondente (a esse papel), sobrevive". O trecho de Epicteto transcrito por Comparato está nos Discursos, Livro I, cap. XXIX, 41 a 43.

[72] KANTOROWICZ, Ernst. *Os Dois Corpos do Rei – um estudo sobre teologia política medieval.* Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo: Companhia das Letras,1998.

[73] GUINSBURG, Carlo. Representação. A palavra, a idéia, a coisa. In. *Olhos de Madeira. Nove Reflexões sobre a Distância.* Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Companhia das Letras, 1ª reimpressão, 2001, p. 86.

segue as trilhas da história, da filosofia e da literatura, para revelar uma diversa antropologia, desvelando as ligações entre a *persona* como papel e a *dignitas* como instituição pública. Marcel Mauss demonstra, pelo caminho fascinante da etnografia, o longo percurso, nas mais diferentes culturas, que vai das ligações entre mascarada e máscara, entre personagem e *persona*, e desta a um nome, a uma *imago* e ao *cognomen*, até alcançar a identificação entre pessoa e indivíduo, e, depois, o elo entre o indivíduo e um ser com valor moral e metafísico, de uma consciência moral a um ser sagrado e, deste, por fim, a uma categoria fundamental do pensamento e da ação.[74] No campo específico da História do Direito, Clavero atesta: no Renascimento, *persona* designava ainda, tecnicamente, a faculdade social ou a legitimação processual para atuar no mundo do direito em nome de interesses próprios, de interesses alheios, mediante mandato, de modo que se dizia que *um indivíduo tinha pessoa:*

> Pessoa é, tradicionalmente, algo que se possui, não que se seja. Desde tempos antigos, o sintagma jurídico se formulava como habere personam, não como essere persona.[75]

Para os antigos romanos, *servus non habet personam*, não têm o seu corpo, como não tinham antepassados, nome ou *cognomen*. O *ter pessoa* não estava cingido, porém, à representação corporativa, e não só os escravos eram excluídos. A pessoa do marido recobria também o sexo feminino. Isso irá longe: na Inglaterra do séc. XVIII, Blackstone, em seu célebre *Comentário* que tanta influência também entre os juristas brasileiros do Oitocentos,[76] anotava:

---

[74] MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de "eu". In: *Sociologia e Antropologia*. Trad. De Paulo Neves. Cosac & Naify, São Paulo, 2003, p.369-399.

[75] CLAVERO, Bartolomé, *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta,1997, p. 13, traduzi.

[76] A obra de Blackstone vem, por exemplo, expressamente recomendada por PIMENTA BUENO, no seu *Direito Público Brazileiro*, Rio de Janeiro, Typographia Imp. e Const. de J. Villeneuve e C, 1857, p. 17.

> Pelo matrimônio, marido e esposa são, em direito, uma pessoa, isto é, o mesmo ser ou a existência jurídica da mulher resta em suspenso durante o matrimônio, ou é ao menos incorporada e consolidada na pessoa do marido, sob cujas asas, proteção e cobertura (cover) ela opera; por isso a chamamos, em nossa linguagem jurídica de matriz francesa, feme-covert; diz-se que está cover-baron, ou sob a proteção e influência do marido, seu barão ou senhor.[77]

E chegará aos nossos dias por sorrateiras formas: até 1977,[78] no Brasil, o próprio Código Civil impunha à mulher casada o nome do marido, recobrindo-a, assim, com o mais significativo signo da sua *persona*, um verdadeiro selo que fazia apagar até os traços denotativos da ascendência biológica dos seres humanos do sexo feminino: Até então, o nome do marido obrigatoriamente a recobria, como na Inglaterra renascentista.

Foi Thomas Hobbes, nos meados do séc. XVII quem plasmou a concepção da *pessoa como indivíduo* que será acolhida pelo Constitucionalismo e pela Codificação vindos à luz entre os séculos XVIII e XIX.

Ao conectar essas duas idéias – pessoa e indivíduo[79] – Hobbes forneceu as armas para produzir uma verdadeira

---

[77] BLACKSTONE, Willian. *Commentaries on the Laws of England, vol. I, Livro I, Of the Rights of Persons*, cap. 15, "Of Husband and Wife", p. 430, no original: "By marriage, the husband and wife are one person in law: that is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage, or at least is incorporated and consolidated into that of the husband: under whose wing, protection and cover, she performs every thing; and is therefore called in our law-french a *feme-covert;* is said to be *cover-baron*, or under the protection and influence of her husband, her baron, or lord". (Apud CLAVERO, Bartolomé. *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*.Madrid, Editorial Trotta,1997, p. 28, nota 44.).

[78] Lei 6.515/77, art. 50. São introduzidas no Código Civil as alterações seguintes: (...) 5) Art. 240. A mulher, com o casamento, assume a condição de companheira, consorte e colaboradora do marido nos encargos de família, cumprindo-lhe velar pela direção material e moral desta.
Parágrafo único. A mulher *poderá* acrescer aos seus os apelidos do marido (grifei).

[79] Essa idéia não era desconhecia dos juristas romanos. No séc. VI Cassiodoro, sucessor Boécio como *magister officiorum*, resumirá: "*persona – substantia rationalis individua*". (apud Marcel Mauss, op. Cit., p. 393). Porém a idéia não tivera entidade

revolução cuja plenitude será alcançada após Kant, no universo das idéias, após a Revolução francesa, no concreto mundo das transformações sociais.

Hobbes encontrou a idéia estatutária de pessoa, isto é, a pessoa como possessão de um estado. Juntando-a com a noção de indivíduo recortada pelos Humanistas, Hobbes subverte o estado da questão, utilizando o termo antigo – "pessoa" – para construir uma idéia nova: colada à noção de indivíduo pessoa passará a designar o "ator jurídico", isto é, o *sujeito de direitos*, e de direitos não por acaso denominados "direitos subjetivos", o primeiro deles sendo o domínio, ou propriedade.

Daí a conexão traçada entre ser humano/ indivíduo /pessoa/ sujeito de direitos (subjetivos). E daí, também, a conotação que podemos extrair dessa articulação: o ser pessoa era atributo conotado ao *ter direito de propriedade*, e autoridade para fazê-la circular na ordem sócio-econômica por meio do exercício de um direito subjetivo, *direito dos sujeitos* viventes no mundo regrado pelo Direito.

Já observamos que o termo "sujeito" ingressou no léxico ocidental - advindo do latim escolástico *subjectum* - por volta do séc. XIII, denotando sujeição, pois vindo do latim *subjectus*, *subjectio*, do verbo *subjiecere*, "colocar sob", de onde "submeter", que remete ao grego *hypokeimenon*, o que está embaixo, que dará, no latim, também *substantia*, anotando Gadamer que, com esse significado, *hypokeimenon* aparece na física e na metafísica aristotélica.[80] Porém, a linha que nos interessa agora não é a da etimologia, é a da Escolástica.

Então, *subjectum* indica "o que está subordinado", distinto de *objectum*, "o que está colocado adiante", derivado do verbo latino *objiecere*. E essa é a linha que interessa, pois, no séc. XVI, ganha o sentido de "causa, motivo" e, mais tarde,

---

da ordem prática conquanto apanhada pela Igreja na questão da unidade das três pessoas (Trindade) e da dupla natureza de Cristo.

[80] GADAMER, H.G. Subjetividad y intersubjetividad, sujeto y persona, in: *El Giro Hermenéutico*, tradução de Arturo Parada, Catedra, Madrid, 1995, p. 13.

o de "pessoa que é motivo de algo" para, finalmente, designar "*pessoa considerada nas suas aptidões*".[81]

Quais são as aptidões requeridas ao sujeito de direito moderno?

A doutrina civilista preparou a ferramenta de que o direito moderno careceria, inventando o sujeito de Direito como *ser dotado de capacidade* para atuar na ordem jurídica assumindo direitos, deveres, tendo garantias e responsabilidades.

3.2 Do indivíduo à pessoa como sujeito de direitos

Foi preciso, antes, Hobbes, mas o inventor dessa última conexão, desse *artefato* consagrado pelos Códigos Civis, foi Domat, que, nos Seiscentos, elaborara um sistema coerente de conceitos com os quais descrevera os institutos do Direito Privado, procedendo a uma espécie de unificação descritiva dos diversos regimes particulares que deu a base para a sistemática do tipo francês, consagrada, no séc. XIX, pelo Código de Napoleão.[82]

Domat foi o autor de uma revolução semântica,[83] giro hermenêutico que opera por meio de uma invenção, nascida de uma constatação, de uma transposição, de uma redução e de uma oposição.

A *revolução*: Domat, o jansenista amigo de Pascal, toma como ponto de partida o Homem cristão e, portanto, universal – como queria São Paulo no Evangelho[84] – para explicar o direito. "Mais precisamente", adverte Edelman, "ele 'descobre', na natureza humana, o plano da Sociedade: cada indivíduo

---

[81] Para essas informações, consultei BLOCH, O. e Von WARTBURG, W. *Dictionnaire étymologique de la langue française*, Paris, PUF, 2002, verbetes *object, objet, sujet, subjectif*.

[82] Domat, sucessor de Donellus e antecessor de Pothier, escrevera Les Lois Civiles Dans leur Ordre Naturel. Para uma síntese v. TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna, Il Mulino, 1976, p. 97 et seq.

[83] EDELMAN, Bernard. Naissance de la personne, in *La Personne en Danger*, Paris, PUF,1999, p. 46.

[84] Evangelho Segundo São Paulo, Epístola aos Gálatas, 3, 28.

contém, em si, a totalidade do mundo"[85], como havia dito no início do Renascimento Nicolau de Cusa ao reconhecer ao homem o posto central de mediador e síntese do inteiro mundo, ponto central da *coincidentia oppositorum* –, a interde-pendência dos opostos – combinando a unidade com a diversidade e apontando a compreensão da unidade impeditiva do naufrágio na fragmentação do real, da queda na voragem relativista.

A *constatação*: o Direito romano, que atingira excelsas alturas ao criar o Direito civil, desconhecia a *natureza universal do homem*, aquela que é Revelada pela religião dos cristãos. Por ignorar essa natureza, os romanos não conseguiam ver o ser humano senão em *situações precisas* – a de pai, ou de filho, ou de escravo – delas tirando conseqüências jurídicas. Porém, essas conseqüências eram somente parciais e contingentes, sendo delas impossível deduzir uma qualidade única que designasse "o homem em geral".[86]

---

[85] EDELMAN, Bernard. Naissance de la personne, in *La Personne en Danger*, Paris, PUF,1999, p. 46, no original : « En effet, ce janseniste, ami de Pascal et familier au Port-Royal, opère une véritable révolution : il part de l'Homme chrétien, donc universel, pour expliquer le droit : plus précisement, il 'découvre' dans la nature humaine, le plan de la Societé : chaque individu contient, en soi, la totalité du monde (...). Ainsi, malgré une forte imprégnation théologique, on pressent l'individualisme moderne, à savoir un individu qui a interiorisé le droit au point de le découvrir en lui- même ». Porém, a "descoberta" havia sido feita por Bovillio que afirmara: o homem que alcança o grau mais alto, isto é, o do compreender, traz consigo o mundo inteiro à sua completude (De Sap., 1-2) e, por esta via, o homem torna-se microcosmos, *minor mundus*, que traz à sua verdade e ao seu valor autêntico o macrocosmo, *maior mundus*. (Para essas referências consultei ABBAGNANO, Nicola. Storia della Filosofia. Vol. II. Turim, UTET, 1993, p. 25). E, mais recuadamente ainda, por DE CUSA e ainda por Mestre Eckard, no outono da Idade Média que haviam programado a individualidade como tarefa, o indivíduo sendo o microcosmo em que se agrupam poder criador, liberdade e espontaneidade e, assim, se torna um sujeito substancial com individualidade única e independente (CASSIRER, Ernst. Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento. São Paulo, Martins Fontes,2001 et seq; HIRSCHBERGER, Johannes. História da Filosofia na Idade Média. Trad. Alexandre Correia. Ed. Herder. Disponível em : http://www.consciencia.org/filosofia_medieval24_nicolau_de_cusa.shtml).

[86] EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit, in Archives* de Philosophie du Droit t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 54. Também em in *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999, p. 46-48 (idem em *La Personne en Danger*, Paris, PUF,1999, p. 47-81).

Os romanos nada haviam dito sobre "o Homem", porque eles ignoravam sua *essência*: ao politeísmo que comandava a sua religião correspondia necessariamente uma pluralidade de estados jurídicos correspondendo ao ser humano. Porém, Deus determina que o homem seja designado como uma modalidade que valha universalmente e, assim, determina que procuremos a *essência comum*, a *medida indivisível*, sem a qual falharíamos quanto à finalidade que Deus inscreveu em nós. À universalidade do homem deve corresponder uma definição jurídica com valência universal. E Domat assim a descobre:

> Se considerarmos", diz ele, "as diferentes leis que regem a sociedade, perceberemos que elas têm todas em comum [o fato] de tornarem as pessoas capazes ou incapazes... De sorte que podemos dizer que o estado das pessoas consiste nessa capacidade ou incapacidade.[87]

A *transposição*: constatando que a capacidade ou a incapacidade era o "elemento comum", Domat eleva esse elemento à universalidade, e aí está a sua invenção: o tornar a capacidade o *elemento unificante*, o que torna possível pensar nos "homens" como uma categoria universal: não mais as secções que *situavam* "o homem", cada homem concreto no seu respectivo papel (na sua *pessoa*), mas o elemento que, afastando cada homem de sua concreta *situação* (pessoa), os torna *sujeitos abstratos e sempre iguais, na abstrata capacidade para produzir atos jurídicos*.

Porém, essa transposição só seria possível mediante uma redução: o direito tem o poder de expulsar certos seres humanos, de reduzir sua capacidade, mesmo de cassá-la. São livres, diz Domat, "aqueles que não são escravos e que conservaram a sua liberdade natural, que consiste no direito de fazer tudo o que quiserem, salvo o que é proibido pelas

---

[87] Domat, *Les Lois Civiles dans leur ordre naturel*, livre préliminaire, titre II, transcrito por EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit*, in Archives de Philosophie du Droit t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 54.

leis, ou o que uma violência impede de fazer".[88] Desse modo, o que o direito dá, o direito pode tirar. A desnaturalização do conceito é assumida como sua própria condição. Mais tarde, observa Edelman, bastará trocar Deus pelo Estado para recair não apenas no "sujeito estatal",[89] mas no coração da problemática moderna do sujeito – problemática contemporânea, diríamos, pois estará no eixo da reflexão bioética acerca do estatuto do ser humano e do embrião,[90] estará na linha que acantonará o direito subjetivo – poder da vontade livre - ao mero exercício da função econômica no universo do mercado, passando ao largo da gestação de direitos subjetivos à fruição efetiva dos bens sociais[91] para as concretas pessoas, nas suas desigualdades.

Por fim, ao inventar o sujeito de Direito, Domat retoma um fio deixado por seu conterrâneo Bovillio no traçar de uma linha dicotômica entre *pessoa e coisa, sujeito e objeto* no Direito.

Não que a *distinção* entre *persona* e *res* fosse desconhecida: já era tratada pelos romanos,[92] devendo-se também à filosofia estóica.[93] O que começa a mudar é o significado da distinção: estão lançadas as bases para a sua *oposição*.

---

[88] *Les lois civiles*, cit., Livre préliminaire, Tit. II, apud EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit, in Archives* de Philosophie du Droit t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 55, no original : « les personnes libres sont ceux qui ne soint point esclaves et qui ont conservé la liberté naturelle, qui consiste au droit de faire tout ce quón veut à la réserve de ce qui est défendu par les lois ou de ce quúne violence empêche de faire ».

[89] EDELMAN, Bernard. *Domat et la naissance du sujet de droit, in Archives* de Philosophie du Droit t. 39, Paris, Sirey, 1995, p. 56.

[90] Veja-se, a propósito, a obra de ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris, LGDJ,1996.

[91] CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, 1995, p. 70.

[92] Acerca da significação de "*res*" – e da sua deturpação pelos romanistas do séc. XIX e mesmo do séc. XX, ainda encharcados de Pandectística – veja-se a análise histórico-semântica de THOMAS, Yan, Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet em droit roman, APD, T. 25, Paris, Sirey, 1980, p. 413-425.

[93] Alguns autores vêem no estoicismo um movimento "precursor" da racionalidade moderna justamente por sua concepção de um *sensuis sui*, de uma consciência de si e de uma auto-referência no agir, como explica BICCA, Luiz, *Racionalidade Moderna e Subjetividade*, São Paulo, Loyola, 1997, p. 150-152.

Os homens são sujeitos (isto é, têm aptidões), têm o universo à sua disposição. Na relação entre os homens e as coisas é fixada *a prevalência do olhar subjetivo*, que transformará, por exemplo, uma "coisa", como um pedaço de campo, num "direito", o "direito de propriedade", avaliado segundo o exclusivo, arbitrário e abstrato critério desse olhar subjetivo. Isto significa dizer que a coisa, em si, em suas utilidades econômico-sociais, a "*utilitas rei*" objetivamente considerada, será irrelevante para a definição do estatuto proprietário. Daí a dizer Yan Thomas:

> A oposição metafísica entre o sujeito e o objeto funda toda a nossa visão do direito. Nessa partilha entre o domínio subjetivo da ação e o domínio objetivo das coisas, entre liberdade da pessoa e passividade da natureza, não há lugar para noções ambíguas ou médias, que concernem, ao mesmo tempo, ao ser e ao ter. Daí o emprego de ficções chamadas a deslocar, a fim de assegurar a coesão do sistema, algumas funções rebeldes a essa *summa divisio*. Assim o patrimônio, concebido como atributo da personalidade – envelope vazio, fundos nos quais toda a substância reside em sua virtualidade, a qual subverte a relação inicial, pois a personalidade torna-se ("devient"), de toda a forma, o acessório de seu objeto.[94]

É a Descartes que devemos essa virada decisiva no curso do pensamento filosófico ocidental,[95] virada que, na

---

[94] THOMAS, Yan, Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet em droit roman, APD, T. 25, Paris, Sirey, 1980, no original : « L'opposition méthaphysique du sujet et de l'objet fonde toute notre vision du droit. Dans ce partage entre le domaine subjectif de l'action et le domaine objectif des choses, entre liberté de la personne et passivité de la nature, il n'y a pas le place pour les notions ambiguës ou médianes, qui reléveraient à la fois de l'être et de l'avoir. D'où l'emploi de fictions appelées à déplacer, afin d'assurer la cohésion du système, certains fonctions rebelles à cette *summa divisio*: ainsi le patrimoine, conçu comme attribut de la personnalité, enveloppe vide, fonds dont toute la substance réside en sa virtualité, laquelle pervertit le rapport initial, puisque la personnalité devient en quelque sorte ici l'acessoire de son objet ».

[95] Não por mera coincidência, enquanto no Direito ocorre a elaboração da cisão entre o ser humano e o ser capaz, entre o sujeito e o objeto da relação jurídica, na filosofia começa Descartes a elaborar a cisão entre o homem e o cosmos, entre o corpo e a alma. Esta é a substância, o "eu", desprendida da materialidade.

observação de Bicca, "sela o destino da moderna concepção de racionalidade ou de razão como articulada profunda e necessariamente com o conceito paradigmático de subjetividade".[96] Descartes, que preferia ser "espectador" a "ator" das "comédias do mundo",[97] havia dito:

> concluí de tudo isto que eu era uma substância que reside unicamente em pensar e que, para que exista, não necessita de lugar nenhum nem depende de nada material, de modo que eu, isto é, a alma, pela qual eu sou, é totalmente diversa do corpo e mesmo mais fácil de ser reconhecida do que este e, ainda que o corpo não existisse, ela não deixaria de ser tudo o que é.[98]

Dessa oposição, nasce o olhar moderno, antropocêntrico, nasce a conexão entre *ius* e indivíduo e entre esse e a vontade humana – já não mais divina. No Renascimento, é constituída, pois, a rampa de lançamento de um *direito da pessoa* considerada laicamente em si e por si -, categoria universal, por certo, mas, igualmente, categoria formal e, nesse sentido, "dessubstancializada". Savigny no séc. XIX, transformara em dogmática jurídica essas idéias – mas essa já é outra história, a da Modernidade plena.

4 Conclusão

Até aqui, mergulhamos no continente submerso. Mas o Renascimento começa com a subida a uma montanha descortinando a perspectiva. O que nos mostra, agora, o panorama visto do alto, do nosso imaginário Mont Ventoux?

O conceito de *pessoa humana* está no centro do Biodireito, que postula à dogmática jurídica um novo critério

---

[96] BICCA, Luiz, *Racionalidade Moderna e Subjetividade*, São Paulo, Loyola, 1997, p. 155.

[97] DESCARTES, *Discurso sobre o Método*. Tradução de Márcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus, s/d., p. 57.

[98] DESCARTES, *Discurso sobre o Método*. Tradução de Márcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus, s/d., p. 67, grifei.

de discrimine entre as categorias de "pessoa" e de "coisa"[99] que viabilize, por exemplo, a disciplina das pesquisas com células de embriões humanos, decidindo-se se o embrião é "ser humano" e se todo o "ser humano" é ou não "pessoa"[100] ou determine a patenteabilidade, ou não, das células tronco, a venda, ou não, de informações genéticas.

O conceito de indivíduo é também posto em xeque na nova economia conexa à sociedade da informação digital:[101] tal qual ocorre no plano da genética, o *individuum*, literalmente o que é indivisível, deixa de sê-lo, se desintegra, torna-se divisível, ou para usar o termo empregado por Gilles Deleuze, "dividual".[102] A "interioridade" do indivíduo sendo totalmente exposta – como nos *sites* de Lifecam, ou voyeurismo em tempo integral – conduz, inexoravelmente, ao controle integral que esfacela a individualidade como singularidade, o mercado acabando com a subjetividade, como no famoso "caso Moore"[103] concernente à proteção de dados genéticos

---

[99] Exemplificativamente, como postulam, entre outros, ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris: LGDJ, 1996; d 'USSEAUX, Francesca Brunetta. *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non-nato*. Milão: Giuffrè, 2001; PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e il diritto*. Turim: Giappichelli, 1996. e EDELMAN, Bernard. Le Conseil constitucionnel et l'embryon. In: La Personne em Danger. Paris, PUF, 1999, p. 487 et seq.

[100] STF, ADI n. 3510, ajuizada pelo Procurador-Geral da República para ver declarada a inconstitucionalidade do art. 5º e parágrafos da Lei n. 11.105, de 24 de março de 2005 (Lei de Biossegurança). Ação ainda não decidida.

[101] V. GARCIA DOS SANTOS, Laymert. *Limites e Rupturas na Esfera da Informação*. Conferência apresentada na 52ª Reunião da S.B.P.C., realizada na Universidade Nacional de Brasília, dia 13 de Julho de 2.000 e publicada na revista São Paulo em Perspectiva, vol. 14, nº. 3, Número especial sobre Ciência e Tecnologia. Disponibilizada em. *http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info16.htm*, acesso em 18 de agosto de 2007.

[102] DELEUZE, Gilles. *Conversações*, Trad. de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro, Ed. 34, p. 222. Também referido por GARCIA DOS SANTOS, Laymert, op. Cit.

[103] Em 1976, o engenheiro John Moore, trabalhando no Alaska, soube que era portador de um tipo raro de leucemia (*hairy-cell leukemia*) buscando, então, o centro médico da Universidade da Califórnia; lá foi extirpado o seu baço e, sem seu consentimento, extraíram do material removido uma linhagem de células. Como estas continham uma verdadeira mina de ouro para a pesquisa, contendo substâncias únicas que poderiam servir para tratar determinadas formas de câncer, a Universidade as guardou e, em 1984, a equipe médica patenteou as informações que, em ato contínuo,

sendo a discussão referente à comercialização de células de paciente de câncer resolvido não pelas regras jurídicas atinentes à personalidade *imediatamente* considerada, mas apenas mediatamente, pelo viés da proteção da imagem, como se fosse uma *griffe* ou marca publicitária qualquer.

Atinge-se, por fim, o conceito de sujeito: abandonando a acepção escolástica, indefinida a fronteira entre sujeito e objeto, voltam-se ao sentido etimológico, o de "estar em baixo" – sufocados, talvez, pela visibilidade total que leva à "intransparência irredutível"[104] derivada já não da tecnologia, mas de suas possibilidades e sentidos: a virtualidade, a exclusão, a simulação, as representações. Tudo resulta numa opacidade que, por vezes, é também jurídica, opacidade do sujeito cujo estatuto ontológico passa do ser ao "ser visto", como se se vivenciasse a *obsolescência do humano.*[105]

---

foram comercializadas para institutos de genética e para o laboratório suíço Sandoz. Em 1990, seu valor chegava a algo perto de 3 bilhões de dólares. Descobrindo o que ocorrera, Moore fez um processo reivindicando o direito às suas células; isto é: reivindicando a propriedade sobre seus "bens corporais" por meio de uma *action for conversion* (equiparável à nossa ação de reivindicação). Primeiramente, os advogados dos médicos argumentaram que o DNA das células de Moore não era uma parte deste sobre a qual ele tivesse o poder extremo de dispor. Para tanto, Moore deveria demonstrar que suas próprias células consistiam em "bens corporais"; que era seu "proprietário legítimo" e que a utilização por outrem lhe trouxera prejuízo. A Corte inicialmente debateu se havia ou não um direito de propriedade sobre o próprio corpo; se as células humanas podiam ser qualificadas como "coisa", no sentido jurídico. Não alcançando, obviamente, uma razoável qualificação jurídica buscou "saída" no direito à privacidade (*right of privacy*) porém, recuando ao argumento segundo o qual a pessoa humana não "estava" nas suas próprias células. A solução encontrada foi combinar os dois argumentos (direito de propriedade mais direito à privacidade, pela proteção da imagem, bem jurídico incluído na *privacy*). Com essa solução, pondera Edelman, a Corte resolveu a contradição denegando-a: "O direito de propriedade sobre os produtos de seu corpo constitui o corpo como escravo; em contrapartida, a pessoa não é senão o que permite ao sujeito colocar-se em regime de exploração. O right of publicity está prestes a absorver o right of privacy; o mercado absorve a subjetividade". Relato em http://www.biology.buffalo.edu/courses/bio129/medler_lectures/visuals/John_Moore.html. Comentário em EDELMAN, Bernard. L'homme aux cellules d'or, in La Personne em Danger. Paris, PUF, 1996, p. 289 et seq.

[104] INNERARITY, Daniel. *La Sociedad Invisible*. Espasa, Madri, 2004, p. 17.

[105] GARCIA DOS SANTOS, Laymert. *Politizar as novas tecnologias - O impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Editora 34, 2003.

Desmantelados, nesse quadro, os conceitos de base do sistema jurídico, como, então, atuar a sua dogmática?

No Direito, os conceitos são constituídos por uma tradição, as palavras sendo "*símbolos que postulan una memoria compartida*".[106] Das noções de pessoa, indivíduo e sujeito que recebemos a partir do Renascimento, instaurou-se um universo jurídico, aquele que conhecemos. Mas a linguagem do Direito é também *constituinte* e performática: funda, conforma e, por vezes, deforma a nossa relação com a realidade. De um ou de outro conceito, resultarão diversas *eficácias*. Compartilhamos, os civilistas, memórias seculares e, por vezes, não nos damos conta dos continentes submersos ao instrumental que usamos, aos conceitos que manejamos como ferramentas de nosso trabalho. Entrecruzando o universo submerso com o panorama visto do alto da montanha, como um Petrarca pré-renascentista, talvez possamos melhor desempenhar a tarefa – permanente – de construção e reconstrução da nossa dogmática.

Referências

ABBAGNANO, Nicola. *Storia della Filosofia*. Vol. II. Turim, UTET, 1993.

ANDORNO, Roberto. *La distinction juridique entre les personnes et les choses à l'épreuve des procréations artificielles*, Paris: LGDJ, 1996; d'USSEAUX, Francesca Brunetta. *Esistere per il diritto. La tutela giuridica del non-nato*. Milão: Giuffrè, 2001.

BICCA, Luiz. *Racionalidade Moderna e Subjetividade*. São Paulo, Loyola, 1997.

BLOCH, O., e Von WARTBURG, W. *Dictionnaire étymologique de la langue française*. Paris, Quadrige/PUF, 2002.

BLOOM, Harold. *Hamlet - Poema Ilimitado*. Tradução de José Roberto O'Shea, São Paulo, Objetiva, 2004.

_____. *Gênio. Os 100 autores mais criativos da História da Literatura*. Tradução de José Roberto O'Shea. São Paulo, Objetiva, 2002.

BORGES, Jorge Luis. El Libro de la Arena. *Obras Completas*, III.

---

[106] BORGES, Jorge Luis, El Libro de la Arena, *Obras Completas*, III, p. 31.

CALASSO, Francesco. *Gli Ordinamenti Giuridici del Rinascimento Medievale*. 2ª ed. Milão, Giuffrè, 1949.

CALVINO, Ítalo. *Por Que Ler os Clássicos*. São Paulo. Companhia das Letras, 1994.

CAPELO DE SOUZA, Rabindranath V. A. *O Direito Geral de Personalidade*. Coimbra Editora, 1995.

CASSIRER, Ernst. *Indivíduo e Cosmos na Filosofia do Renascimento*. São Paulo, Martins Fontes, 2001.

_____. *A Filosofia do Iluminismo*. Tradução de Alvaro Cabral. São Paulo, Unicamp, 1992.

CLAVERO, Bartolomé. Principio Constitucional: el individuo em Estado. In: *Happy Constitution – Cultura e Lengua Constitucionales*. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

_____. *Institución Histórica del Derecho*. In: Clavero, B.; Hespanha, A.; Petit, C.; Vallejo, J. *Curso General de Historia del Derecho*. Madrid, Marcial-Pons, 1992.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*, São Paulo: Saraiva, 3 ed., 2003.

CUNHA, Antonio Geraldo. Dicionário Etimológico Nova Fronteira da Língua Portuguesa. Tomo II. 2ª ed, 16ª reimpressão, 1986.

DELEUZE, Gilles. *Conversações*. Trad. de Peter Pál Pelbart. Rio de Janeiro, Ed. 34.

DESCARTES, *Discurso sobre o Método*. Tradução de Márcio Pugliese e Norberto de Paula Lima. São Paulo, Hemus, s/d.

EDELMAN, Bernard. Naissance de la personne. In: *La Personne en Danger*, Paris, PUF, 1999.

_____. *Domat et la naissance du sujet de droit, in Archives* de Philosophie du Droit t. 39, Paris, Sirey, 1995.

FINKIELKRAUT, Alain. L'Humanité Perdue. Essai sur lê XX siecle. Paris, Seuil, 1996.

FOUCAULT, Michel. *A Hermenêutica do Sujeito*. Tradução de Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. Martins Fontes, São Paulo, 2004.

GADAMER, H.G, Subjetividad y intersubjetividad, sujeto y persona. In: *El Giro Hermenéutico*, tradução de Arturo Parada, Catedra, Madrid, 1995.

GARCIA DOS SANTOS, Laymert. *Limites e Rupturas na Esfera da Informação*. Conferência apresentada na 52ª Reunião da S.B.P.C., realizada na Universidade Nacional de Brasília, dia 13 de Julho de 2.000 e publicada na revista São Paulo em Perspectiva, vol. 14, no. 3, Número especial sobre Ciência e

Tecnologia. Disponibilizada em. *http://www.comciencia.br/reportagens/socinfo/info16.htm*, acesso em 18 de agosto de 2007.

_____. *Politizar as novas tecnologias - O impacto sócio-técnico da informação digital e genética*. São Paulo: Editora 34, 2003.

GROSSI, Paolo. *L'Ordine Giuridico Medievale*. 2ª ed. Roma, Laterza, 2006.

_____. La propiedad y las propriedades. Un análisis histórico. Tradução de Angel M. López y López. Madri, Civitas, 1992.

GUINSBURG, Carlo. Representação. A palavra, a idéia, a coisa. In. *Olhos de Madeira. Nove Reflexões sobre a Distância*. Tradução de Eduardo Brandão, São Paulo: Companhia das Letras, 1ª reimpressão, 2001.

HATTENHAUER, Hans. *Conceptos Fundamentales del Derecho Civil*. Tradução espanhola de Pablo S. Coderch, Ariel Derecho: Barcelona, 1987.

HESPANHA, A. M. (org.). *Poder e Instituições n Europa do Antigo Regime*. Lisboa, Gulbenkian, 1984.

HOBBES, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. Tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, São Paulo, Abril Cultural (Coleção Os Pensadores), 1974.

HÖFFDING, Harald. *Histoire de la Philosophie Moderne*. 3ª ed. Trad. De P. Bordier. Paris, Lib. Félix Alcan, 1924.

INNERARITY, Daniel. *La Sociedad Invisible*. Espasa, Madri, 2004.

KANTOROWICZ, Ernst. H.*Os Dois Corpos do Rei – um estudo sobre teologia política medieval*. Tradução de Cid K. Moreira. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.

KAUFMANN, A..,e HASSEMER, W. *Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa, Gulbenkian, 2002.

LE GOFF, Jacques. *As raízes medievais da Europa*. Trad. Jaime A. Clasen, Petrópolis, Vozes, 2007.

_____. *Mercadores e Banqueiros da Idade Média*. Trad. Orlando Cardoso, Lisboa, Gradiva, s/d.

MARTINS-COSTA, Judith. Pessoa, *Personalidade, Dignidade. (ensaio de uma qualificação)*. Tese de Livre Docência defendida na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, dezembro de 2004.

_____. (org.). *A Reconstrução do Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002.

_____. *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

MAUSS, Marcel. Uma categoria do espírito humano: a noção de pessoa, a de "eu". In: *Sociologia e Antropologia*. Trad. Paulo Neves. Cosac & Naify, São Paulo, 2003.

MENEZES CORDEIRO, Antonio. *Tratado de Direito Civil Português*. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2000.

_____. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral, Tomo III. Pessoas*. Coimbra, Almedina, 2004.

MESSER, Augusto. *La Filosofia Moderna. Del Renacimiento a Kant*. Trad. Esp. de José Perez Bances. 2ª ed. ESPASA-CALPE Argentina S. A. Buenos Aires, 1942.

MONTAIGNE, Michel de. *Essais*. Livre III, 2. Há tradução portuguesa de Toledo Malta, J.M. Seleta dos Ensaios de Montaigne. Rio de Janeiro, José Olympio, 1961.

PALAZZANI, Laura. *Il concetto di persona tra bioetica e il diritto*. Turim: Giappichelli, 1996.

PICO DELLA MIRANDOLA, Giovanni. *De Hominis Dignitate*. Edição bilíngue e tradução italiana de Carlo Carena, Berlusconi Editore, 1995.

RUGGIERO, Guido de. In: *Storia della Filosofia*. Parte Terza. Rinascimento Riforma e Controriforma. Vol. I. 4ª ed. Bari, Laterza, 1947.

TARELLO, Giovanni. Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione del diritto. Bologna, Il Mulino, 1976.

THOMAS, Yan. Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet em droit roman, APD, T. 25, Paris, Sirey, 1980.

VILLEY, Michel. *La Formation de la Pensée Juridique Moderne*. Cours d'Histoire de la Philosophie du Droit. Datil. Paris.

_____. L'idée de droit subjectif et le droit romain. In: *Le Droit et les Droits de l'Homme*. 2a. edição. Paris : PUF, 1990.

_____. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. Paris: Dalloz, 1962.

WEBER, Max. L 'étique protestante e l'esprit du capitalisme. Trad. Jacques Chavy. Paris, Plon, 1967.

WIEACKER, Franz. *História do Direito Privado Moderno*. Tradução de A. Hespanha. Lisboa, Gulbenkian, 1980.

Responsabilidade Civil e Consentimento do Lesado: Um Contributo da Experiência Portuguesa à Ordem Jurídica Brasileira

Felipe Teixeira Neto[1]

1 Introdução. 2 Consentimento do Lesado e Exclusão da Ilicitude. 2.1 O Consentimento do Lesado como Causa Justificadora do Fato Danoso. 2.2 Consentimento do Lesado e Figuras Afins: Diferenciação Necessária. 3 O Regime Geral de Justificação pelo Consentimento. 4 Os Limites da Justificação pelo Consentimento. 5 Formas Alternativas ao Concentimento Expresso. 5.1 O Consentimento Tácito e a Importância da Assunção dos Riscos. 5.2 Presunção de Consentimento: a Atuação em Interesse Alheio. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar a relevância do consentimento do lesado em tema de responsabilidade civil, em especial seu papel na exclusão da ilicitude da conduta. Para tanto, buscando substrato na experiência portuguesa, em que o instituto encontra-se já bastante desenvolvido, apresentar-se-á a dogmática da causa de justificação em exame no seu regime geral e nas modalidades a ele alternativas, objetivando traçar uma regulamentação adequada ao ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Consentimento do Lesado. Direito Civil. Ilicitude. Justificação. Responsabilidade Civil.

Abstract: This article proposes to examine the relevance of the victim's consent on the Tort Law, in particular its role in the rejection of the unlawful conduct. For both, seeking substrate in Portuguese experience, where the institute is already well developed, it will present the dogmatic of this cause of justification in a general and alternative modalities, to propose an appropriate regulation to Brazilian law.

Keywords: Civil Law. Consent of the Victim. Justification. Tort Law. Unlawful.

1 Introdução

A responsabilidade civil vem sendo amplamente reconhecida como uma das temáticas que, a par dos diversos

---

[1] Mestrando em Direito Civil pela Universidade de Lisboa, Portugal, Especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Passo Fundo, RS, Professor de Direito Civil nos cursos de Graduação e Pós-Graduação da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (Erechim, RS), Promotor de Justiça no Estado do Rio Grande do Sul.

reveses sofridos ao longo da história do direito, nomeadamente no que toca às funções que lhe foram atribuídas, despertou e continua despertando intensa atenção dos juristas. Isso porque o incremento da complexidade social tem demandado o alargamento cada vez maior dos seus campos de atuação, sendo a sua aplicação chamada a solver impasses de ordens variadas, fruto de uma ampliação das demandas sociais.

Daí porque, a fim de que bem desenvolva o seu mister, necessita ter seus pressupostos bastante bem delineados. Ou seja, é necessário que seus aplicadores tenham adequada compreensão dos elementos que serão imprescindíveis à imposição do dever de indenizar decorrente do juízo de imputação civil. Neste campo é que conceitos como dano, ilicitude, culpa e risco devem ser assimilados, sob pena de ineficaz manejo da responsabilidade civil e inadequada resposta às demandas que lhe são postas.

Adquire importância, de igual modo, a demarcação das hipóteses em que, mesmo à vista de situações de aparente surgimento do dever de indenizar, concorrerão causas que, por comprometerem a higidez de um dos seus pressupostos, implicarão a não-formação do juízo de imputação de responsabilidade.

Neste contexto é que se insere a presente investigação, a qual se propõe a analisar a relevância do consentimento do lesado em tema de responsabilidade civil. Em outras palavras, verificar os reflexos que o consentimento do titular dos interesses protegidos pela ordem jurídica pode ter na estatuição do dever de indenizar, nomeadamente, no que toca aos seus contornos e limites.

Para tanto, o objeto da pesquisa centrar-se-á em um exame de direito comparado entre o tratamento que a matéria recebe nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira, as quais, a par da inegável comunhão de princípios e regras que a história conjunta de ambos os países permitiu, apresentam, quanto ao tema, diversidades um tanto quanto relevantes, dada a ausência completa de regulação nesta, em

contraponto ao notoriamente reconhecido exemplar regulamento existente naquela.

Daí porque, a partir da experiência portuguesa no trato da matéria, objetivar-se-á identificar a dogmática do instituto em exame, nos seus regimes geral e especial, propondo, a seguir, a verificação da sua compatibilidade com a ordem jurídica brasileira.

Do ponto de vista legislativo, será realizado um contraponto entre as regras jurídicas vigentes em Portugal e no Brasil, mesmo que, algumas delas, de cunho geral, verificando, inclusive, a necessidade de reforma neste aspecto. Sem prejuízo, as referências à doutrina procurarão ser as mais fartas possíveis, dentro das limitações que um estudo deste porte encerra. Procurar-se-á, de igual modo, quando oportuno, lançar mão de recurso à doutrina penal sobre o tema, até mesmo em razão da sua maior fartura e sistematização, empregando-se esforços na transposição dos seus resultados a uma utilização no âmbito do direito civil.

2 Consentimento do Lesado e Exclusão da Ilicitude

2.1 O consentimento do lesado como causa justificadora do fato danoso

A figura do consentimento do lesado vem associada ao brocado latino *in volenti non fit iniuria*. Segundo este, a invasão da esfera jurídica alheia pelo autor da ação supostamente danosa, desde que por ele consentida, seria lícita, afastando, pressuposto indispensável do dever de indenizar, qual seja, a ilicitude.

Pela índole do direito civil, as pessoas são livres para abdicar da tutela que a lei lhes confere, desde que os interesses envolvidos revistam-se de disponibilidade, sendo, pois, o consentimento do lesado em relação à violação de interesses que lhe é impingida pelo agir de outrem uma "manifestação de liberdade subjacente à tutela privada" (CORDEIRO, 2007b, p. 455). Daí a justificativa para a inclusão da figura em

apreço no rol das excludentes de ilicitude relacionadas ao exercício e à tutela dos direitos, como o faz o Código Civil português.

Em desdobramento a esta indução feita acerca do consentimento do lesado,[2] várias foram as construções buscando justificar o fundamento para que tal aquiescência[3] bastasse à exclusão da ilicitude.[4]

A doutrina costuma identificar a sua gênese, no pensamento moderno, na denominada Teoria do Negócio Jurídico, de Ernst Zitelmann, a qual "concebía el consentimiento como um negocio jurídico privado, mediante el cual se otorgaba um derecho de intervención revocable" (ROXIN, 1997, p. 533). Dita teoria foi objeto de intensa crítica, pois, segundo seus opositores, o consentimento não cria ao lesante a faculdade de ingerir na esfera jurídica do lesado, não havendo do que se falar no nascimento de direito subjetivo para este (MEZGER, 1946, p. 398).

---

[2] Existe divergência na doutrina acerca da melhor expressão para denominar o consentimento em estudo. Há quem sustente que a expressão "consentimento do ofendido" – e, pelas mesmas razões, a aqui empregada "consentimento do lesado" – não seria adequada, já que o sujeito passivo da ação não é ofendido e tampouco lesado, pois contra ele não existe ofensa ou lesão propriamente distas. Em razão disso, sustenta-se a preferibilidade da expressão "consentimento do interessado" ou, em tradução da expressão italiana *consenso dell'avente diritto*, "consentimento do titular do direito" (MAGALHÃES, 1968, pp. 107-109). O uso alargado da expressão que dá título à presente investigação, contudo, sem se desconsiderar as ponderações teóricas a respeito, autoriza o seu emprego, até como meio de uniformidade da temática, já que corriqueiramente empregada no direito positivo de vários países.

[3] Na verdade, conforme Maurício Macedo dos Santos e Viviane Amaral Sêga (2008, p. 4), a expressão "aquiescência" exprime manifestação que pode ser externalizada por meio de consentimento ou por meio de acordo, sendo gênero do qual os referidos são espécies. Neste estudo, porém, considerando que a doutrina que trata do tema em exame assim também o faz, bem como tendo em vista que o acordo não é objeto da investigação, será empregado o termo "aquiescência" como referência apenas ao consentimento do lesado.

[4] Para uma evolução do pensamento jurídico acerca da relevância do consentimento do lesado em matéria de exclusão da ilicitude, desde a sua gênese romana até a Escola Sociológica do Direito, passando pelas Escolas do Direito Natural e Histórica do Direito e pelo pensamento de Hegel, oportuno conferi-se o magistério de Hams-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend (2002, pp. 404 e ss).

Na seqüência, já com um viés mais ligado à doutrina criminal, mas com fundamento igualmente útil ao direito civil, merece destaque a Teoria do Desinteresse do Estado, defendida, na Alemanha, por Edmundo Mezger e, na Itália, por Vicenzo Manzini e Giuseppe Maggiore. Segundo a referida, o que justifica a possibilidade de o consentimento do lesado excluir a ilicitude da conduta é o abandono consciente do interesse por parte de quem legitimamente tem a faculdade de dispor em relação ao bem jurídico (MEZGER, 1946, p. 397).

De seguida, como um desdobramento da anterior, guardando relação mais com a idéia de disponibilidade do que de interesse, merece registro a Teoria da Ação Jurídica, defendida por Berling, mas também presente na obra de Mezger (1946, p. 398), segundo a qual o consentimento representaria uma renúncia do titular à proteção que lhe é conferida pelo ordenamento jurídico, do que decorre a justificação da conduta que dera causa à lesão (SANTOS; SEGA, 2008, p. 3).

Esta teoria parece ser a justificativa, hoje, mais aceita pela doutrina civilista para a excludente em estudo,[5] como se pode verificar a partir da exposição dos autores contemporâneos, até mesmo em decorrência da sua associação a direitos disponíveis, como adiante se verá, sem prejuízo de desdobramentos diversos que lhe possam ser dados.

Daí que, segundo Adriano de Cupis (1979, p. 270), não haveria justificativa para a manutenção da tutela conferida ao particular pelo direito nos casos em que este consentisse com a lesão, porque dito consentimento torná-lo-ia partícipe da causa do dano. Ou seja, faria com que a sua vontade, somada a do autor do fato danoso, fosse a responsável pela lesão – nas palavras do autor, o lesado apropriar-se-ia da causa do dano –, concorrendo, desta feita, para o resultado, o que, por isso, propiciaria a exclusão da ilicitude.[6]

---

[5] É a doutrina predominantemente aceita, da mesma forma, em matéria penal (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 404).

[6] Na doutrina jurídica de língua portuguesa esta posição é sustentada por Adriano Vaz Serra (1959, p. 104).

Fernando Pessoa Jorge (1995, p. 270) critica a proposição antes referida. Para tanto, menciona que a aquiescência do ofendido não lhe faz partícipe da causa do dano, não obstante concorde que ela seja a causa da ausência de justificativa para a tutela pelo direito. Segundo o autor, o fundamento da justificação "está, sim, na eliminação do condicionalismo que, não havendo tal consentimento, tornaria o dano injusto. A vontade do lesado não é causa do prejuízo, e isso explica que possa haver obrigação de indenizar, não obstante a licitude da ofensa consentida".

No mesmo norte, José Carlos Brandão Proença (1997, p. 611), para quem "ao consentir na lesão danosa é o próprio lesado que valora juridicamente a sua vontade dispositiva, dotando-a de um sentido legitimador da lesão efectiva de interesses seus", o que resta, em razão disso, por excluir a ilicitude do fato causador do dano, já que ausente a contrariedade ao direito necessária ao juízo de imputação civil.

Com efeito, é de concluir que, no âmbito da responsabilidade civil, a razão está com os dois últimos autores citados, na medida em que, não obstante a renúncia [*rectius*, disponibilidade] da proteção concedida pelo direito seja o fundamento convergente para a excludente em apreço, não há como se dizer que o consentimento do ofendido foi, realmente, causa do dano, foi condição imprescindível, ao menos faticamente, à sua realização, sendo requisito que guarda relação com o pressuposto da ilicitude e não da causalidade. O consentimento é, isso sim, além de representar disposição da proteção concedida, um ato legitimador da ingerência na esfera jurídica do seu titular, o que lhe exclui a pecha de contrariedade ao direito.

Tal debate em torno do fundamento jurídico da hipótese de exclusão em apreço, contudo, sem prejuízo da impropriedade semântica que a imputação da causa ao próprio lesado possa trazer, confundindo-a com pressuposto diverso da responsabilidade civil (DE CUPIS, 1979, p. 270), não parece ser de alcance vital à aplicação prática do instituto, não obs-tante contribua para a sua confusão com outros de efei-

to prático semelhante. Isso porque é consenso na doutrina que o que legitima a conduta lesiva e, desta feita, exclui a sua ilicitude indiciária, é a renúncia do próprio interessado à proteção jurídica que lhe fora concedida pelo ordenamento jurídico.[7]

Em outras palavras,

> [...] o direito protege a esfera jurídica dos particulares através da ilicitude, que resulta da interferência em bens ou interesses alheios. Todavia, se há autorização do respectivo titular, essa lesão torna-se lícita. Desaparece, portanto, o motivo da indenização ou reparação em que se traduz a responsabilidade civil (COSTA, 1991, p. 501).

É premissa para tanto compreender que a responsabilidade civil, de um modo geral, é disposta à proteção de bens integrantes do patrimônio jurídico do titular. Por isso, tratando-se de bens, de regra, disponíveis, é permitido ao destinatário possa dela abrir mão, daí decorrendo o caráter de exclusão da ilicitude que se atribuirá ao consentimento do lesado.

Se a ilicitude está constituída na contrariedade ao direito que decorre da violação de normas de comportamento predispostas o assentimento do titular dos interesses por ela protegidos, basta eliminar o caráter devido do comportamento (JORGE, 1995, p. 161). Daí que quando a ação danosa for previamente consentida, estará ausente a antijuridicidade que decorreria da violação desse dever de abstenção diante da esfera juridicamente protegida do lesado.

---

[7] Neste sentido, António Mezenes Cordeiro (2007b, p. 457), segundo quem "o consentimento do lesado encontra a sua justificação básica na liberdade pressuposta pelos direitos subjectivos". E, de igual modo, Adriano De Cupis (1979, p. 270), após fazer referência à apropriação da causa pelo lesado, posição antes criticada, refere que o consentimento do ofendido implica renúncia à proteção jurídica do interesse em causa. Com igual ponto de vista, dentre outros, Jorge Ribeiro de Faria (1991, p. 449) e Luis Manuel Teles de Menezes Leitão (2000, p. 312). Daí porque ser possível afirmar que, em verdade, o pensamento civilista contemporâneo, mesmo que com desdobramentos diversos, converge para o acolhimento da antes referida Teoria da Ação Jurídica.

Desta feita, objetivando delinear a figura em estudo, acompanhando a lição de João de Matos Antunes Varela (1998, p. 552), poder-se-ia dizer que o consentimento do lesado "consiste na aquiescência do titular do direito à prática do acto que, sem ela, constituiria uma violação desse direito ou uma ofensa da norma tuteladora do respectivo interesse". Representa, pois, o consentimento, a disposição da proteção jurídica estatal a interesse privado, excluindo, desta feita, a contrariedade ao direito que decorreria da lesão a este causada.

2.2 Consentimento do lesado e figuras afins: diferenciação necessária

Urge, contudo, a fim de bem delimitar a pesquisa, diferenciar a figura do consentimento do ofendido de outras que lhe sejam próximas – ou, melhor, com as quais, não raro, seja confundida[8] –, dando abrangência precisa à investigação.

A primeira delas é a cláusula de exclusão de responsabilidade, segundo a qual, no âmbito de uma relação obrigacional preexistente,[9] uma das partes, desde logo, pode estabelecer a inexistência do dever de indenizar de outra

---

[8] Segundo Fernando Pessoa Jorge (1998, p. 274), a confusão entre o consentimento do lesado e diversas outras figuras de relevância jurídica deve-se ao fato de, não obstante, em muitos dos casos, dizerem respeito a pressupostos distintos da responsabilidade civil e, até, em outros, guardarem relação apenas com a indenização, em última análise, terminarem, todas elas, por acarretar o mesmo "resultado prático da irresponsabilidade do agente".

[9] Não há consenso na doutrina acerca da aplicabilidade da exclusão da ilicitude pelo consentimento do lesado aos casos de responsabilidade obrigacional. Enquanto António Menezes Cordeiro (2007b, p. 456) sustenta que o instituto aplica-se somente aos casos de responsabilidade aquiliana, há quem defenda, mesmo que em hipóteses mais restritas, o seu cabimento em casos de responsabilidade contratual (PRATA, 1985, p. 153). A primeira posição parece ser a mais adequada, sendo notória a vinculação da excludente em apreço às hipóteses de responsabilidade aquiliana, porquanto relacionada à disposição da proteção estatal conferida a determinados bens jurídicos do interessado, que podem ser objeto de lesão por terceiro não vinculado por relação obrigacional preexistente. A adoção deste pensamento já bastaria para bem diferenciar as figuras, sendo o consentimento do lesado restrito às hipóteses de responsabilidade aquiliana e a cláusula de irresponsabilidade aos casos de responsabilidade negocial. Diante, contudo, da existência de diferenças outras e da ausência de consenso acerca da restrição da incidência da causa de justificação em pauta aos casos de responsabilidade contratual, realizar-se-á o seu exame mais acurado.

em razão de danos eventualmente ocorridos. Ou, como prefere José Carlos Brandão Proença (1997, p. 611), por meio de cláusula preestabelecida, promove-se "a renúncia antecipada do lesado a fazer valer o seu direito secundário de indemnização".

Conforme aponta Adriano Vaz Serra (1959, p. 104), a doutrina francesa, quando aborda o consentimento do lesado, incorre nesta confusão entre os institutos, pois põe o problema do assentimento do ofendido como se tratando de cláusula de irresponsabilidade, "de modo que o consentimento da vítima teria o efeito de afastar as presunções de culpa do autor do dano, mas teria a responsabilidade deste no caso de culpa provada".

O tratamento das figuras em debate por meio de fundamento idêntico, todavia, não parece ser a solução mais acertada. Isso porque ambas, não obstante acarretem a mesma conseqüência econômica, qual seja, a ausência da obrigação de reparar o dano, apresentam pressupostos muito distintos.

Tanto que, consoante adverte Adriano de Cupis (1979, p. 270), a diferença entre o consentimento do lesado e a cláusula de irresponsabilidade é profunda, pois enquanto esta exclui apenas a conseqüência jurídica do dano, tendo, por conseguinte, mera eficácia dispositiva do direito ao ressarcimento, aquele implica eficácia dispositiva de direito primário (*diritto primario*), sendo conseqüência reflexa a disposição do direito ao ressarcimento.

Pelo que se pode perceber, os efeitos jurídicos dos institutos em apreço são, efetivamente, deveras distintos, não obstante, do ponto de vista fático, a conseqüência seja a mesma. Enquanto no consentimento do lesado exclui-se a ilicitude do fato em decorrência da disposição da própria proteção conferida pelo direito àquele interesse juridicamente protegido, sendo a ausência de dever de indenizar uma decorrência reflexa disso, na cláusula de exclusão da responsabilidade o fato causador do dano não deixa de ser ilícito, sendo que apenas o lesado não pode postular a devida reparação.

Até porque os desdobramentos possíveis, a partir da ausência do dever de indenizar, serão diversos, em decorrência da ausência, em apenas uma das duas figuras, da ilicitude (no caso, no consentimento do lesado). Isto é, como na cláusula de exclusão de responsabilidade a conduta danosa não deixa de ser ilícita, sendo tão-só afastada, para o ordenamento jurídico, a relevância do dano (SERRA, 1959, p. 104), não obstante o lesado faleça de pretensão indenizatória, tal poderá, *v.g.*, com base no mesmo inadimplemento contratual causador da lesão, postular a resolução da avença ou a sua execução específica (MONTEIRO, 1985, p. 132).

Ainda, no direito português,[10] por força da regra do artigo 809 do Código de 1966,[11] a qual inquina de nulidade as cláusulas contratuais que impliquem renúncia antecipada aos direitos que porventura venham a nascer em decorrência da mora ou do incumprimento, verifica-se uma significativa restrição ao âmbito de disponibilidade dos efeitos da responsabilidade civil negocial.[12] Tal não ocorre em matéria de consentimento do lesado, no qual basta que sejam observados os requisitos estatuídos para a sua ocorrência, que adiante serão tratados, fazendo com que, em relação a dita hipóte-

---

[10] Aqui se deixa de fazer registros acerca do direito brasileiro, porquanto inexistem disposições restritivas da incidência das cláusulas de responsabilidade, tal qual ocorre no direito luso, salvo, por evidente, nos casos de violação de normas de ordem pública, nomeadamente em matéria de direito do consumidor. Neste sentido dispõe o artigo 25, *caput*, da Lei n. 8.078/90 – Código de Proteção e Defesa do Consumidor, segundo o qual "[é] vedada a estipulação contratual de cláusula que impossibilite, exonere ou atenue a obrigação de indenizar prevista nesta e nas Seções anteriores", o qual deve ser interpretado em conjunto com o artigo 51, inciso I, do mesmo Código, que declara nula de pleno direito as cláusulas que "impossibilitem, exonerem ou atenuem a responsabilidade do fornecedor por vícios de qualquer natureza dos produtos e serviços ou impliquem em renúncia ou disposição de direitos". Tal induz no sentido da impossibilidade de renúncia prévia à indenização por parte do consumidor.

[11] Segundo o dispositivo mencionado, "é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos que lhe são facultados nas divisões anteriores nos casos de não cumprimento ou mora do devedor, salvo o disposto no n. 2 do artigo 800".

[12] Com mesmo escopo, limitando a incidência das cláusulas de irresponsabilidade, o artigo 1.229 do Código Civil italiano, segundo o qual será considerada nula a avença que exclua ou limite responsabilidade em caso de eventual dano decorrente de dolo, culpa grave ou violação de norma de ordem pública.

se de justificação, a margem de disposição do titular da proteção jurídica apresente-se mais ampla quando comparada com a cláusula de exclusão de responsabilidade (JORGE, 1995, p. 276; SERRA. 1959, p. 104).

Na seqüência, poder-se-ia falar de outras duas figuras de resultado bastante próximo àquele decorrente do consentimento do lesado e da cláusula de irresponsabilidade, quais sejam, a remissão e a renúncia ao direito de indenização. Nestas, da mesma forma, a diferença diz respeito à existência do direito primário, a qual só resta afastada pela exclusão da ilicitude que se verifica na primeira figura, consoante já mencionado.[13] Assim, pode-se afirmar que enquanto na remissão e na renúncia ao direito à indenização a obrigação de reparar o dano nasce e se extingue em decorrência de um ato de disposição do seu titular – ato que, aqui, contrariamente ao que sucede com a cláusula de exclusão de responsabilidade, não necessita ser prévio ao dano –, na aquiescência do ofendido, ela sequer chega a existir, uma vez que ausente o pressuposto da ilicitude (JORGE, 1995, p. 274).

Mais uma figura que merece especial atenção quando se fala em consentimento do lesado, pela freqüente confusão entre ambas, é a culpa exclusiva ou concorrente da vítima. Até porque, como se pôde ver antes, uma das justificativas para a exclusão da ilicitude em decorrência da anuência do ofendido em relação à conduta danosa fora, justamente, a

[13] No plano criminal, como exemplo da confusão entre os institutos da renúncia e do consentimento justificante, registre-se que o Código Penal brasileiro de 1890, em seu artigo 26, alínea "c", estabelecia que "[n]ão dirimem nem excluem a intenção criminosa: [...] c) o consentimento do ofendido, menos nos casos em que a lei só a ele permite a ação criminal". Aqui, em verdade, tratava-se de consagração legislativa do consentimento como renúncia ao direito de queixa e não como excludente de ilicitude. Ou seja, na hipótese então prevista na legislação brasileira criminal, restava afastada apenas persecução penal, em paralelo com o que aconteceria na responsabilidade civil se afastada apenas a indenização, ao passo em que caso o consentimento fosse real causa de justificação, restaria excluído o próprio crime – ou, mais uma vez em paralelo com o juízo de imputação cível, o próprio ato ilícito. O dispositivo foi, por isso, bastante criticado pela doutrina, já que promoveu a positivação equivocada de uma confusão sem justificativa entre exclusão da persecução penal e exclusão do crime (MAGALHÃES, 1968, p. 114).

de que, ao consentir com a lesão, tornava-se partícipe da causa do dano (DE CUPIS, 1979, p. 270), renunciando, assim, à tutela estatal; nesta hipótese, em última análise, acaba-se por incluir a causa justificadora em estudo dentre aquelas relacionadas à culpa do ofendido, posição hoje não mais aceita pela doutrina hodierna (VARELA, 1998, p. 553).

A confluência entre os dois institutos pode ser encontrada de forma bastante presente em alguns pandectistas, refletindo-se, da mesma forma, em parte das doutrinas francesa e italiana[14] e no tratamento que a jurisprudência inglesa dava a casos desta natureza (PRATA, 1985, p. 156), ao que não ficou alheio o pensamento jurídico português. Dito tratamento indiferenciado, seguindo nesta linha de direito comparado, chegou até mesmo a ser verificado, no plano legislativo, dispondo, *v.g.*, o Código das Obrigações suíço, em seu artigo 44, n. 1, que o consentimento impuro seria forma de manifestação de culpa própria (PROENÇA, 1997, p. 613).

A evolução do pensamento civilista, todavia, permitiu verificar a inadequação deste posicionamento. Para tanto, tendo em conta os pressupostos antes já traçados acerca do que representa o consentimento do lesado, a simples verificação dos contornos dados pela doutrina acerca da figura da culpa exclusiva ou concorrente da vítima basta a bem diferenciar os institutos.

A culpa do lesado encontra a sua solução preponderante no campo de análise da causalidade do dano, já que "só deve ser ponderada na media em que o seu comportamento seja concausa do dano, ou seja, é necessário que o dano seja causado pelo agente ou pelo lesado" (LOURENÇO, 2006, p. 262). Desta feita, verificar-se-á, quando restar demonstrado, que uma determinada conduta praticada pelo ofendido foi a causadora do dano ou para ele concorreu, paralelamente

[14] Segundo José Carlos Brandão Proença (1997, p. 612), dentre os pandectistas que seguiram esta linha, pode-se citar a obra de Demelius. Já nas doutrinas francesa e italiana, respectivamente, o autor alude às obras de Desxhizeaux, Esmein e Le Tourneau e Chironi e Pacchioni como exemplos desta confluência entre consentimento e culpa.

àquela impetrada pelo ofensor. O mesmo se verifica na doutrina brasileira, para a qual, "com a culpa exclusiva da vítima, desaparece a relação de causa e efeito entre o dano e seu causador" (VENOSA, 2006, p. 44).

Daí porque se afirmar a atecnia do tratamento uniforme de ambas as figuras, já que relacionadas a pressupostos diversos. Como dito, enquanto a culpa da vítima guarda relação com a causalidade (plano fático da aferição dos pressupostos do dever de indenizar), o consentimento do lesado insere-se na esfera do plano jurídico dos mesmos pressupostos, pois relativo à ilicitude (CORDEIRO, 1997, p. 423).

Apresentadas as diferenciações até aqui postas,[15] o que visou bem delimitar o âmbito de incidência da figura jurídica objeto da presente investigação, cumpre tratar acerca da sua regulação e operatividade no ordenamento português e a sua possibilidade de transposição à ordem jurídica brasileira.

3 O Regime Geral de Justificação pelo Consentimento

O consentimento do lesado como causa de exclusão da ilicitude, em Portugal, encontrou tratamento no Código Civil de 1966, em seu artigo 340, o qual estatui que "o ato lesivo dos direitos de outrem é lícito, desde que este tenha consentido na lesão". A matéria, da mesma forma, mereceu regramento, no âmbito criminal, pelo Código Penal de 1982, que, em seus artigos 38 e 39,[16] previu de forma expressa a figura do consentimento do ofendido, inclusive na sua

[15] Por questões de estrutura da exposição e visando uma melhor sistematização da pesquisa, a figura hoje já apontada pela doutrina sob o nome de "assunção de riscos", a par das discussões acerca da sua autonomia em relação ao regime do consentimento do lesado, ao invés de ser tratada neste item relativo às figuras afins, será abordada no item 4.1, junto com o consentimento tácito.

[16] Artigo 38. (Consentimento) 1. Além dos casos especialmente previstos na lei, o consentimento exclui a ilicitude do fato quando se referir a interesses jurídicos livremente disponíveis e o facto não ofender os bons costumes. 2. O consentimento pode ser expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto. 3. O consentimento só é eficaz se for prestado

modalidade presumida, como hipótese de justificação do fato típico.

Ao contrário, no ordenamento brasileiro, a mesma causa de justificação não mereceu atenção legislativa expresso, seja no revogado Código Bevilaqua, seja no hoje vigente Código de 2002. O mesmo ocorre em material penal, sustentando parte da doutrina (TOLEDO, 1984, p. 128), inclusive, que esta omissão legislativa seria intencional dado o caráter "evidentemente supérfluo" de um dispositivo a respeito.

Não obstante esta opção, fundada em suposta desnecessidade de regulamentação do tema, nada tem impedido a doutrina brasileira[17] de aceitar o consentimento do lesado como causa supralegal de justificação do ato danoso. Para tanto, o fundamento seria o mesmo que a fez constar no Código Civil português: objetivando o direito a tutela de uma gama significativa de interesses privados do sujeito, a disponibilidade sobre eles permite que seja excluída a ilicitude de ato lesivo direcionado contra os referidos, desde que precedido de aquiescência do titular.

Por evidente, a ausência de regulamentação positiva no direito brasileiro restou por acarretar, a par do reconhecimento da sua existência e aplicação, uma certa desestrutura da matéria que, mesmo tendo inegável importância, não apresenta tratamento autônomo e sistematizado, seja na doutrina, seja na jurisprudência. Assim, do ponto de vista metodológico, a presente investigação, ao apresentar o tema em ambos os

---

por quem tiver mais de 14 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta. 4. Se o consentimento não for conhecido do agente, este é punível com a pena aplicável à tentativa. Artigo 39. (Consentimento presumido) 1. Ao consentimento efectivo é equiparado o consentimento presumido. 2. Há consentimento presumido quando a situação em que o agente que actua permitir razoavelmente supor que o titular do interesse juridicamente protegido teria eficazmente consentido no facto, se conhecesse as circunstâncias e que este é praticado.

[17] Neste sentido, o magistério de Orlando Gomes (1987, p. 419), Francisco Amaral (2000, p. 535) e Rui Stoco (2007, p. 223), dentre outros. Na doutrina penal, exemplificativamente, merecem registro os ensinamentos de Heleno Cláudio Fragoso (1994, p. 192) e Francisco de Assis Toledo (1984, p. 128).

ordenamentos, buscará destacar a experiência portuguesa no trato do assunto e, na seqüência, a compatibilidade da sua transposição ao ordenamento brasileiro, aferindo-se, ao cabo, a atual necessidade ou não de eventual regulamentação legislativa a respeito.

Como antes referido, o Código Civil português, na sua parte geral, no capítulo destinado às disposições gerais do exercício e tutela dos direitos, apresenta diversas hipóteses de exclusão da ilicitude, dentre elas o consentimento do lesado, asseverando ser lícito o ato nesta condição cometido.[18] É, pois, consagração expressa do princípio *in volenti non fit iniuria*, legitimando a possibilidade de o titular da proteção jurídica dela dispor, renunciando-a através do seu consentimento em relação ao ato lesivo.

O primeiro questionamento que se põe, assim, está relacionado à forma como ele se expressa. Segundo Karl Larenz (1959, p. 590), não se trata, aqui, de um consentimento no sentido do § 183 do BGB,[19] nem da aceitação de um negócio jurídico,[20] mas da autorização para a realização de ações positivas que restam por repercutir na esfera jurídica do

---

[18] António Menezes Cordeiro (2007b, p. 455), ao tratar da sua inserção na parte geral do Código, no capítulo dedicado à tutela privada, define o consentimento do lesado como "uma manifestação de liberdade subjacente à tutela privada", mencionado, ainda, tratar-se de regra típica de responsabilidade civil, pelo que "a sua solene inclusão na parte geral do Código faculta mais um dos impressionantes equívocos imputáveis à classificação germânica pura".

[19] Segundo o referido dispositivo do Código Civil alemão, "1. Se a eficácia de um negócio jurídico unilateral, que se tenha celebrado frente a outro, depende do consentimento de um terceiro, a concessão como a denegação do consentimento, pode declarar-se tanto frente a uma como frente a outra parte. 2. O consentimento não requer a forma estabelecida para o negócio jurídico. 3. Se um negócio jurídico unilateral, cuja eficácia depende do assentimento de um terceiro, celebra-se com o consentimento do terceiro, aplicam-se respectivamente as disposições do parágrafo 111, números 2 e 3" (MEDICUS, 1995b, p. 870).

[20] A referência de Karl Larenz à impossibilidade de simples aceitação de um negócio jurídico deve-se, por certo, à negação do pensamento defendido por Ernst Zitelmann, autor da já referida *Teoria do Negócio Jurídico*, para o qual a justificação da conduta praticada com base no consentimento do lesado representava uma concessão negocial para que o autor do dano realizasse a conduta típica. Sobre o tema, inclusive com seus desdobramentos em matéria de teoria do crime, ver o magistério de Edmundo Mezger (1946, p. 398 e ss). Em língua portuguesa, Délio Magalhães (1968, pp. 108-110).

autorizante, o que lhe dá contornos de declaração de vontade análoga às negociais.

Exatamente por isso é que o pensamento dominante tem definido-o como um ato unilateral, não obstante encerre inegável natureza negocial, já que o seu titular poderá estabelecer os limites e o alcance desta autorização (CORDEIRO. 2007b, p. 456); nas palavras de Ludwig Enneccerus (1935a, p. 638), pois, "é um negócio jurídico unilateral".[21]

Assim é que o consentimento que aqui interessa exprimido por meio de autorização, ato pelo qual o titular da proteção jurídica permite que terceiro intrometa-se na sua esfera particular (JORGE, 1995, p. 270). Terá, em razão disso, natureza integrativa, na medida em que não cria direitos por si só ao destinatário do consentimento; se assim não fosse, em havendo predomínio de uma natureza constitutiva, não haveria que se falar em autonomia da figura jurídica em questão, pois representaria mero exercício de um direito por parte do lesante, nascido a partir da autorização concedida pelo lesado (JORGE, 1995, p. 270).

Da mesma forma, tendo natureza negocial, para que possa excluir a ilicitude, exigir-se-á daquele que consente legitimidade, capacidade de gozo e capacidade de exercício para exprimi-lo válida e eficazmente (CORDEIRO, 2007b, p. 456; BRIZ, 1962, p. 84), além de vontade corretamente formulada e exteriorizada (JORGE, 1995, p. 271), o que poderá ser feito por qualquer meio (FERREIRA, 1988, p. 176), salvo quando a lei exija algum em especial.[22]

---

[21] Conforme Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p. 385), entende-se por negócio jurídico unilateral aquele em que há uma única vontade negocial manifestada ou, pelo menos, se forem várias, serão paralelas, formadoras de um grupo único; por regra, afetam apenas a pessoa que os pratica ou, como no caso da autorização, afetam outra pessoa, mas com a finalidade de atribuir-lhe uma faculdade ou uma posição preferencial.

[22] Assim já reconheceu a jurisprudência portuguesa ao assentar que "[o] consentimento do lesado não exclui a ilicitude de um acto, como a transmissão do direito de propriedade sobre imóveis, que careça de escritura pública, quando falte a forma legal exigível" (PORTUGAL. Tribunal da Relação do Porto. Recurso n. 9350409. Rel. Des. Antero Ribeiro. Julgado em: 11 out. 1993. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 14 abr. 2008).

Quanto à capacidade para consentir, independentemente da antes destacada inegável natureza negocial do ato, não coincidirá obrigatoriamente com aquela exigida para a generalidade das manifestações negociais. Para tanto, a este respeito, tem-se destacado que, em algumas hipóteses, bastará à incidência da causa de exclusão em exame a mera capacidade natural, desde que relacionada a disposições patrimoniais de pequena importância.[23]

No que toca à vontade, fazem-se necessárias algumas referências, as quais, a par de interesse geral no presente momento, adquirirão contornos ainda mais significativos quando do tratamento acerca do consentimento tácito. Isso porque, para que o sujeito possa consentir em uma lesão a interesse protegido seu, deve ter plena ciência do que isso efetivamente representará, das suas reais conseqüências e efeitos, a fim de formar sua vontade de forma livre e desembaraçada. Em outras palavras, o consentimento haverá de ser seriamente emitido e com pleno conhecimento da situação de fato (BRIZ, 1962, p. 84).

Os deveres de informação adquirem, aqui, portanto, significativa relevância, já que o conhecimento acerca dos elementos que envolvem o ato a ser praticado precisam ser plenamente compreendidos por aquele que manifestará seu consentimento; só após ser cientificado a respeito poderá ponderar os fatores envolvidos, os eventuais riscos, os custos

[23] Esta é a posição defendida, dentre outros, por Teresa Pizarro Beleza (1980, p. 51) e Manuel Cavaleiro de Ferreira (1988, p. 177). A dispensa da capacidade negocial, como antes destacado, não é irrestrita. A este respeito, observa Fernando Pessoa Jorge (1995, p. 271) que o limite para tanto será a regra do artigo 127, n. 1, alínea "b", do Código Civil português, segundo o qual "[o]s negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância". Daí que, segundo o autor, será relevante o consentimento justificador do menor – que não possui capacidade negocial – quando permite que terceiro utilize um brinquedo seu ou coma um alimento que lhe pertença, sendo irrelevante, na mesma linha, o consentimento dessa mesma criança para que outrem, *v.g.*, utilize ou destrua um prédio que lhe pertence. Mesmo a míngua de igual regulação no Código Civil brasileiro, esta posição pode ser de igual modo aplicada naquele país por força da incidência da doutrina dos atos existenciais, alicerçada em fundamento idêntico ao que serviu de base ao artigo 127, n. 1, alínea "b" do congênere português.

e benefícios que lhe advirão do agir que seu consentimento pode legitimar. Em assim não sendo, poder-se-á verificar a incidência das diversas modalidades dos vícios da vontade, dentre eles o erro, o engano ou a coação (FERREIRA, 1988, p. 176).

Após prestado, o consentimento é, de regra, revogável,[24] salvo se houver manifestação expressa no sentido de que assim não seria possível ou – e principalmente – se a irrevogabilidade derivar da finalidade com que foi dado, em especial quando relativo a atos de disposição patrimonial e isso tenha sido feito no interesse do agente que age acobertado pela excludente (ENNECCERUS, 1935b, p. 387). Assim, por exemplo, em anuindo o proprietário que se utilize bem seu, pode voltar atrás em relação a este consentimento até o momento em que realizado o ato lesivo, não podendo, após isso, já se tendo verificado a ação danosa sob o manto da excludente de ilicitude, pretender revogar o consentimento dado[25] e obter indenização por danos eventualmente sofridos.[26]

A disciplina relativa à forma como o consentimento expressa-se até aqui esboçada, por decorrer das regras gerais dos sistemas jurídicos e não de regulamentação específica, mostra-se compatível com os ordenamentos jurídicos português e brasileiro, os quais, nestas questões, restam por partilhar a maneira como a matéria pode ser vista.

---

[24] Sobre a revogabilidade do consentimento, assinala Claus Roxin (1997, p. 535), em ponderação perfeitamente transponível à responsabilidade civil, que esta não pode ser uma mudança de vontade meramente interna, exigindo manifestação exterior neste sentido.

[25] Esta, aliás, no que toca ao tratamento criminal dispensado à matéria, é a expressa disposição do artigo 38, n. 2, parte final, do Código Penal português.

[26] Situação semelhante foi enfrentada pela jurisprudência portuguesa, cujo precedente restou assim sumariado: "Autorizada pelos proprietários do quintal a ocupação de com vista ao depósito dos materiais necessários à obra edificada por outrem, a circunstância de o mesmo não poder ser cultivado e não produzir aquilo para que era apto não geraria o direito de indemnização dos primeiros, em virtude de operar a causa de justificação do ilícito consentimento do lesado a que se reporta o artigo 340º, n. 1, do Código Civil" (PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista n. 04B2751. Rel. Cons. Salvador da Costa. Julgado em: 23 set. 2004. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 17 fev. 2008).

Ainda, merecem referência as hipóteses em que a lei considera o titular do direito obrigado a consentir ou dispensa este consentimento para fins de justificação do ato, como ocorre, *v.g.*, respectivamente, nos casos de passagem ou utilização de determinado prédio para fins de manutenção no edifício vizinho (artigo 1349, n. 1, do Código Civil português e artigo 1313, inciso I, do Código Civil brasileiro) ou nas hipótese de exposição ou reprodução de imagem de pessoa pública, ressalvadas as limitações legais (JORGE, 1995, p. 271). Nestes casos, em verdade, a exclusão da ilicitude decorre diretamente da lei, seja quando determina o consentimento,[27] seja quando o dispensa, não se encontrando relevância jurídica fundamental na aquiescência do lesado para fins de justificação do ato.

Ao cabo, também no que toca à manifestação do consentimento, é digno de nota o momento em que ela se dá, verificando-se a sua relevância para fins de exclusão da ilicitude.

A doutrina majoritária[28] costuma assinalar que, para fins de justificação do ato danoso, o consentimento do ofendido deve ser prestado em momento anterior à sua prática. Em assim não sendo, a operar-se a aquiescência posteriormente à lesão, teria o simples efeito de renúncia à pretensão indenizatória, relacionada tão-só ao direito secundário (*diritto secondario*) decorrente do ilícito.

Em suma, seja em Portugal, seja no Brasil, se a concordância do ofendido afasta o dever de abstenção de atuação na esfera jurídica alheia, a permitir a conduta do lesante, apenas o consentimento anterior a esta poderá ser excludente de ilicitude, fazendo com que, após praticada, tendo-se já revestido de contrariedade ao direito, possa o titular da pretensão ressarcitória apenas abrir mão do seu exercício; até porque,

---

[27] Jorge Ribeiro de Faria (1991, p. 450) nomina estas hipóteses como "consentimento coactivamente prestado".

[28] Neste sentido, posicionam-se Mário Júlio de Almeida Costa (1991, p. 501), João de Matos Antunes Varela (1998, p. 552), Adriano Vaz Serra (1959, p. 107), Adriano De Cupis (1979, p. 270), Jaime Santos Briz (1962, p. 85) e Claus Roxin (1997, p. 525), dentre outros.

como de regra, as causas justificativas devem verificar-se antes do fato e não após.

Fernando Pessoa Jorge (1995, p. 273 e ss) manifesta posição divergente, questionando a impossibilidade de considerar-se o consentimento posterior mera renúncia à indenização. Para tanto, sustenta que a conduta ilícita deve ser vista como um todo, não sendo razoável que o ato continue sendo considerado antijurídico – com todos os efeitos que lhe são próprios e não apenas com relação à irresponsabilidade civil do agente –, mesmo após consentimento da vítima, que, por isso, poderia importar na produção de efeitos retroativos.[29] Em não se aceitando a retroatividade para fins de exclusão da ilicitude, sustenta, ainda, posição intermediária segundo a qual o consentimento deveria implicar renúncia não apenas da indenização, "mas de todos os direitos que adviessem do caráter ilícito da lesão" (JORGE, 1995, p. 274).

A preocupação apresentada mostra-se compreensível, porquanto se o ofendido, em momento posterior, termina por ratificar o ato empreendido pelo lesante, não se mostraria adequado que se mantivessem todos os efeitos da ilicitude, exceto o dever de indenizar em relação ao qual a aquiescência seria considerada renúncia.

Permitir, todavia, a retroatividade dos efeitos do consentimento contraria a lógica e a melhor técnica, porquanto, nesta hipótese, quando o consentimento é dado, do ponto de vista jurídico, a conduta já se revestira de ilicitude, uma vez que a incidência da norma tuteladora é imediata (satisfaz, desde logo, o suporte fático hipotético).[30] Assim, aceitar a tese da retroatividade implicaria, como já dito, contrariar pressuposto elementar de direito segundo o qual as causas justificadoras

---

[29] Consoante assinala Fernando Pessoa Jorge (1995, p. 273), "a retroatividade só é, evidentemente, possível num plano ideal, no sentido de que a lei reconhece os efeitos de certo acto como se este tivesse determinada qualidade que historicamente não teve".

[30] Tanto que, neste particular, a doutrina costuma subdividir o assentimento em *consentimento*, quando prestado anteriormente ao ato a que se refere, e em ratificação, quando posterior (ENNECCERUS, 1935b, p. 387).

operam-se sempre antes da prática do ato a que dizem respeito, porquanto, se verificadas depois, a ilicitude já está presente.

A solução tecnicamente mais correta, diante da natureza das figuras envolvidas, parece ser aquela que exige que o consentimento seja anterior ao ato, pois, se posterior, pelas razões já apresentadas, terá efeitos de mera renúncia da indenização. Nada impede, contudo, até mesmo por se mostrar mais equânime, a adoção da via alternativa antes apontada na doutrina de Fernando Pessoa Jorge: se é certo que a aquiescência posterior não pode ser tida como simples renúncia, não podendo, da mesma forma, retrotrair seus efeitos para fins de justificar o ato danoso, porque este já nasceu ilícito, é razoável que se entenda que implicará, assim, renúncia não só ao dever de indenizar, mas a todos os reflexos que o ato porventura venha a produzir no mundo jurídico, desde que estejam sob a disponibilidade do agente.

4 Os Limites da Justificação pelo Consentimento

Se é certo que o direito concede disponibilidade ao titular da proteção por ele conferida, fundamento este da justificação pelo consentimento do ofendido, hipóteses verificar-se-ão em que, diante da natureza dos interesses postos em causa, esta aquiescência não bastará a excluir a ilicitude do fato danoso.

Diante disso é que serão impostas uma série de limitações à relevância justificadora da anuência do titular do interesse em relação à conduta a que se refere, o que decorrerá, por assim dizer, da natureza indisponível da tutela conferida a diversos bens jurídicos.

Atento a isso, o Código Civil português, em seu artigo 340, n. 2, dispõe que "o consentimento não exclui, porém, a ilicitude do acto, quando este for contrário a uma proibição legal ou aos bons costumes". Criou, desta forma, dupla limitação à excludente em estudo, fazendo com que não possa surtir efeitos nas hipóteses antes referidas.

Sem prejuízo de ter tratado a lei portuguesa de duas situações concretas – proibição legal e contrariedade aos bons costumes –, como já dito, a limitação dos efeitos do consentimento do lesado, em última análise, coincide com as hipóteses de indisponibilidade do direito relativa ao seu conteúdo em si,[31] sendo que o teor do preceito legal apenas representa a concretização dessa impossibilidade.[32]

E isso se dá até mesmo em razão da própria origem do instituto, porquanto se a lei não confere liberdade (*rectius*: disponibilidade) ao sujeito para abrir mão daquela proteção por ela concedida, não poderá a sua anuência implicar exclusão da ilicitude nos casos em que esta não exista.

Por essa razão é que, mesmo não havendo previsão expressa sobre a justificação pelo consentimento do lesado no direito brasileiro, a mesma limitação decorrente da

---

[31] Em matéria de disponibilidade do direito, cumpre registrar que a limitação diz respeito não só ao seu conteúdo, mas, também, à sua titularidade, sendo necessário que, para dispor, o lesado seja titular da integralidade do direito, por decorrência lógica do princípio geral de quem ninguém pode dispor daquilo que não tem.

[32] Esta é a posição defendida, dentre outros, por Jorge Ribeiro de Faria (1991, p. 449), segundo o qual "[a] irrenunciabilidade pode derivar tanto de uma proibição legal como dos bons costumes". No mesmo norte, Karl Larenz (1959, p. 590). Com sistematização diversa, Fernando Pessoa Jorge (1995, p. 271), quando trata da primeira hipótese do n. 2 do artigo 340 do Código Civil português (proibição legal), faz associação entre esta e a indisponibilidade do direito, dando a entender que a limitação decorrente da violação dos bons costumes não guardaria com ela – indisponibilidade – relação; ou seja, nestes casos, o titular até poderia ter disponibilidade sobre os interesses protegidos, o que permitiria o consentimento, mas como essa disposição resta por violar os bons costumes, surge a limitação à sua relevância. Este não aparenta ser o melhor entendimento, porquanto seja a proibição legal, seja a limitação pelo respeito aos bons costumes, ambas conduzem, em última análise, a uma indisponibilidade do direito que não precisa decorrer necessariamente da lei, mas do sistema como um todo. Tanto que, nos ordenamentos nos quais não há regulação da matéria, como no brasileiro, seja a indisponibilidade por afronta a proibição legal, seja por afronta aos bons costumes, costumam, de igual modo, ser reconhecidas. Daí que as impressões de António Menezes Cordeiro (2007b, p. 456) a respeito do confronto entre a disponibilidade em si ou aquela decorrente da forma como ela se manifesta parecem mais adequadas do ponto de vista da técnica. Segundo o autor, é necessário distinguir a indisponibilidade de um direito dos casos em que, não obstante haja disponibilidade, o consentimento seja ineficaz, pois o ato, em concreto, é que contraria proibição ou os bons costumes. Até porque, como aponta, em ambas as hipóteses, o consentimento manifestado será irrelevante para fins de exclusão da ilicitude.

indisponibilidade resta por ser-lhe aplicada,[33] pois decorrente dos preceitos gerais do próprio ordenamento jurídico, ou melhor, da própria natureza dos bens jurídicos por ele tutelado.

Daí a pertinência de que a aferição dos limites do consentimento do lesado seja criteriosa e feita com base nas peculiaridades do caso concreto, objetivando bem se perceber as reais hipóteses em que a concordância adquire relevância jurídica em relação ao juízo de ilicitude. Ou seja, perceber não só os casos em que o consentimento verse sobre direitos indisponíveis, mas também aqueles em que, não obstante haja disponibilidade, o consentimento seja ineficaz porque, ele próprio, contrarie proibição legal ou os bons costumes (FERREIRA, 1988, p. 177).

A par das ponderações de ordem geral até aqui traçadas, merecem exame as hipóteses específicas trazidas pela lei portuguesa, até mesmo para verificar a sua adequação como forma de regulamentação do tema.

No que toca à restrição decorrente de proibição legal, o exemplo que tem sido costumeiramente trazido pela doutrina (LEITÃO, 2000, p. 312) diz respeito à irrelevância de alguém consentir com a própria morte, uma vez que a vida é bem jurídico protegido nos ordenamentos jurídicos por meio da criminalização da conduta do homicídio.[34]

---

[33] Esta é a posição da doutrina brasileira (AMARAL, 2000, p. 535). O mesmo se verifica na doutrinna espanhola, país onde, a exemplo do que ocorre no Brasil, também não tem regulamentação expressa do tema (BRUTAU, 1983, p. 85; ESTEVILL, 1995, p. 534).

[34] Não obstante a intensa freqüência com que dito exemplo é empregado para demonstrar hipótese de contrariedade à proibição legal, não se pode deixar de fazer referência a interessantes considerações acerca da (in)disponibilidade do bem jurídico vida feitas pela doutrina criminal. Neste particular, observa Teresa Pizarro Beleza (1980, p. 516) que o fato de o legislador não criminalizar o suicídio (obviamente que quando falhado ou tentado) é um indicativo de que a indisponibilidade da vida humana é relativa. De igual modo, ainda segundo a autora, a punição diferenciada entre as condutas de homicídio e de auxílio ao suicídio bem demonstram que mesmo não tendo condão de excluir a ilicitude da conduta do agente, o consentimento do ofendido, na segunda hipótese, não é de todo irrelevante para o direito penal. Em sentido contrário, Manuel Cavaleiro de Ferreira (1988, p. 175) sustenta a indisponibilidade absoluta do bem jurídico vida.

Aqui, desde logo, se pode perceber que o direito penal adquire função relevante na delimitação do território da disponibilidade do titular da proteção jurídica, havendo de distinguirem-se os casos em que o consentimento não afasta a incriminação daqueles em que resta por obstar a incidência da norma penal, seja porque pode funcionar como causa de justificação na esfera criminal, seja porque o não consentimento pode ser elemento do tipo (JORGE, 1995, p. 272; ROXIN, 1997, p. 528; BELEZA. 1980, p. 513).

Na primeira hipótese, resta afastada a incidência da exclusão da ilicitude em comento, pois o consentimento é irrelevante quanto à incriminação, não podendo obstar a proibição legal que dela decorre; na segunda, quando por ele próprio já for excludente na ceara penal ou quando o tipo exija a existência de dissenso, a concordância do ofendido com o ato danoso poderá produzir a sua justificação na esfera cível.

Ainda sobre a restrição decorrente da lei, já saindo do campo de atuação do direito penal, é de ser observado que "[a]s hipótese de proibição legal são bastante mais extensas do que poderia parecer, numa visão superficial" (CORDEIRO, 2007b, p. 456), nelas se incluindo não só aquelas relativas aos direitos de personalidade e aos direitos de família, de um modo geral indisponíveis, mas também outras pontuais verificadas em matéria de direitos obrigacionais e reais.[35]

Quanto à restrição decorrente dos bons costumes, o exame da relevância do consentimento apresenta-se mais controvertido, justamente em razão da dificuldade de precisar os contornos do conceito jurídico indeterminado em questão.[36]

---

[35] Neste particular, António Menezes Cordeiro (2007b, p. 456) cita, por exemplo, os artigos 809, 836, n. 1, e 942, n. 1, todos do Código Civil português.

[36] A par da sua dificuldade, a doutrina é praticamente unânime em apontar a existência desta limitação pelos bons costumes, não obstante poucos tratem acerca dos melhores critérios para operacionalizar a sua aplicação. Neste sentido, Ludwig Enneccerus (1935a, p. 638), José Puig Brutau (1983, p. 85), Luis Díez-Picazo (2000, p. 304) e Jaime Santos Briz (1962, p. 83), dentre outros.

A partir da sua evolução, desde a noção romana de *mores* até a inserção no direito codificado contemporâneo,[37] amplos e variados foram os contornos dados à expressão "bons costumes" (CORDEIRO, 2007a, p. 699). Na atualidade, contudo, estas dimensões tem-se reduzido, podendo destacar, nomeadamente no campo das regras de comportamento sexual e familiar, um reconhecimento pelo direito civil da sua normatividade, a par de não a referir de modo expresso.[38] A estes dois campos destacados – comportamento sexual e familiar – podem ser associadas, de igual sorte, as regras deontológicas afetas a dadas profissões,[39] em que também poderá ser verificada uma certa normatividade atribuída aos bons costumes.

Daí que, com freqüência, será possível encontrar na doutrina a delimitação do conteúdo do conceito em questão através de referência a "concepções ético-jurídicas dominantes na coletividade" (LIMA; VARELA, 1982, p. 397), sendo, pois, conceito situado historicamente.[40] Por isso, será suscetível a influência direta do que a sociedade vive, das experiências

---

[37] São várias as referências encontradas aos bons costumes, tanto no Código Civil português quanto no congênere brasileiro, podendo-se citar, exemplificativamente, naquele, os artigos 271, n. 1, 280, n. 2, 334, 340, n. 2, 465, alínea, "a", 967, 1.422, n. 2, alínea "b", 2.186, 2.230 e 2.245, e, neste, os artigos 12, 122, 187, 1.336, inciso IV, e 1.638, inciso III. A freqüência mais evidente na lei civil portuguesa em comparação à brasileira provavelmente deva-se aos quase quarenta anos que separam a promulgação de ambos os Códigos, bem evidenciando a redução do campo operativo do conceito juridicamente indeterminado em questão ao longo dos tempos. O seu objetivo, entretanto, na maioria dos casos, guarda relação com a limitação da autonomia privada (CORDEIRO, 2007c, p. 1211).

[38] Neste particular, conforme observa António Menezes Cordeiro (2007a, p. 709), "[o] Direito Civil reconhece regras a que empresta um conteúdo jurídico, mas que, por razões de circunspecta tradição, nunca refere de modo expresso. Estão nessas condições as regras de comportamento sexual e familiar que, no fundamental, têm o seguinte conteúdo: não são admissíveis negócios jurídicos – excluídos os atos próprios do Direito da família e que a lei tipifica – que tenham por objecto prestações que envolvem relações familiares ou condutas sexuais".

[39] Consoante leciona Jorge Sinde Monteiro (1983, p. 464), "os bons costumes não devem ser vistos apenas pelo prisma de uma ética individual, antes de abranger o setor de uma ética de ordenação ('princípios de boa ordenação de uma sociedade'), em que se integram os deveres fundamentais das diversas profissões".

[40] Discorrendo sobre o princípio da boa-fé, mas em digressão que se mostra, da mesma forma, pertinente no que toca aos bons costumes, Judith Martins-Costa

que são verificadas no seu corpo social, apontando para valores inegavelmente consensuais e alargados, até mesmo como exigência de uma sociedade pluralista (FRADA, 2004, p. 843) e de um Estado Democrático de Direito.

Assim é que sua relação com os comportamentos humanos, nomeadamente como fonte de limitação da autonomia privada e, bem assim, de ilicitude, justifica-se no fato de que inobstante o ato consentido surja como um ato pessoal, tem relações necessárias com a coletividade.[41]

Por tudo isso, ter-se-á que a limitação do consentimento pelos bons costumes traz, no seu âmago, um intuito de proteção de um interesse de mais amplo espectro, baseado no senso comum coletivo vigente no corpo social, sendo que a sua própria essência conformará os limites da autonomia que o direito confere no marco da própria esfera do interesse autorizante (ESTEVILL, 1995, p. 534).

O grande problema surge justamente ai, porquanto, para concretizar o conceito em debate, na busca da proteção destes ditos valores *difusos*, não raro lança-se mão de preceitos de ordem moral,[42] o que se constitui em celeuma de

---

(2003, p. 79) esclarece que "o caráter situado do conhecimento e da compreensão, próprio dos fenômenos culturais, recobre a ciência jurídica, na medida em que essa constitui o resultado de um processo extraordinariamente laborioso e complexo de integração entre fatos e valores. Daí que toda a ciência jurídica 'si constituice contestualmente'. E se é constituída contextualmente, é porque 'la estrutura del Vorverständnis coglie la storicità e la localizzazione come dimensione intrinseche al conoscere'".

[41] Daí que, segundo parcela da doutrina, o que se objetivaria com a limitação pelos bons costumes é não permitir que uma ação individual possa afetar toda a sociedade ou, em outras palavras, especificamente no que toca à excludente de ilicitude em exame, impedir a legitimação de danos fundados na "*inmoralidad*" sob o fundamento de que não se pode aceitar que o consentimento da vítima possa excluir a ilicitude de fatos que "contravienen las más elementares normas de la convivencia social y son esa clase de prejuicios a los que el Derecho niega la possibilidad de que el mero consentimiento de la víctima o del que los padece les exonere de su antijuricidad" (ESTEVILL, 1995, p. 534)

[42] Isto é o que se observa, *v.g.*, nas lições de Manuel Cavaleiro de Ferreira (1988, p. 176), em especial quando o autor faz menção à "reprovação pela moral ou pela opinião comum (o sentimento geral sobre a moralidade [...])". O mesmo também pode ser verificado nas obras de Karl Larenz (1959, p. 591) e Luis Pascual Estevill (1995, p. 534).

difícil solução tendo em conta que, em sociedades plurais como as hoje em dia verificadas, não é possível pretender-se consenso no que toca aos princípios relacionados à moral privada susceptíveis de garantir a segurança jurídica (ROXIN, 1997, p. 530). Nisso reside a dificuldade de delimitação deste senso coletivo global que marcaria os contornos do conceito de bons costumes.

Tendo em conta estes marcos teóricos, o exemplo mais freqüentemente encontrado na literatura jurídica (LEITÃO, 2000, p. 312) envolvendo a relação entre consentimento do lesado e bons costumes diz respeito à impossibilidade de a aquiescência do ofendido justificar práticas sado-masoquistas causadoras de lesões. Não há, contudo, consenso a respeito, existindo parcela da doutrina (ROXIN, 1997, 530) que sustenta, nestas hipóteses, de modo contrário ao antes referido, a possibilidade de o consentimento justificar o ato lesivo, o que bem adianta a controvérsia existente acerca do tema.

É notório que na área relacionada a práticas sexuais, a progressividade da aceitação coletiva [ou seria melhor dizer da *indiferença* coletiva] das mais variadas tendências deve ser levada em conta, sendo certo que, para a delimitação do conceito de bons costumes, não há como se lançar mão de contornos muito rígidos acerca dos usos aceitáveis em sociedade. Daí porque propor Claus Roxin (1997, p. 530) que qualquer limitação por afronta aos bons costumes somente tenha lugar quando se possa depreender do próprio ordenamento jurídico uma clara reprovação legislativa em relação a determinada conduta, a qual, ainda, para tanto, deverá implicar menoscabo de bens jurídicos que não estão submetidos à disposição plena do seu titular.

Diante disso, é notório constatar-se que o âmbito de aplicação dos bons costumes como cláusula de limitação da relevância do consentimento do lesado está a se restringir cada vez mais, o que se deve, por certo, às crescentes pluralidades social e cultural hoje vivenciadas, as quais vêm a dificultar, em especial nos temas afetos a relações familiares e

práticas sexuais, a demarcação do que é contrário ou não ao senso coletivo comum que lhe dá conteúdo.

Daí porque a forma mais adequada de regulação do tema talvez empregue referência apenas aos princípios de ordem pública, dentre eles o da dignidade da pessoa humana, tendência esta acolhida pelo próprio artigo 81, n. 1, do Código Civil português quando trata da limitação voluntária dos direitos de personalidade, exemplo que bem pode ser seguido pelo legislador brasileiro.[43]

5 Formas Alternativas ao Consentimento Expresso

Além do consentimento expresso, regra geral na hipótese de exclusão da ilicitude em apreço, podem-se verificar duas formas alternativas de aquiescência, a saber: o consentimento tácito e o consentimento presumido. Aquele é extraível do próprio sistema, porquanto, em teoria geral do direito civil, as declarações de vontade, em regra, podem-se dar de forma expressa ou tácita; este, não obstante à ausência de regulação legislativa na ordem jurídica brasileira, em Portugal, vem tratado no n. 3 do artigo 340 do Código Civil, segundo o qual "tem-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua vontade presumível".

5.1 O Consentimento tácito e a importância da assunção dos riscos

A figura do consentimento tácito como causa excludente da ilicitude surge sistematizada na doutrina de forma intimamente ligada às atividades que, por natureza, envolvam risco, com os quais anui o agente ao delas participar, mesmo que não o faça por meio de declaração expressa.[44] Daí porque

[43] Esta é a posição defendida por Paulo Mota Pinto (2004, p. 428), o qual menciona as dificuldades que advêm do manuseio do conceito de bons costumes "em face da complexidade e da pluralidade de mundivivências das sociedades contemporâneas", referindo uma preferência pelo limite da ordem pública, não obstante em algumas hipóteses restem por induzir conseqüências iguais.

[44] Jorge Ribeiro de Faria (1991, p. 450) faz referência a "comportamentos sociais típicos" para designar o ato do sujeito consubstanciado na vontade de participar de

o exemplo doutrinal mais freqüente da sua ocorrência (LEITÃO, 2000, p. 312; MARTINEZ, 2004, p. 108; VARELA, 1998, p. 554) guarde relação com os danos advindos da prática de esportes perigosos, tais como o boxe, as artes marciais, o râguebi e, até mesmo, o futebol, as quais estariam justificadas pela excludente em exame.[45]

Nestes casos, segundo a construção desenvolvida, a aderência do agente à prática dessas atividades, sabendo dos riscos que elas envolvem, autorizaria o ordenamento jurídico a considerá-la como consentimento tácito relativamente a eventuais danos que pudesse vir a sofrer, excluindo-se, pois, a sua ilicitude.[46]

E esta possibilidade decorre do fato de que, como ensina José de Oliveira Ascensão (2003, p. 48), "as manifestações negociais podem fazer-se por meros comportamentos", os quais podem ser considerados como declarações em sentido amplo. Por isso é que, ainda segundo o autor, para a identificação deste fenômeno, ao invés da expressão declaração tácita, seria preferível a denominação "comportamento concludente"[47].

O direito positivo, não raro, lança mão da expressão "declaração tácita", como o faz, *v.g.*, o artigo 217 do Código Civil

---

determinada atividade, mesmo que perigosa, donde se pode extrair seu consentimento tácito em relação aos danos eventualmente verificados.

[45] Da mesma forma, na doutrina de Dieter Medicus (1995a, p. 733), é possível encontrar exemplo de consentimento tacito na hipótese daquele que aceita carona de condutor manifestamente desabilitado a conduzir. Na jurisprudência brasileira, é possível identificar caso envolvendo paciente que aceita submeter-se a tratamento experimental com determinado medicamento e, em decorrência, termina por sofrer alguma seqüela em razão disso. Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020090346. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 26 set. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2007.

[46] Consoante assinala Luis Manuel Teles de Menezes Leitão (2000, p. 312), o consentimento tácito será, por isso, aquele que "resulte de um comportamento concludente do lesado", o qual "envolve uma aceitação tácita e recíproca dos riscos de acidente".

[47] Esta também é a posição de Luis Manuel Teles de Menezes Leitão (2000, p. 312). Não há, contudo, consenso em doutrina, havendo quem sustente a diferença entre comportamento concludente e declaração tácita (PINTO, 1995, pp. 25 e ss).

português,[48] pelo que, por decorrência, a denominação consentimento tácito acaba sendo empregada, podendo, por lógica, ser associado às hipóteses em que se deduza dos fatos que, com toda a probabilidade, o revelem.[49]

Aqui, é oportuno que se distinga manifestação tácita de silêncio, já que, ao contrário daquela, neste não há qualquer externalização de vontade (ASCENSÃO 2003, p. 51); vale, contudo, como declaração negocial quando este valor decorra da lei, dos usos ou da vontade das partes, nos exatos termos dos artigos 218 e 111 dos Códigos Civis português e brasileiro.

Assim, em razão de tais pressupostos teóricos, é lícito afirmar que haverá, tanto no ordenamento português como no brasileiro, nestes casos, quando o comportamento do agente induza a exteriorização da sua aquiescência, efetivas formação e manifestação de vontade e não presunção acerca do consentimento (COSTA. 1991, 502). A diferença reside no fato de que a exteriorização dessa concordância não se dá de forma expressa, mas tácita, razão pela qual, segundo sustenta

---

[48] O Código Civil brasileiro, não obstante deixe de empregar em seu texto a locução "declaração tácita", traz diversos dispositivos que com ela guardam relação. São exemplos disso os seus artigos 191, 474, 659, 774 e 1.805, o primeiro deles, inclusive, fazendo referência à renúncia tácita da prescrição, definindo-a como aquela que "se presume de fatos do interessado, incompatíveis com a prescrição"; traz, assim, acepção bastante próxima daquela encontrada para designar declaração tácita no Código Civil português, comungando, ambos, pois, de mesmo conteúdo.

[49] Neste particular, a jurisprudência portuguesa já reconheceu que, para fins de exclusão da ilicitude, pode o consentimento ser "expresso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido", sendo que "nada permite concluir que tal expressão não possa configurar-se através de uma anuência tácita inequívoca, como é princípio geral de direito". (PORTUGAL, Tribunal da Relação de Lisboa. Recurso n. 0000592. Rel. Des. Sousa Nogueira. Julgado em: 23 abr. 1996. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 17 fev. 2008). Tanto que já foi reconhecido, mesmo que para efeitos criminais, a justificação das lesões decorrentes de prática esportiva (futebol), uma vez que tacitamente consentida por aquele que dela participa. Cfr. PORTUGAL. Tribunal da Relação de Coimbra. Recurso n. 39/00. Rel. Des. João Trindade. Julgado em: 16 mar. 2000. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 12 ago. 2008. Da mesma forma, a jurisprudência brasileira, ao reconhecer o consentimento tácito dos pais justificadores das lesões sofridas pelo filho que iniciou atividade como jogador de futebol nas categorias de base de determinado clube e, no seu desempenho, veio

parte da doutrina (BRIZ, 1962, p. 84), deverá ser interpretada restritivamente, incluindo apenas os danos estritamente presumíveis, situados dentro da margem de normalidade daquela atividade.[50]

Daí porque, no que toca às práticas esportivas que envolvam risco, é requisito à justificação que as lesões não decorram de conduta dolosa de quem as pratica, bem como que, na sua produção, não concorram condutas contrárias às regras do jogo (COSTA, 1991, p. 502). O fundamento desta posição, o qual se mostra acertado, é que, nestas hipóteses, a lesão extrapolaria os limites do consentimento decorrente da assunção dos riscos da atividade, porquanto estranhas à sua prática normal, não sendo dado ao participante, quando da aderência ao esporte, concordar que outros poderiam obrar com dolo na lesão ou que os seus regulamentos fossem desrespeitados.

Além disso, é forçoso concluir que os contornos do consentimento tácito deverão ser marcados pelo grau de conhecimento que o lesado tem dos riscos. Isto é, como já dito em momento anterior, a fim de que possa validamente formar e manifestar vontade, tal qual ocorre em relação ao consentimento expresso, mas, aqui, com maior relevo, o

---

a romper os ligamentos do joelho direito em campo, afastando, portanto, o dever de indenizar. E isso porque "na prática desportiva do futebol, por sua própria natureza, o atleta é suscetível a sofrer chutes, golpes e choques de parte de atletas do clube adversário que, muitas vezes, resultam em lesões, inclusive graves" (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70011788148. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Odone Sanguiné. Julgado em: 24 ago. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2007).

[50] Nesta linha, entendendo que o consentimento tácito legitima apenas os danos normalmente decorrentes de dada atividade, asseverou o Supremo Tribunal de Justiça português que "em termos de vida real, é absurdo dizer-se que consentiu na lesão a pessoa que, ao ir comprar leite, é mordida por um cão 'pastor alemão', que guardava o gado do dono" (PORTUGAL, Supremo Tribunal de Justiça. Recurso de Revista n. 085716. Rel. Cons. Cardona Ferreira. Julgado em: 20 jan. 1994. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 17 fev. 2008), afastando, com isso, a justificação das lesões sofridas pela vítima. Tal é assim porque, como destacado no próprio precedente, não era razoável ao ofendido pressupor que, ao dirigir-se àquele local, poderia ser mordido pelos cães que guardava o rebanho, tendo, com isso, assumido o risco em relação à ocorrência destas lesões.

lesado deve ter acesso a todas as circunstâncias que envolvem uma determinada prática que, em tese, venha a ser exposto, recebendo as oportunas informações a respeito, a fim de que dela decida participar com liberdade.[51]

Até porque a ausência ou insuficiência de informação podem inquinar o ato de vício de consentimento, pois a sua formação fundar-se-ia em premissa equivocada. Por essa razão, serão aplicáveis a respeito as disposições acerca do erro na formação volitiva que, assim como a ignorância, conduz à uma falsa representação da realidade (ASCENSÃO, 2003, p. 135), permitindo a manifestação de um consentimento verdadeiramente não desejado, já que correspondente a situação fática diversa daquela em que se daria.[52]

Sobre esta temática, é oportuno que se refira o caso das ações indenizatórias manejadas por fumantes que restaram com a saúde comprometida pelo consumo de tabaco. Abstraindo-se qualquer ponderação acerca da irrenunciabilidade dos direitos de personalidade – no caso, vida e saúde –, o

---

[51] Sobre a relevância dos deveres de informação, notadamente quando o consentimento envolva a assunção de riscos, oportuno referir decisão do Supremo Tribunal Administrativo português, o qual assentou que "os médicos dos estabelecimentos públicos de saúde têm o dever de prestar aos pacientes informações adequadas sobre a sua situação, as alternativas possíveis ao tratamento e a evolução provável do seu estado, em ordem a permitir-lhes uma opção esclarecida entre receber ou recusar os cuidados de saúdo propostos" (PORTUGAL, Supremo Tribunal Administrativo. Recurso Jurisdicional n. 042434. Rel. Cons. Vítor Gomes. Julgado em: 09 mar. 2000. Disponível em: <http://www.dgsi.pt>. Acesso em: 15 fev. 2008). A dificuldade, contudo, reside na amplitude do termo "informações adequadas", dada a extrema tecnicidade que envolve a ciência médica, bem assim todas aquelas que, da mesma forma, não obstante encerrem riscos, pressuponham conhecimentos específicos para a compreensão da informação. Exatamente por isso é que, na mesma linha da decisão antes referida, mas com conteúdo um tanto quanto mais restritivo, entendeu a jurisprudência brasileira que "informar o paciente do tratamento não quer dizer explicar todos os detalhes particulares que estão implicitamente conexos ou vinculados com o tratamento realizado segundo as *lex artis* ou que são inerentes à sua execução" (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70009865544. 9ª Câmara Cível. Rel. Des. Luís Augusto Coelho Braga. Julgado em: 31 ago. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2007), mas somente aqueles que forem necessários e suficientes à sua leiga compreensão dos acontecimentos.

[52] Ainda segundo José de Oliveira Ascensão (2003, p. 136), há que se diferenciar o erro na formação da vontade do erro na sua declaração. Enquanto naquele o erro

que poderia, de antemão, afastar a incidência da causa de justificação em estudo, o ponto central da contenda envolvendo companhias fumageiras e usuários reside, justamente, no fato de saber se aquelas se desincumbiram do seu dever de informar estes acerca dos riscos do consumo do tabaco, possibilitando, assim, uma real assunção tácita dos riscos, o que implicaria exclusão da ilicitude.

Isso porque, para fins de justificar os danos advindos do fumo, alegam as empresas produtoras que os malefícios advindos do cigarro são de conhecimento geral, não havendo, pois, dever de informar acerca daquilo cujo conhecimento é amplo e irrestrito. A este argumento são contrapostos aqueles manejados pelos consumidores no sentido de que, nas décadas de 40 e 50 do século XX, quando os hoje demandantes iniciaram o hábito de fumar, não só não se divulgaram informações acerca dos riscos do consumo, como, ainda, a partir de intensa publicidade, construiu-se uma *glamourização* em torno do ato de fumar, fazendo com que os consumidores, após já dependentes do produto, quando, já na década de 80 daquele século, iniciaram as campanhas governamentais de esclarecimento e informação, não mais conseguissem abandonar o vício.

No Brasil,[53] os Tribunais, não obstante a avaliação tenha de ser feita caso a caso, têm reconhecido, em algumas hipóteses, a responsabilidade das indústrias fumageiras sob a alegação de que não haveria como se falar em consentimento válido – excludente da ilicitude – quando as fornecedoras deixaram de informar os consumidores sobre os riscos do cigarro, ainda mais porque já naquela época dispunham

---

foi responsável por uma formação volitiva equivocada, neste, o agente exprime defeituosamente sua intenção, ou seja, "[a] intenção, aí, formou-se bem. O vício está apenas na externalização". Não obstante serem diversas, estarão sujeitas a regime análogo, tornando o consentimento dado irrelevante para fins de exclusão da ilicitude.

[53] Não se tem notícia de demanda semelhante em Portugal. A respeito da evolução da jurisprudência em outros países, nomeadamente na França, nos Estados Unidos e na Alemanha, ver obra específica de autoria de Cláudia Lima Marques (2005, p. 75 e ss).

dessas informações e se omitiram em as repassar, não sendo elas, naquele período, de conhecimento amplo e geral, como se pretendeu fazer crer.

Assim, resta assente que, com efeito, para fins de que o consentimento seja validamente prestado pelo agente ao aderir a determinada atividade que envolva riscos, necessário que tenha as informações a respeito destes, podendo bem avaliar a conveniência e oportunidade de praticá-la e, diante disso, arcar com estes riscos.

Em resumo, é usual exigir-se, para fins de justificação da conduta pela aquiescência tácita do ofendido, que os danos dela decorrentes estejam previstos dentro da normalidade daquela atividade determinada, não se admitindo que se aleguem riscos imprevisíveis ou que estavam fora da margem de suposição do autor do consentimento, com base nas informações de que ele dispunha a respeito.

Como se pôde até aqui delinear, a excludente do consentimento tácito vem, em grande parte, associada à assunção dos riscos de determinada prática, o que justificou, desta forma, a pretensão de dar-lhe autonomia jurídica. Esta tendência tem sido verificada, especialmente, em parte das doutrinas anglo-americana (*assumption of risk*), francesa (*acceptatios des risques*) e alemã (*Handeln auf eigene Gefahr*) (PROENÇA, 1997, p. 616), não obstante, inclusive nestes sistemas jurídicos, mesmo a par de uma relativa autonomia da figura da "assunção do risco", continue a se verificar a sua confluência com o princípio *volenti non fit iniuria* justificador da exclusão da ilicitude pelo consentimento tácito.[54]

Ocorre que esta pretensa autonomia, criadora de uma figura "nebulosa e heterogênea" (PROENÇA, 1997, p. 615),

---

[54] José Carlos Brandão Proença (1997, p. 616) destaca, inclusive, que a orientação dominante na doutrina estrangeira, após uma certa contenda, tem apontado para a recusa de uma posição autônoma da figura da assunção dos riscos. Ainda, consoante destaca o mesmo autor (1997, p. 620), no cenário jurídico português, o qual, em conjunto com o ordenamento brasileiro, é o objeto precípuo deste estudo, "[o] escasso tratamento que a nossa doutrina dedicou (e dedica) à 'assunção do risco' não fornece subsídios bastantes para que se possa descortinar uma tomada de posição sobre a *vexata quaestio* da autonomia da figura".

tem chamado a atenção para pontos que, ao que parece, passaram despercebidos da construção original formulada pela doutrina clássica, não obstante fossem identificáveis na tradição romana que os justificou. Isso porque, em especial no que toca às práticas desportivas e aos riscos a elas associados, corriqueiramente relacionados com o consentimento tácito do lesado, não obstante se verifique a suposta "atribuição de um poder de lesão" (PROENÇA, 1997, p. 614), pode-se constatar uma concomitante crença do sujeito de que esta não se verificará. Por isso é que, para muitos, pareceria irreal falar em consentimento tácito justificador de danos que, em verdade, o sujeito acredita que não se iriam concretizar (FRADA, 2006, p. 77).

Segundo Manuel Carneiro da Frada (2006, p. 77), a solução para a controvérsia está na adoção da teoria da direção da vontade,[55] largamente aceita pelo Direito Penal, nos termos da qual "a declaração não releva, pode até nem existir, importando, isso sim, a direcção da vontade de quem consente. Com isso, o consentimento do lesado amplia-se na direcção de outras figuras", restando por abarcá-las, dentre elas, a assunção de riscos.

Desta feita, pelo que parece, ao se expor ao risco inerente a determinada atividade, o lesado direciona sua vontade e assente na eventual ocorrência de danos a ela intrínsecos, os quais restam justificados por este comportamento, que deve ser interpretado como consentimento tácito (COSTA, 1991, p. 502), permanecendo as hipóteses em apreço abrangidas pela figura ora estudada, sem justificativa, ao menos a partir da construção teórica hoje existente a respeito, para a construção de uma figura autônoma.

Do esboço apresentado é possível extrair que a falta de regulamentação legislativa do tema no ordenamento brasileiro não representa entrave para que a figura seja reconhecida

[55] Para aprofundamentos sobre a teoria da direção da vontade e a sua operatividade em tema de exclusão da ilicitude pelo consentimento, ver os ensinamentos de Claus Roxin (1997, p. 534).

e aplicada, tal qual ocorre na realidade jurídica portuguesa, mesmo que com contornos oscilantes. Não obstante não se possa encontrar a mesma preocupação doutrinária com que o tema vem sendo tratado em Portugal, o fato de reconhecer-se, no Brasil, o consentimento do lesado como causa supralegal de justificação aliado à possibilidade genérica prevista no sistema de que as manifestações negociais possam ser expressas ou tácitas[56] aponta para uma uniformidade no tratamento das questões no âmbito comparativo proposto.

5.2 Presunção de consentimento: a atuação em interesse alheio

A mesma uniformidade aparente verificada nos ordenamentos português e brasileiro no que toca ao tratamento do consentimento tácito, porém, parece não poder ser afirmada em matéria de consentimento presumido.[57] Isso porque a inexistência de regra codificada no Brasil, ao contrário do que ocorre no Código Civil português, induz, não raro, a um tratamento jurídico díspar acerca de questões faticamente idênticas, o que se pode imputar, por certo, a essa ausência de regulação, o que bem demonstra não ser ela tão supérflua como sustentado por parte da doutrina brasileira (TOLEDO, 1984, p. 128).

Como já antes referido, o artigo 340, n. 3, do Código Vaz Serra estatui que "[t]em-se por consentida a lesão, quando esta se deu no interesse do lesado e de acordo com a sua

---

[56] Isso é o que se infere do artigo 107 do Código Civil de 2002, segundo o qual "[a] validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir".

[57] Segundo Délio Magalhães (1968, p. 112), o consentimento presumido foi primeiro tratado por Ernst Zitelmann; na seqüência, dedicou-lhe estudo monográfico Arndt, intitulado *Die mutmassliche Einwilligung als Rechtfertigungsgrund Strafr.*, sendo, entretanto que, segundo aquele autor, apenas com Edmund Mezger foi melhor desenvolvido, quando, então, restou associado à "gestão de negócios sem encargo". Em sentido contrário, Adriano Vaz Serra (1959, p. 108) identifica já na obra *Auschuluss der Widerrechtlichkeit*, de Ernest Zitelmann, publicada em *Archiv f. d. c. Praxis*, n. 99, p. 104 e ss, a até hoje aceita associação entre o consentimento presumido e a "gestão útil de negócios". A propósito, com extensa indicação bibliografia em língua alemã sobre o tema, ver as lições de Hans-Heinrich Jescheck e Thomas Weigend (2002, p. 413).

vontade presumível". Ou seja, constitui uma ficção de consentimento (MARTINEZ, 2004, p. 108) que a lei extrai do fato de a intervenção na seara alheia ter-se dado no interesse do próprio titular, ao contrário do que ocorre no consentimento tácito, em que a anuência prévia do ofendido existe, mas se exterioriza por meios outros que não uma declaração expressa. Por esta razão, tem sido tratado pela doutrina como uma causa de justificação *sui generis* (JESCHECK; WEIGEND, 2002, p. 413).

Daí porque estar a figura freqüentemente associada aos casos em que o titular dos interesses em causa não se encontra em condições de prestar seu consentimento, sem prejuízo de as circunstâncias concretas autorizarem presumir que, caso fosse transposta dita impossibilidade, o lesado, por certo, anuiria com a intervenção na sua seara juridicamente protegida.

Os exemplos mais comuns verificam-se, além dos casos de cirurgias de urgência realizadas sem a prévia aquiescência do paciente, os quais adiante melhor serão tratados, na hipótese daquele que arromba a porta da residência de um vizinho que se encontra em viagem para conter vazamento de água o qual, por certo, destruiria a residência antes do seu retorno (os danos causados na porta restam justificados pelo consentimento presumido do proprietário) ou do agente que abre correspondência de um amigo para fins de adotar providências imprescindíveis ao seu interesse, dada a sua impossibilidade momentânea de assim o proceder (MEZGER, 1946, p. 414). Ainda, é freqüente falar-se na hipótese do ato de correção praticado em relação a menor que se encontra sob os cuidados de pessoa distinta daquela que detém o poder parental (BRIZ, 1962, p. 84), bem como no caso de quem ofende corporalmente o náufrago que se encontra em estado de desespero para, com isso, poder salvá-lo da morte por afogamento (MEZGER, 1946, p. 414).

Diante disso, é possível afirmar, consoante o faz Edmund Mezger (1946, 414), que a antijuridicidade desaparece a partir do consentimento presumido, o qual pressupõe "um juízo de

probabilidade objetivo do juiz que expressa que o suposto lesado, se possuísse um completo conhecimento da situação de fato, teria, do seu ponto de vista pessoal, consentido na ação".

O fundamento dessa figura, em decorrência destas condições fáticas, guarda intrínseca relação com a gestão de negócios sem mandato (BRIZ, 1962, p. 84; FARIA, 1991, p. 450) ou, pelo menos, com situação a ela análoga (SERRA, 1959, p. 108), pelo que os requisitos de ambas terão íntima identidade (VARELA, 1998, p. 553). Surgem, assim, dois pressupostos imprescindíveis a que a ingerência na esfera jurídica alheia, nestas hipóteses, reste justificada (JORGE, 1995, p. 278): um primeiro - *utiliter coeptum* -, relacionado com a intenção do agente em agir no interesse do titular do interesse em causa, e, um segundo, consubstanciado na atuação consoante sua vontade real ou presumível.[58]

Neste aspecto, deve-se ter cuidado para que a formulação apresentada não induza em confusão entre vontade presumida do titular do interesse em causa e consentimento presumido. Isso porque a vontade do lesado pode ser efetivamente conhecida por parte daquele que atua acobertado pela excludente; tal, contudo, não faz com que se possa dizer que ele possui autorização para agir: a vontade é conhecida, mas o consentimento, em razão dessa vontade, é presumido. Noutros casos, porém, poderá a vontade ser presumível e, em decorrência desta presunção, também o consentimento ser implícito. Em suma, o consentimento sempre será presumido – se assim não for, a hipótese será de consentimento real –, sendo que a vontade poderá ser real ou presumida.

O importante é que essas presunções sejam pautadas por critérios objetivos (COSTA, 1991, p. 501), ou seja, que a partir de um "juízo do homem médio" possa-se valorar o caso

---

[58] Estes requisitos são aqueles estabelecidos pelos artigos 464 e 465, alínea "a", ambos do Código Civil português. Não discrepa o regime da gestão de negócios contido no artigo 861do Código Civil brasileiro, de igual forma aplicável na delimitação das hipóteses de consentimento presumido.

concreto e concluir que, naquela situação, seria razoável presumir o consentimento de qualquer pessoa, diante dos interesses postos em causa e da ponderação entre as conseqüências da atuação e da abstenção.

Se o agente tem, todavia, conhecimento da vontade real do titular do bem jurídico, mesmo que esteja pautada por critério subjetivo, contrária àquela extraível do senso comum, ela – vontade real – prevalecerá. Isso é o que ocorre no caso de, na premência de lesão a determinado bem jurídico de pequeno valor, o agente, sabedor da grande estima e afeição que lhe nutre o *dominus*, sacrifica bem jurídico patrimonialmente mais valioso deste, salvaguardando o primeiro. Talvez, a partir de uma ponderação objetiva, diante da desproporção entre o valor econômico dos bens, pudesse crer que o consentimento não existiria; diante, porém, do fato de conhecer a vontade real do proprietário, a presunção do consentimento resta autorizada.

A questão relacionada ao conhecimento da vontade real do agente e as conseqüências da sua contrariedade ao consentimento pautado por padrões objetivos apresentará alguma controvérsia quanto versar sobre bens indisponíveis.[59] Será imprescindível, desta feita, levar novamente em conta as ponderações já apresentadas quando se tratou da indisponibilidade dos interesses postos em causa, o que, por oportuno, adiante se fará.

Contudo, e daí a importância de que, desde logo, adentre-se no tema, as situações práticas relacionadas ao consentimento presumido justificador verificam-se, com maior freqüência, nas hipóteses de intervenções médicas de urgência, nas quais a vítima, não obstante careça de pronto atendimento

[59] Exemplo freqüente acerca do tema aponta para o caso daquele que agride alguém que se afoga com o fim exclusivo de salvar-lhe a vida e, depois, descobre que se tratava de um suicida; assim, mesmo que *a posteriori* venha-se a saber que a vontade do titular da proteção jurídica apontava em sentido contrário à atuação do agente, este permanecerá acobertado pela excludente em decorrência da natureza indisponível da vida. Nestas hipóteses, "o consentimento presumido prevalecerá até contra a vontade expressamente declarada" (MAGALHÃES, 1968, p. 114), isso em função da indisponibilidade, pelo lesado, do interesse jurídico em causa.

interventivo, não se encontra em condições de anuir com tal procedimento (LARENZ, 1959, p. 591).

Nestes casos, no ordenamento jurídico português, por força da regra explícita do artigo 340, n. 3, do Código Civil, o consentimento do lesado é presumido em decorrência da intervenção na sua esfera juridicamente protegida vir em seu benefício ou interesse, no caso, na manutenção da sua vida e saúde, justificando-se eventuais lesões que para tal fim maior sejam necessárias.

A situação é passível de maior controvérsia na ordem jurídica brasileira, em decorrência, como já asseverado, da ausência de regramento expresso. Tal, contudo, não impede que situações desta natureza sejam verificadas no mundo dos fatos e, desta feita, exijam respostas efetivas do sistema.

Daí decorrerá a necessidade de um maior esforço do interprete na tentativa de excluir a ilicitude do comportamento inicialmente contrário ao direito, justificando-o em razão da necessidade premente da intervenção e da impossibilidade da prévia anuência do interessado, quanto mais porque seu consentimento é presumível a partir de uma vontade também presumida sua (manter a própria vida).

Ocorre que a mencionada ausência de regulamentação do tema em preceito autônomo do Código Civil, tal qual existente no congênere português, tem conduzido a uma série de soluções díspares para casos idênticos, contribuindo para uma atecnia acerca da melhor solução jurídica para as hipóteses de intervenções médicas não expressamente consentidas.

A posição mais usualmente encontrada parece ser aquela que associa a intervenção urgente à ocorrência de um estado de necessidade justificador. Para parte da doutrina, seja civil (DIAS, 1950, p. 280), seja penal (PRADO, 2002, p. 276), no que segue acompanhada por parcela da jurisprudência,[60] nestes casos, "[f]undamenta-se o estado de

[60] Neste sentido, "Apelação cível. Responsabilidade civil. [...] Intervenção cirúrgica de urgência. Ablação do rim direito do autor. Solução emergencial, adotada no

necessidade, porque a conduta do médico visa afastar perigo atual ou iminente a bem jurídico alheio (vida do paciente), cujo sacrifício, nas circunstância, não era razoável exigir-se" (PRADO, 2002, p. 276).

A compreensão e o exame da viabilidade de tal solução jurídica pressupõem o conhecimento de como a matéria relacionada ao estado de necessidade vem tratada na ordem jurídica brasileira. O artigo 188, inciso II, do Código Civil, sem fazer referência expressa à excludente do estado de necessidade, refere que não constituem atos ilícitos "a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente".[61]

Ora, pelo que se vê, o dispositivo de regência faz menção expressa à necessidade de que os interesses sacrificados sejam alheios – leia-se, aqui, alheio ao sujeito que age e alheio ao sujeito que se beneficia do agir –, de modo que, na mesma linha do que vem sendo sustentado pela doutrina

---

decorrer do ato cirúrgico, com o fito de preservar a vida do demandante, sob risco iminente. Consentimento prévio do autor e dos seus familiares que não se afigurava necessário, nesse contexto, em face do estado de necessidade e da situação de perigo iminente [...]". (BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70005386727. 9ª Câmara Cível. Rel. Juiz Miguel Ângelo da Silva. Julgado em: 23 mar. 2005. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 13 abr. 2008).

[61] Na ordem jurídica portuguesa, por força do artigo 339, n. 1, do Código Civil, tem-se que "[é] lícita a ação daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro". Não obstante a regra nada diga expressamente a respeito, a doutrina tem entendido que "[o] estado de necessidade só se coloca se o sacrifício de bens patrimoniais for realizado no âmbito de uma esfera jurídica distinta daquela ameaçada por um perigo manifestamente superior", o que excluiria a possibilidade de coincidência entre a titularidade dos bens atingidos e daqueles que venham a ser sacrificados, tal qual ocorre nos casos de cirurgias de emergência desprovidas de consentimento prévio (LEITÃO, 2000, p. 276). Isto se extrai da conjugação das expressões "coisa alheia" e "quer do agente, quer de terceiro", o que autoriza a interpretar que aquela não pode dizer respeito a estes. Com base no mesmo raciocínio, João de Matos Antunes Varela (1998, p. 550) sustenta que "[s]e, para salvar interesse alheio, o agente sacrifica um interesse próprio [...], não é o estado de necessidade, mas a gestão de negócios ou a responsabilidade civil, que lhe facultará a possibilidade de indemnização dos danos que sofrer". Daí porque se conclui que a "coisa alheia" sacrificada não possa pertencer àquele que age acobertado pela excludente ou àquele que se beneficia da atuação justificada.

portuguesa, não é da melhor técnica interpretativa fazer coincidir na mesma pessoa a titularidade do bem jurídico atingido pelo ato acobertado pelo estado de necessidade com a titularidade dos interesses salvaguardados pelo agir tornado lícito pela excludente.[62]

Diante dessas ponderações, mostra-se inadequada a justificação dos atos cirúrgicos de urgência realizados sem o prévio consentimento do paciente com base no estado de necessidade, pois, para tanto, será necessário fazer coincidir na mesma pessoa a condição de lesado, de titular do bem atingido e de titular dos interesses salvaguardados pela ação justificada, o que não se mostra adequado.

Ainda no que toca ao tratamento dado pelo direito brasileiro ao caso das cirurgias não expressamente consentidas, a questão, do ponto de vista da dogmática jurídica, fica ainda mais controversa quando se atenta à regra contida no artigo 46 do Código de Ética Médica (Resolução n. 1.246/88, do Conselho Federal de Medicina), segundo a qual é vedado ao médico "efetuar qualquer procedimento médico sem o esclarecimento e o consentimento prévio do paciente ou de seu responsável legal, salvo em iminente risco de vida".[63] Isso porque, ao não fazer referência a qualquer das figuras especiais de exclusão da ilicitude, não obstante esteja a tratar do consentimento presumido, dá a entender que o profissional

---

[62] Ao que se tem conhecimento, a doutrina civilista brasileira silencia totalmente acerca destas hipóteses, nada referindo sobre a necessidade de que os interesses sacrificados sejam alheios ao agente e ao beneficiário do estado de necessidade. Talvez tal se possa inferir das lições de Sergio Cavalieri Filho (2006, p. 42), em especial quando afirma, sobre o estado de necessidade, que "[q]uando o direito de alguém está em conflito com o direito de outrem, a lei permite que o conflito seja resolvido pelo desaparecimento ou cessação transitória do direito menos valioso do ponto de vista ético e humano". Assim, ter-se-ia que a figura em exame pressupõe conflito de interesses de titularidades diversas, tal qual sustentado por parte da doutrina portuguesa (LEITÃO, 2000, p. 276).

[63] Não é diversa a regra do artigo 146, parágrafo 2º, inciso I, do Código Penal brasileiro, o qual, quando trata do crime de constrangimento ilegal, exclui o seu âmbito de incidência a hipótese de "intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida".

da saúde, nestas hipóteses, age no cumprimento de dever legal de zelar pela vida do paciente, o que, inclusive, negaria relevância jurídica à aquiescência do lesado.[64]

Também não parece ser esta a melhor interpretação, porquanto ao tratar a questão dentro da disciplina da excludente geral do exercício regular de direito ou do cumprimento de dever, deixa-se-lhe de impor os limites verificados quando tratada no âmbito do consentimento presumido do lesado – que a atuação ocorra no interesse do titular do bem jurídico em causa e de acordo com a sua vontade real ou presumível –, os quais decorrem da aplicação analógica do regime da gestão de negócios. A margem de atuação resta por apresentar-se demasiado lata, desconsiderando os interesses daquele a quem a ordem jurídica concedeu a disponibilidade – mesmo que parcial ou restrita – sobre os interesses protegidos, uma vez que, em prevalecendo essa interpretação, o objetivo primordial do agir não será a satisfação do interesse alheio, como na gestão de negócios, mas o cumprimento do dever daquele que age.

A única conveniência dessa interpretação – justificação pelo cumprimento de dever – reside nas hipóteses em que aquele que age tem conhecimento da vontade expressa do titular do interesse, a qual aponta para o dissenso quanto ao ato médico necessário, não obstante, à luz de preceitos objetivos, a melhor opção apontasse para a atuação consentida.

---

[64] Esta posição já foi acolhida por parte da jurisprudência brasileira ao assentar que "o profissional da saúde tem o dever de, havendo iminente perigo de vida, empreender todas as diligências necessárias ao tratamento da paciente, independentemente de consentimento dela ou de seus familiares", consentimento este que, no caso, em decorrência de convicções religiosas, apontava em sentido contrário à intervenção médica a ser realizada. O Tribunal, em razão disso, entendeu que falecia interesse processual ao nosocômio em buscar autorização judicial para agir em sentido contrário à convicção religiosa do paciente, pois, nessa hipótese, mesmo à vista do dissenso, estaria o médico agindo em cumprimento a dever legal. Neste sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020868162. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 22 ago. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 18 dez. 2007.

Esta hipótese coincide com os já referidos casos em que o paciente encontra-se em situação de urgência, carecendo de pronta intervenção; ocorre que, não obstante não se possa manifestar de modo expresso, sua vontade é conhecida e indica no sentido da não-realização do procedimento – seja cirúrgico, seja de transfusão de sangue – com freqüência por razões religiosas.

A solução, aqui, todavia, não reside no regramento que trata do consentimento presumido, o qual, como dito, deve ceder diante da vontade real do sujeito, mesmo quando pautada por critérios subjetivos, não obstante eventual vontade presumível a partir de preceito objetivo indicasse em sentido contrário. O controvérsia assentar-se-á na disponibilidade dos direitos envolvidos, nomeadamente à vista do princípio da dignidade da pessoa humana e do seu objetivo último de proteger o sujeito dele próprio, não sendo necessário que, para fins de negar relevância à vontade do lesado, tenha-se de recorrer à figura de justificação do exercício de dever.

Em sendo considerado disponível o direito, a vontade real prevalece, não havendo consentimento justificador; em prevalecendo, contudo, a tese da indisponibilidade, que, aliás, parece ser majoritária na jurisprudência,[65] mesmo não sendo acompanhada pela doutrina,[66] a ação será lícita, tudo se resolvendo dentro da figura do consentimento do lesado, sem necessidade de recurso a outros institutos.

---

[65] Exemplificativamente: BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Apelação Cível n. 20001556/RS. 3ª Turma. Rel. Juíza Vânia Hack de Almeida. Julgado em: 24 out. 2006. Disponível em: <http://www.justicafederal.gov.br>. Acesso em: 04 mar. 2008. BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 132720-4/9. 5ª Câmara de Direito Privado. Rel. Des. Boris Kauffmann. Julgado em: 26 jun. 2003. Disponível em: <http://www.tj.sp.gov.br>. Acesso em: 08 abr. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 70020868162. 5ª Câmara Cível. Rel. Des. Umberto Guaspari Sudbrack. Julgado em: 22 ago. 2007. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Acesso em: 08 abr. 2008, dentre tantos outros.

[66] Sobre o tema, ver, dentre outras, obra específica de Celso Ribeiro Bastos (2001, p. 495 e ss).

Diante do panorama apresentado, é notória a carência de regulamentação, na ordem jurídica brasileira, da figura do consentimento do lesado como causa excludente da ilicitude, notadamente na hipótese em que este consentimento não pode ser previamente colhido e a atuação se dá em benefício do próprio interessado (presumido), a exemplo do que fez o artigo 340 do Código Civil português, possibilitando, em decorrência disso, a sistematização da matéria e a solução harmônica das hipóteses que exijam a intervenção do direito a fim de serem resolvidas.

6 Conclusão

Encerrada a exposição, algumas ponderações merecem ser feitas no que toca ao tema proposto, em especial a partir da análise apresentada sobre a forma como se apresenta a relevância do consentimento do lesado em tema de responsabilidade civil nas ordens jurídicas em exame.

É notória a superioridade da regulação legislativa existente em Portugal em tema de responsabilidade civil. A legislação brasileira, mesmo sendo recente, apresenta uma série de falhas, designadamente no que toca ao conceito de ilicitude e às suas causas de exclusão (artigos 186 e 188 do Código Civil), exigindo atenção do interprete a fim de bem aplicá-las, sendo o exemplo português de grande ajuda.

O mesmo ocorre no que diz pertine à regulação do consentimento do lesado, mostrando-se equivocado o então caráter supérfluo que motivou deixar de introduzi-lo como causa de justificação no Código Penal brasileiro. Assim, também no direito civil em que, sem qualquer razão aparente, o tema vem sendo negligenciado, abrindo margem, diante da omissão legislativa verificada, para inúmeras confusões quando da sua aplicação, dada a completa desorientação dos operadores do direito na sua concretização.

De igual modo, o tema não vem merecendo a atenção necessária por parte da doutrina, o que ocorre, mesmo que

em menor grau, inclusive em Portugal. Isso porque o consentimento do lesado tem recebido, na maioria das vezes, restrito tratamento, diluído dentro do livro do direito das obrigações, quando do exame das hipóteses de exclusão do dever de indenizar, sem maiores ponderações a respeito, limitando-se, a maior parte dos autores, a fazer-lhe referência, com reprodução daquilo que expressamente consta já na lei civil.

É consenso, contudo, que, quando prestado, excluirá a ilicitude da conduta, afastando o surgimento do dever de indenizar, não como uma renúncia ao direito de crédito, mas como uma disposição do *diritto primario* em si.

As maiores controvérsias, seja em Portugal, seja no Brasil, dizem respeito aos limites da sua relevância, nomeadamente quando digam respeito a direitos indisponíveis, dentre eles os de personalidade, isto em decorrência das controvérsias existentes acerca do alcance desta (in)disponibilidade.

De igual modo, o regime jurídico alternativo ao consentimento expresso, consubstanciado nas formas tácita e presumida de aquiescência, é de aplicação prática bastante importante, sendo oportuno o seu adequado tratamento.

Como referido, a figura do consentimento tácito é de estruturação relativamente fácil a partir das regras gerais da teoria geral do direito civil, em ambas as ordens jurídicas analisadas, o que não pode ser de igual modo dito no que toca ao consentimento presumido; neste aspecto, a regulação portuguesa é exemplar (artigo 340, n. 3, do Código Vaz Serra), sendo exemplo a ser seguido pelo legislador brasileiro, solvendo o impasse hoje existente na doutrina e na jurisprudência deste país acerca da resolução dos casos práticos a ele correspondentes.

Assim é que se mostraria adequada uma revisão do artigo 188 do Código Civil de 2002, no sentido de nele incluir o consentimento do lesado como causa de exclusão da ilicitude, não só na sua modalidade expressa, mas também tácita e presumida, tomando-se, para tanto, como exemplo, o reconhecidamente eficiente modelo do artigo 340 do Código Civil português de 1966.

Referências

AMARAL, Francisco. Direito Civil: Introdução. 3ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Direito Civil - Teoria Geral. 2ed. Coimbra: Coimbra, 2003, vol. II.

BASTOS, Celso Ribeiro. Direito de recusa de pacientes submetidos a tratamento terapêutico às transfusões de sangue, por razões científicas e convicções religiosas. Revista dos Tribunais, São Paulo, a. 90, n. 787, p. 493-507, mai. 2001.

BELEZA, Teresa Pizarro. Direito Penal. Lisboa: AAFDL, 1980, vol. 2.

BRIZ, Jaime Santos. Derecho de Daños. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1962.

BRUTAU, José Puig. Fundamentos de Derecho Civil. Enriquecimento injusto. Responsabilidad extracontractual. Derecho a la intimidad. Barcelona: Bosch, 1983, t. II, vol. III.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Responsabilidade Civil. 6ed. São Paulo: Malheiros, 2006

CORDEIRO, António Menezes. Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais. Lisboa: Lex, 1997.

_____. Tratado de Direito Civil Português. 3ed. Coimbra: Almedina, 2007a, Parte Geral, t. I, reimp.

_____. Tratado de Direito Civil Português. Coimbra: Almedina, 2007b, Parte Geral, t. IV, reimp.

_____. Da Boa Fé no Direito Civil. 3reimp. Coimbra: Almedina, 2007c.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. Direito das Obrigações. 7ed. Coimbra: Almedina, 1998.

DE CUPIS, Adriano. Il Danno – Teoria general della responsabilità civile. 3ed. Milano: Giuffrè, 1979.

DIAS, José de Aguiar. Da Responsabilidade Civil. 2ed. Rio de Janeiro: Forense, 1950.

DÍEZ-PICAZO, Luis. Derecho de Daños. Madrid: Civitas, 2000, reimp.

ENNECCERUS, Ludwig. Derecho de Obligaciones. Atual. por Heinrich Lehmann. Trad. espanhola da 35ed. alemã por Blas Pérez Gonzalez e José Alguer. Barcelona: Bosch, 1935a, vol. II.

_____. Derecho Civil (Parte General). Atual. por Hans Carl Nipperdey. Trad. espanhola da 39ed. alemã por Blas Pérez Gonzales e José Alguier. Barcelona: Bosch, 1935b, vol. II.

ESTEVILL, Luis Pascual. Derecho de Daños. 2ed. Barcelona: Bosch, 1995, t. I.

FARIA, Jorge Ribeiro de. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 1991, t. I.

FERREIRA, Manuel Cavaleiro de. Lições de Direito Penal. Parte Geral. A lei penal e a teoria do crime no Código Penal de 1982. 3ed. Lisboa: Verbo, 1988, t. I.

FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e Deveres de Proteção. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. Direito Civil. Responsabilidade Civil. O método do caso. Coimbra: Almedina, 2006.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal. A nova parte geral. 4ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994

GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil. 9ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

JESCHECK, Hams-Heinrich; WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal: parte general. 5ed. Trad. espanhola de Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.

JORGE, Fernando Pessoa. Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil. Coimbra: Almedina, 1995, reimp.

LARENZ, Karl. Derecho de Oligaciones. Trad. espanhola de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1959, t. II.

LEITÃO, Luis Manuel Teles de Menezes. Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2000, vol. I.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. Código Civil Anotado. 3ed. Coimbra: Coimbra, 1982, vol. I.

LOURENÇO, Paula Meira. A função punitiva da responsabilidade civil. Coimbra: Coimbra, 2006.

MAGALHÃES, Délio. Causas de Exclusão do Crime. São Paulo: Saraiva, 1968.

MARQUES, Cláudia Lima. Violação do dever de boa-fé de informar corretamente, atos negociais omissos afetando o direito/liberdade de escolha. (parecer). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 97, n. 835, pp. 75-133, mai. 2005.

MARTINEZ, Pedro Romano. Direito das Obrigações – Apontamentos. 2ed. Lisboa: AAFDL, 2004.

MARTINS-COSTA, Judith. Ação indenizatória – Dever de informar do fabricante sobre os riscos do tabagismo (parecer). Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 92, n. 812, pp. 75-99, jun. 2003.

MEDICUS, Dieter. Tratado de las relaciones obligacionales. Trad. espanhola de Ángel Martínez Sarrión. Barcelona: Bosch, 1995, vol. I e II.

MEZGER, Edmund. Tratado de Derecho Penal. Trad. espanhola de Jose Arturo Rodriguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1946.

MONTEIRO, António Pinto. Cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade civil. Coimbra: Coimbra, 1985.

MONTEITO, Jorge Sinde. Estudos sobre a responsabilidade civil. Coimbra: Almedina, 1983.

PRADO, Luiz Regis. Curso de direito penal brasileiro. Parte especial. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, vol. 2.

PRATA, Ana. Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual. Coimbra: Almedina, 1985.

PROENÇA, José Carlos Brandão. A conduta do lesado como pressuposto e critério de imputação do dano extracontratual. Coimbra: Almedina, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil Atual. António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto. 4ed. Coimbra: Coimbra, 2005.

PINTO, Paulo Mota. Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico. Coimbra: Almedina, 1995.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: parte general. Fundamentos. La estrutura de la teoria del delito. Trad. espanhola de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, t. I

SANTOS, Maurício Macêdo dos; SÊGA, Viviane Amaral. O consentimento do ofendido na teoria do delito. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=988>. Acesso em: 12 abr. 2008.

SERRA, Adriano Vaz. Causas justificativas do fato danoso. Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n. 85, p. 104-109, abr. 1959.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 7ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

TOLEDO, Francisco de Assis. Ilicitude penal e causas de sua exclusão. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VARELA, João de Matos Antunes. Das Obrigações em Geral. 9ed. Coimbra: Almedina, 1998, vol. I.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Responsabilidade Civil. 6ed. São Paulo: Atlas, 2006, vol. IV.

Direito Administrativo

Burocracia e Estado Capitalista: Notas sobre a Reforma (Administrativa) de Estado

Marcelo Simões Pires Picarelli[1]

1 Introdução. 2 Administração Pública e Governo. 3 Burocracia e Estado Capitalista. 3.1 Do Estado Moderno à Reforma do Welfare State. 3.2 A Crise do Welfare State e a Proposta Neoliberal. 4 Análise Frankfurtiana da Reforma de Estado. 4.1 Estado e Economia sob a Perspectiva da Teoria Crítica. 4.2 Crítica da Reforma Neoliberal. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: A partir da década de 1980, tornaram-se evidentes, nos países capitalistas ocidentais, diversos processos de reforma no mais característico modelo de Estado do pós-guerra: o Welfare state. Confrontadas com a emergência dos mercados globais, tais reformas apresentaram um novo paradigma, não keynesiano, para a atuação econômica e social do Estado, a fim de enfrentarem a crise de (não)governabilidade por que estavam passando, representados por déficit público, inflação e desemprego. Essas reformas, ditas neoliberais ou pró-mercado, contêm também um aspecto especificamente administrativo, que apresentou como alternativa ao modelo burocrático weberiano a Nova Administração Pública (ou administração gerencial), que preconiza a adoção de princípios e instrumentos oriundos da iniciativa privada, com o intuito de tornar a atuação estatal mais eficiente. O presente artigo pretende efetuar uma discussão teórica, em nível de princípios da ação estatal, a fim de elucidar os requisitos e conseqüências das alterações na forma de atuação do Estado contemporâneo, de feição burocrática e de caráter social, levadas a cabo pelas reformas de Estado neoliberais. Para tanto, foi utilizada a matriz teórica da "Escola de Frankfurt", formuladora da Teoria Crítica, que apresenta uma abordagem marxista e freudiana, para analisar o papel da burocratização nas sociedades industrializadas ocidentais do pós-guerra. O ponto de partida é a análise da burocracia efetuada por Weber, e o desenvolvimento dos seus conceitos frente ao mundo contemporâneo, temas tratados por Marcuse e Habermas, dentre outros.

Palavras-chave: Burocracia. Escola de Frankfurt. Neoliberalismo. Reforma de Estado. Weber.

Abstract: Since the 1980's, that have been evident, in the occidental capitalistic countries, plenty reform process in the most characteristic post-war model

---

[1] Mestre em Ciência Política pelo IFCH/UFRGS no ano de 2001, com a dissertação: "Reforma (Administrativa) de Estado neoliberal e pesquisa de opinião como instrumento de avaliação dos serviços públicos: uma análise frankfurtiana", Graduado em Direito /UFRGS, no ano de 1997. Delegado de Polícia Federal, lotado na Delegacia de Polícia Federal em Santa Cruz do Sul/RS.

State: the Welfare State. Confronted with the global markets emergency, such reforms presented a new paradigm, not Keynesian, for economic and social performances of the state, to aim of confront the (not) governability crisis through what were passing by, represented by public deficit, inflation and unemployment. Such reforms, called neoliberals or pro-market, contain too a specific management aspect, that presents as option of the weberian bureaucratic model the New Public Management, witch proclaims adopting principles and instruments derived from private initiative, with the aim to become the state performance more efficiency. The present article aimed to do a theoretical discussion, on the level of principles of state performance, with the aim of make clear the requisites and consequences of the change on the contemporary state way of performance, from bureaucratic form and social character, realized by neoliberal state reforms. To that, was utilized theoretical matrix of "Frankfurt School", formulator of the Critical Theory, which presents a Marxist and Freudian approach, to analyze the role of the bureaucratic form in the industrialized occidental of post-war societies. The start point is the bureaucracy analysis realized by Weber, and the development of its concepts faced to the contemporary world, themes treated by Marcuse and Habermas, among others.

Keywords: Bureaucracy. Frankfurt School. Neoliberalism. State Reform. Weber.

1 Introdução

No final dos anos 1970, quando o mundo viveu a segunda crise do petróleo e a enorme inflação americana, o Federal Reserve (Banco Central dos EUA) elevou a taxa de juro americana a quase 20% ao ano, o que desestabilizou a economia global pelas décadas seguintes. Atribuiu-se aquela crise mundial a um excesso de regulação dos mercados por parte dos Estados, portanto, tal regulação passou a ser dissolvida paulatinamente pela visão hegemônica liberal, com a ilusão de que o mercado se auto-regularia e buscaria sempre pontos de equilíbrio para seu perfeito funcionamento. A função dos Estados deveria ser auxiliar os mercados a atingir tais pontos. O recente baque econômico da "bolha imobiliária" norte-americana de 2008 trouxe como conseqüência novamente grande intervenção dos Estados ocidentais nos mercados financeiros, visando a impedir o aprofundamento de uma crise sistêmica. Esta recente atuação dos Estados ocidentais

capitalistas tem sido apontada como o epitáfio da era Reagan e Tatcher, e sua visão "neoliberal".

Tal visão dominou os governos dos países com as principais economias mundiais durante os anos 1980 e a década seguinte, período em que a referida crise econômica trouxe como conseqüência o questionamento do modelo de desenvolvimento para os países ocidentais, afetando o rumo da política econômica em muitos Estados, permitindo a ascensão da visão liberalizante dos mercados. Na Europa, houve o rompimento do consenso keynesiano das décadas do pós-guerra, e, na América Latina, ocorreu o abandono do protecionismo da substituição de importações (SCHIRM, 1999). Com efeito, o tema de reforma do modelo de Estado dominou a agenda política internacional dos anos 1990, e é apontado como um desafio necessário, devido à crise de governabilidade por que estariam passando os Estados ocidentais, em seus aspectos econômico, social e, este último nos é relevante, administrativo.

O tamanho e o modo de intervenção do Estado na sociedade e na economia passou a sofrer reformulações significativas, como países da Organização para Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), sobretudo Reino Unido, Nova Zelândia, Austrália e os países escandinavos, organizaram processos de reforma de suas máquinas administrativas, imprimindo-lhes um caráter mais gerencial, inspirado nas experiências da administração privada. As correlatas reformas administrativas patrocinadas pelos organismos internacionais (em especial o Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento – BIRD) estruturaram-se tendo por base teórica a *Nova Administração Pública*, mais conhecida como *Administração Gerencial (ou Empreendedora)*, segundo Pereira (1997). Um de seus principais pressupostos é a *administração voltada para o cidadão*, que se define como modelo gerencial, cujo objetivo é oferecer serviços públicos de maior qualidade, atendendo melhor as demandas dos usuários de serviços públicos (COUTINHO, 2000, p.47).

Segundo Andrews e Kouzmin (1998), a Nova Administração Pública orienta-se pela Teoria da Escolha Pública, que foi desenvolvida por economistas neoclássicos da "Escola de Virgínia". O seu pressuposto é o racionalismo econômico, segundo o qual os indivíduos são maximizadores econômicos, motivados só pelo auto-interesse nas interações econômicas, políticas e sociais. Seus elementos são: o pressuposto do auto-interesse, a concepção de interações sociais como trocas no mercado e o individualismo metodológico.

A Escolha Pública pretende cumprir a tarefa de reconstrução do Estado, com o objetivo de ajudar as indústrias a competir nos mercados internacionais e a proteger os cidadãos das desigualdades dentro e entre os países, por meio das seguintes ações, conforme Coutinho (op. cit.):

a) Diminuição do tamanho do Estado: privatização, terceirização e publicização (passagem dos serviços públicos para organizações não-governamentais);

b) Desregulação da economia: adoção de mecanismos de mercado para regulação econômica;

c) Aumento da governança, entendida como capacidade do Estado tomar decisões efetivas: ajuste fiscal, administração gerencial, separação entre os órgãos que formulam e os que implementam as políticas públicas;

d) Aumento da governabilidade, entendida como capacidade política do Governo de intermediar interesses: via melhoria da democracia representativa e via introdução do controle social do Estado.

Tal orientação de Reforma de Estado, baseada na perspectiva empresarial, foi considerada justificável, devido ao sucesso que algumas empresas de ponta obtiveram implantando programas que valorizavam as necessidades dos seus clientes, em virtude do ambiente marcadamente competitivo em que passaram a operar com a (abertura dos mercados nacionais, proporcionada pela) globalização e com as mudanças tecnológicas ocorridas nas últimas décadas, devido à

revolução eletro-eletrônica. Decorrentemente, o racionalismo econômico apresentou-se como verdadeira base ideológica da globalização e das necessárias reformas de Estado (Andrews, Kouzmin, op. cit).

É relevante pontuar aqui que a discussão contemporânea acerca da reforma do Estado, especialmente em relação ao seu aspecto administrativo, impõe para a compreensão de sua abrangência a busca de formulações teóricas que abarquem o Estado, em suas relações com a sociedade, o mercado e a política (Diniz, 1998). Esse tema é tão controverso quanto abrangente (uma vez que abarca áreas da Ciência Política, do Direito, da Economia, da Administração e da Filosofia Política, além de outros ramos do conhecimento humano) e com grandes implicações quanto à forma e ao conteúdo da atuação do próprio Estado.

No presente artigo, será efetuada uma abordagem teórica acerca da administração estatal (com seu modo burocrático de atuação) e sua relação com o Estado capitalista contemporâneo, a fim de subsidiar programas de reforma que se pretendam auxiliares dos processos de gestão, e capazes de melhorar a eficiência da atuação do Estado, no contexto brasileiro. O objetivo geral do trabalho será demonstrar que qualquer proposta de reforma de Estado que tenha por fim aumentar a governabilidade (e a governança) do Estado, por meio de uma maior eficiência na sua atuação e na prestação dos serviços públicos, com reflexo na melhoria das condições de vida da população, não pode passar apenas pela dimensão técnica da forma de atuação do Estado, e simplesmente reproduzir as experiências do setor privado. Deve, antes de tudo, também superar questões epistemológicas e enfrentar uma reformulação dos princípios da ação estatal.

2 Administração Pública e Governo

Iniciarei traçando definições de alguns conceitos que instrumentalizarão a reflexão posterior. Para se apreender

o funcionamento das instituições, do título anteriormente posto, na sociedade ocidental capitalista contemporânea, começarei trabalhando o conceito de associação. Por este, compreende-se uma relação entre um conjunto de indivíduos, com uma regulação limitadora, enquanto a manutenção de sua ordem está garantida pela conduta de determinadas pessoas. Segundo Weber (1922), a administração de uma associação depende por completo da presença de um dirigente e, eventualmente, de um quadro administrativo que a organize. Dessa forma, considera que há uma associação quando a manutenção de sua ordem está garantida pela conduta de determinadas pessoas, destinada, em especial, para tal propósito: um dirigente e, eventualmente, um quadro administrativo que, conforme o caso, pode também apresentar-se com um poder representativo.

Nesse sentido, a associação não consiste em outra coisa que em "la existencia de la probabilidad de que pueda tener lugar una acción de personas dadas, cuyo sentido esté en el propósito de implantar el orden de la asociación" (Weber, 1922-1997:39). Ou seja, na possibilidade de uma ação conjunta com um fim, um propósito, em comum, qual seja, implantação de uma ordem. Se este tipo de ação orientada a um fim não está presente, configura-se uma relação social, mas não uma associação.

A ação da associação, portanto, é efetuada pelo seu quadro administrativo ou dirigida e planejada por este, e orientada a implantar, modificar ou manter uma determinada ordem. À medida que a associação vai crescendo há uma tendência a sua oligarquização, efetuada por meio de uma organização burocrática. Robert Michels (1911), estudando os problemas decorrentes da organização dos partidos políticos operários, percebeu que toda organização, à medida que cresce, tende a se burocratizar; é a denominada "lei de ferro da oligarquização". Dentro do Estado, não parece haver diferença. A burocratização, pois, apresenta-se numa temática inerente às questões relativas à administração do Estado, e no que consiste esta.

Chiavenato (1987, p.3) coloca que a palavra *administração* tem suas origens no latim (*ad*, direção para, tendência; *minister*, comparativo de inferioridade; e sufixo *ter*, subordinação ou obediência, isto é, "*aquele que realiza a função abaixo do comando de outrem, aquele que presta um serviço ao outro*"). Logo, em sua origem, a palavra administração significa função que se desenvolve *sob o comando de outro*, um serviço que se presta *a outro*. O vocábulo administração, em linhas gerais, abrange tanto a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de executar.

Conforme a teoria jurídica romano-germânica[2] do Direito Administrativo (Di Pietro, 1999, p.48), pode-se apontar que, seja nas relações entre particulares (ditas privadas) ou nas entre o Estado e um particular (ditas públicas),[3] os atos de administração limitam-se aos de guarda, conservação e percepção dos frutos dos bens administrados; portanto, não incluem os de alienação. Neles, há sempre uma *vontade externa ao administrador* a impor-lhe a orientação a seguir. Assim, na administração, o dever e a finalidade são predominantes; já no domínio, é a vontade. A administração, então, é a atividade daquele que não é senhor absoluto. Tanto na administração privada como na pública há uma atividade dependente de uma vontade externa, individual ou coletiva, vinculada ao princípio da finalidade. Portanto, não é errôneo, inclusive, afirmar que toda atividade de administração deve

---

[2] A família Romano-Germânica abrange países nos quais a Ciência do Direito se formou sobre a base do direito romano (oeste do continente europeu), concebendo as regras de direito como sendo regras de conduta, ligadas a preocupações de justiça e de moral. Caracteriza-se pelo estabelecimento de estatutos legais, formando um sistema, com regras gerais que devem ser aplicadas a cada caso concreto levado à justiça. A família da Common Law, característica dos países anglo-saxões, desenvolveu-se na Inglaterra e sua preocupação é dar solução a um processo em concreto, e não formular uma regra geral de conduta para o futuro. Sua preocupação imediata é o restabelecimento da ordem perturbada, e não a de lançar as bases da sociedade. É um Direito não escrito, baseado no costume, no uso e nas decisões das cortes de justiça. (David, 1993)

[3] Na Common Law, a Administração age como se fosse um particular, seguindo o regime jurídico de Direito privado.

ser útil àquele interesse que o administrador deve satisfazer. No caso da Administração Pública, a vontade decorre da lei que fixa a finalidade que deve ser perseguida pelo administrador, ou deveria.

Concebe-se que, em sentido subjetivo (MEIRELLES, 2000), a Administração Pública compreende tanto os órgãos governamentais supremos e constitucionais (Governo), aos quais incumbe traçar os planos de ação, dirigir, comandar; quanto os órgãos administrativos subordinados e dependentes (Administração Pública [*stricto sensu*]), aos quais incumbe executar os planos governamentais.

Infere-se, por conseqüência, que, na teoria jurídica nacional, a Administração Pública compreende 1) a função política, que traça as diretrizes governamentais e 2) a função administrativa, que as executa. Existe uma preponderância do Poder Executivo no exercício das atribuições políticas; mas não existe exclusividade no exercício dessa. Pode-se dizer que na organização administrativa do Estado brasileiro, por exemplo, as funções políticas repartem-se entre Executivo e Legislativo, com acentuada predominância do primeiro.

Feitas estas observações, será tomado por base o conceito de Administração Pública em sentido estrito, que engloba, num sentido subjetivo: as pessoas jurídicas, os órgãos e os agentes públicos que exercem a função administrativa; e, num sentido objetivo: a atividade administrativa exercida por aqueles entes. Toda esta atividade da função administrativa dá-se basicamente pela Burocracia do Estado, que será examinada a seguir.

3 Burocracia e Estado Capitalista

A burocracia apresentou-se, no século XX, como um dos mais relevantes temas dentro da Sociologia e da Ciência Política, possuindo como pano de fundo relações de poder e de controle. Esta problemática surgiu como preocupação intelectual no ocidente apenas no séc. XVIII, embora o fenômeno

seja muito mais antigo.[4] Um economista fisiocrático da época, Vicent de Gournay, utilizou o termo "burocrático" para designar o poder do corpo de funcionários e empregados da administração estatal, incumbidos de funções especializadas na monarquia absoluta, dependentes do soberano. O poder está aqui sendo utilizado como competência específica ligada a determinada tarefa.

No séc. XIX, o mesmo tema também assumiu conotação política, na medida em que passou a ser usado por liberais e radicais para criticar o formalismo, a altivez e o espírito da administração pública nos regimes autoritários, especialmente na Alemanha prussiana de Bismarck (1815-1898), o "Chanceler de Ferro". O uso crítico do termo que se institucionalizou na linguagem comum atual costuma indicar a proliferação de normas e regulamentos, o ritualismo, a falta de iniciativa, o desperdício de recursos, a *burocratização*, ou seja, a ineficiência das grandes organizações públicas e privadas. Aqui deve ser reafirmado que, conceitualmente, burocracia não se equivale à burocratização. Uma vez considerada como principal característica da burocracia (em seu tipo-ideal), a racionalidade de seu proceder, com decorrente centralização da autoridade e a impessoalidade dos comandos – em busca de uma maior eficiência na atuação de uma associação; por burocratização, pode ser entendido o advento de elementos de não-racionalidade, de fragmentação de autoridade e de personalismo (patrimonialismo) ou de despersonalização dos comandos.

> Burocratização significa proliferação de organismos sem conexão com as exigências gerais da funcionalidade, acentuação dos aspectos formais e processuais sobre os aspectos substanciais com a conseqüente morosidade das atividades e redução das tarefas desempenhadas,

[4] No antigo Egito, na Mesopotâmia e na China formou-se um Estado de caráter centralizado e despótico que realizava seu domínio, via domínio das águas, submetendo os cultivadores à direção de uma classe letrada de funcionários que planejavam e executavam o plano. (Tragtenberg. 1992, p.27)

> sobrevivência e elefantíase de organismos que não desempenham mais alguma função efetiva e, finalmente, triunfo da organização – a burocracia – sobre suas funcionalidades. (*Bencini*. In: *Bobbio et al.*, op. cit., p.130)

Para trabalhar o termo no presente artigo, partirei de uma das primeiras definições, que se delineou no século XIX, segundo Girglioli (*apud* Bobbio *et al.*, 1997), e que expressava uma concepção de Burocracia, procurando empregar o termo em um sentido técnico e não polêmico: trata-se daquele conjunto de *estudos jurídicos* e da *ciência da administração* alemães que versam sobre "*Bureausystem*". Este era o novo aparelho administrativo prussiano, organizado monocrática e hierarquicamente (a partir dos bureaus), em substituição aos velhos corpos administrativos colegiais (de característica estamental). Por esta tradição técnico-jurídica, o conceito de Burocracia designa uma teoria e uma praxe da administração pública que é considerada *a mais eficiente possível*, e tem sua legitimidade justamente baseada na *eficiência* com que trata a administração do Estado.

Portanto, a organização burocrática é uma específica variante moderna (com raízes iluministas) das soluções dadas ao problema geral da administração (tanto pública como privada). A burocracia é o tipo ideal de uma estrutura pura de dominação através de um quadro administrativo, isto é, da Dominação Racional-Legal. As categorias fundamentais para se apreender a atuação do quadro administrativo na dominação legal, segundo Weber (1997) são: *a) o exercício* (sujeito a lei) *continudado de funções*; dentro da sua *b) competência*, com atribuição dos poderes necessários para sua realização e com fixação estrita dos meios coativos eventualmente admissíveis e os pressupostos de sua aplicação. Acrescentado do *c) Princípio da Hierarquia Administrativa*: ordenação de "autoridades" fixas com faculdades de regu-lação e inspeção e com o direito de queixa ou apelação ante instâncias superiores, por parte das inferiores.

O integrante do quadro não é o proprietário da máquina administrativa, só possui o saber técnico, o que já é um

elemento de reforço à hierarquia. Assim, o grande instrumento da superioridade da administração burocrática é o saber profissional especializado, cujo caráter imprescindível está condicionado pelos caracteres da técnica e da economia moderna da produção de bens, em última instância, está condicionada pela ciência (racionalidade formal).

Para Weber, a industrialização e o capitalismo constituem as realizações decisivas dessa racionalidade ocidental, e essa, por sua vez, é responsável por distingui-los de modo fundamental de todas as outras formas de técnica e de economia que já existiram. Por tal análise, a racionalidade instrumental, encontra-se também institucionalizada na vida cotidiana da sociedade, traduzindo-se, no plano econômico, na ação calculada dos agentes econômicos (empresários) e na atuação competente da administração estatal (burocratas). Weber demonstrou que a razão econômica não se confinou à área da produção e circulação de mercadorias, mostrou que a calculabilidade e previsibilidade, características essenciais da racionalidade instrumental na economia, permearam também a esfera política, impondo-se inclusive como "razão de Estado".

Contudo, essa racionalidade para a organização da atividade da burocracia apresenta uma inerente disfunção estrutural, uma vez que a administração burocrática é aquela forma de organização social que, devido à sua constituição, não pode tematizar suas próprias premissas. Há uma rígida divisão entre aqueles que decidem e aqueles que executam as ações. Assim, a sua racionalidade, como imposição das normas estabelecidas e execução sem distorções por questões subjetivas ou pessoais, só se estabelece com a disjunção total entre as premissas da ação e o aparelho que as executa, com vistas a maior eficiência possível quanto ao agir (Offe, 1984). Eficiência, aqui, é vista como rígido cumprimento das normas estabelecidas, ou seja, subordinação confiável de ações a premissas.

Desse modo, uma vez preenchidos os requisitos formais, aquele que deve cumprir as ordens não tem o dever

nem a capacidade de questioná-las. Por conseqüência, apesar da certeza de que os mandamentos serão cumpridos, ocorre, para a organização, uma perda de capacidade de reflexão sobre a própria atividade que se está realizando, perde-se de vista o próprio fim almejado pela ação. Torna-se a regra da atuação burocrática o formalismo, ou seja, o culto à forma (quase sempre escrita) exigida para o agir e seus requisitos, acarretando uma perda de noção entre os fins e os meios.

Desde a afirmação da Burocracia como modo mais eficiente de administrar o Estado, emergiu a relativa problemática a partir da constatação de que ela é, ao mesmo tempo, um processo indesejável e irremediável. Indesejável, na medida em que se opõe à democracia plena, conduzindo as sociedades a uma democratização passiva, ou a um nivelamento entre dominantes e dominados. Irremediável, porque está associada ao fenômeno da democracia de massas, sendo uma forma possível de administrá-la em opo-sição à autonomia administrativa e democrática de pequenas unidades homogêneas, improvável em uma grande sociedade industrial (TRAGTENBERG, op. cit.).

Para se apreender de forma mais precisa, o que implica o fenômeno burocrático na atualidade, trabalhar-se-á com as transformações ocorridas a partir do Estado moderno, e com as origens e as relações da burocracia com o sistema de mercado e a produção capitalista.

3.1 Do Estado Moderno à reforma do Welfare state

A centralização política necessária para a formação do Estado Nacional Moderno – Estado unitário dotado de um poder próprio independente – tendeu ao absolutismo monárquico (GRUPPI, 1980), daí a íntima correlação que se fez do conceito de burocracia com centralização e autoritarismo. Com o desenvolvimento do capitalismo, nos séculos XVII e XVIII, a burguesia continuou sua ascensão econômica nos países europeus ocidentais. Os burgueses, conscientes de seus interesses, passaram a criticar o Antigo Regime.

Contestações liberais atuaram no confronto deste Estado absolutista, tendo por resultado uma forma de organização que se pode denominar Estado Liberal. Seus principais marcos instituidores no ocidente foram as revoluções Gloriosa (1688-1689),[5] a de Independência dos Estados Unidos da América (1781) e a Francesa (1789).

Seu fundamento teórico inspirador foi o Iluminismo, que, no caso francês, remete à Enciclopédia, à Era da Razão. O Iluminismo é um movimento de idéias cujas origens remontam até o séc. XV, e que vieram a se desenvolver especialmente no séc. XVIII. Esse movimento visava a estimular a luta da Razão contra a Autoridade, isto é, a luta da "luz" contra as "trevas". Constituía-se, pois, em uma filosofia militante de crítica da tradição cultural e institucional, cujo programa consistia na "*difusão do uso da razão para dirigir o progresso da vida em todos os aspectos*" (Binetti, *apud* Bobbio *et al.*, 1997:605). Os iluministas conceberam a idéia de Progresso como um contínuo e indefinível melhoramento institucional, econômico, moral e civil, abandonando a imagem (medieval) da história como uma decadência contínua e gradual. Tal melhoramento tenderia a ser tanto mais forte quanto mais a razão assumisse o papel de guia desse processo.

Por conseguinte, a Época das Luzes havia inspirado toda a Europa com uma irrestrita confiança no poder da ciência e da lógica para resolver, finalmente, todos os problemas (e emancipar os homens da condição da miséria) ilustrando a "infinita perfectibilidade" do ser humano. Para tanto, não existiria outra chave para se chegar à Utopia de Bacon[6] que não a organização racional para todas as questões que envolviam a sociedade. (DURANT, 1996)

---

[5] As tropas comandadas por Oliver Cronwel foram formadas segundo um New Model Army, isto é, os postos de comando desse exército eram conquistados pelo critério de merecimento militar e não pela origem de família. A adoção deste critério estimulou os combatentes, contribuindo para o fortalecimento da revolta liberal.

[6] Em Nova Atlântida, Francis Bacon professa uma sociedade na qual a ciência está a serviço do aperfeiçoamento da ordem social e da organização da vida das pessoas, com o objetivo de alargar as fronteiras do império humano para executar tudo o que for possível.

A esfera econômica tendia ao liberalismo, tendo a economia sido considerada como um dos principais instrumentos de racionalização da vida, e passado a ser vista como um meio na mão dos soberanos. A doutrina econômica tipicamente iluminista foi a *Fisiocracia*, que fundamentava a idéia da existência de uma ordem natural regida por leis eternas, às quais seria mais racional conformar-se, pois elas tenderiam a produzir a máxima prosperidade e harmonia possíveis, uma vez não obstadas. A legislação positiva editada pelo Estado, portanto, deveria favorecer a explicação da ordem natural, concedendo a máxima liberdade econômica.

O liberalismo também se caracterizou por ser uma concepção individualista, com os valores individuais sendo superiores aos coletivos. Uma concepção para a qual o indivíduo, e não os grupos, constituía a verdadeira essência da sociedade, e seria ele quem decidiria seu destino e faria a história. Sua orientação era a filosofia da libertação, porém, de um ideal realizado intelectualmente, não socialmente. A liberdade de comércio, a abolição de privilégios e imunidades (de origens feudais, concedidas em função de títulos nobiliários aos condes, marqueses etc.), a divulgação da cultura e a revisão do sistema fiscal eram as aspirações dos iluministas, e, mais especialmente, as aspirações da burguesia. Pode-se afirmar que o Iluminismo era a filosofia do terceiro Estado (no caso francês), mas não a do povo, em relação aos quais os *philosophes* nutriam certa desconfiança, enquanto não fosse realizada sua educação.

Juridicamente, os direitos individuais foram o principal baluarte (formal) deste período e apresentaram como fundamento, por um lado, a destruição das bases que sustentavam o complexo dos direitos medievais, e, por outro, o nascimento de novos conceitos de natureza ideal e social. A política absolutista, com sua tendência de poder sem limites e pela conseguinte abolição dos poderes intermediários (senhores feudais), colocou frente a frente o Estado e o indivíduo. A teoria jurídica dos direitos individuais foi a barreira de limite criada para a atuação do Estado.

Além das garantias dos direitos individuais (e superior a estas), o Estado liberal cuidou de assegurar um sistema geral de garantias do sistema, que se tornou possível graças à estruturação da Teoria da Constituição[7] (código jurídico-político com referência a um esquema *racionalmente* criado). Pode-se considerar uma estrutura como racional quando possui uma ordenação de órgãos e atos estabelecida de tal maneira que conduza a um objetivo previamente fixado, recebendo todas as partes da estrutura um papel funcional com respeito à finalidade prevista. A teoria constitucional resultou na divisão clássica dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) e no Estado de Direito.

Portanto, o Estado liberal não nasce no absolutismo, mas carregará consigo as conseqüências de um processo que nesse teve origem: havia começado o processo de racionalização da organização estatal, que se manifestou antes de tudo na ordenação burocrática da administração. Porém, foi deixado espaço de onde remanesceram partes irracionais no sistema, pois o processo racional não havia chegado ao cume do Estado, já que o rei o era "pela graça de Deus".

Quanto à questão específica da administração do Estado, pode-se dizer que a centralização administrativa no Estado Moderno foi patrocinada por setores da nobreza e da burguesia interessados no fortalecimento da autoridade do rei, pois assim o Estado se tornaria um instrumento mais eficaz para reprimir as revoltas camponesas contra a nobreza feudal, proteger a propriedade das terras e os privilégios da nobreza; bem como para melhorar as estradas e a segurança pública, uniformizar as moedas e padronizar pesos e medidas, criar leis e procedimentos jurídicos de âmbito nacional – tudo com vistas ao desenvolvimento do comércio. Assim, para estes grupos sociais, o Estado com poder centralizado representava

[7] Por Constituição, pode-se entender um conjunto de regras ou princípios (escritos ou não) que têm por objeto a estruturação do Estado, a organização de seus órgãos superiores e a definição de suas competências, ou seja, são as normas estruturais de uma dada sociedade política. (Bastos,1994)

um caminho para a construção de sociedades mais prósperas e seguras. Dentre os meios de controle político da monarquia, podemos citar, ao lado da burocracia administrativa, a força militar permanente, a unificação das leis e da justiça e o sistema tributário. Essa unificação tornou mais racionais as relações sociais, favorecendo a Revo-lução Comercial, que propiciou o acúmulo de riquezas neces-sário para a expansão marítima.

Já no Estado liberal burguês, resultante das revoluções do séc. XVIII, a administração também intervinha na sociedade, porém de forma mitigada em relação ao Estado absolutista; sempre que ela intervinha na esfera da propriedade e da liberdade o fazia vinculada a normas legais gerais (iguais em toda a circunscrição do Estado), que deveriam reproduzir aquelas encontradas na natureza das coisas.

O Estado também passou a atuar sob o império da lei, apresentando por características a separação entre a justiça e a administração, a crescente divisão do trabalho, assim como regras (gerais) para as atividades administrativas. Estas terminaram por conferir à administração liberal uma medida maior de previsibilidade e racionalismo em relação à medieval, facilitando os fluxos de comércio, favorecendo a Revolução Industrial. Contudo, no liberalismo, a administração não perde o elemento de força e poder autoritário que possuía no absolutismo: o Estado liberal reprime os movimentos revolucionários sociais de forma igualmente impiedosa, e assegura, da mesma forma, a disciplina laboral nas empresas privadas mediante intervenção da força pública. Garante, com seus meios coativos, a estrutura e a eficácia dos mecanismos que produzem a subordinação social. Os escritores liberais clássicos acreditavam que a liberdade e a independência eram as realizações mais valiosas da sociedade, e que mereciam ser protegidas, em todas as circunstâncias, contra as ameaças igualitárias da sociedade de massa gerada pela industrialização, uma vez que esta tenderia a levar à tirania (através da "legislação de classe") de uma maioria destituída de propriedade e de educação. (OFFE, 1983)

O Estado liberal, estruturado nesta versão clássica, apresentou-se em crise (final do séc. XIX e início séc. XX) pelo acirramento dessas contradições em sua estrutura, decorrentes, dentre outros fatores, do acelerado desenvolvimento industrial e de suas conseqüências sociais no período. Com a progressiva industrialização, pela passagem de um capitalismo competitivo para um capitalismo (nacionalmente) organizado, multiplicam-se as tarefas e a extensão da administração pública para dar conta de um insustentável estado de tensão nas cidades, por um desordenado processo de urbanização, de concentração de rendas, e pela questão do proletariado. No plano externo, o crescimento da produção industrial exigia cada vez mais a ampliação dos mercados consumidores, o que provocou uma ascendente concorrência econômica entre os grandes países industrializados, desembocando na Primeira Guerra Mundial (1914-1918).

A partir de então, a administração pública começa a intervir em quase a totalidade das esferas da sociedade e, sobretudo, no processo econômico. Através da nacionalização da educação, das estradas de ferro, dos serviços de correios e de comunicações, a administração passa progressivamente a gerir funções que anteriormente se encontravam nas mãos da iniciativa privada. Estabelece serviços públicos que são necessários para o funcionamento da sociedade industrial, mas que não podem ser prestados pelas sociedades privadas baseadas apenas na lógica da rentabilidade, devido à necessidade de planejamento e coordenação que exigem neste novo cenário.

Como conseqüência ou resposta da crise do Estado liberal, houve, paralelamente, uma tendência no período dos Estados industriais se democratizarem no aspecto político, produzida pela introdução do sufrágio universal e igual, ao mesmo passo em que se formou um corpo de funcionários públicos cada vez maior, cuja competência ultrapassava em muito os limites da administração do Estado liberal, e cuja independência pessoal frente ao governo democrático (do

qual há de ser simples órgão executivo) nunca havia sido tão ampla. Este processo perdurou com o fim da 2ª Guerra Mundial (1939-1945), tornando-se hegemônica até recentemente a concepção da necessária participação dos Estados na condução da economia. A construção de um Estado com separação (clássica) de poderes converteu-se em uma concentração de poderes nas mãos da burocracia, e o Estado judicial e legislativo foi substituído pelo Estado administrativo burocrático. Concomitantemente, porém, desapareceu quase por completo a contrapartida econômica da administração no formato do Estado liberal, ou seja, a sociedade de produtores livres, independentes e competidores: houve sua substituição por grandes uniões comerciais (cartéis, trustes e monopólios).

Portanto, os governos dos Estados foram irremediavelmente obrigados a atuar no plano interno da sociedade, a fim de manter a integridade do sistema (econômico e) social em seus países, uma vez que o sistema formal (jurídico), simplesmente com suas garantias (separação dos poderes e liberdades individuais), por si só, não cumpria sua função de manutenção da unidade e ordem social. Inicialmente na Inglaterra, e, depois pelo resto da Europa e do mundo, constatou-se a necessidade da existência de uma assistência social como condição para a reprodução da mão-de-obra, necessária para que o processo industrial perdurasse no tempo como sistema. Tal constatação é o conceito básico da política do Estado de Bem-Estar Social (*Welfare state*), de forma que este se caracteriza como garantidor de tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político (Regonini, *apud* Bobbio *et al.*, op. cit.).

Esse conceito estruturou a idéia de serviço público, variável no tempo e nas sociedades, mas que se exprime em geral nas atividades de interesse coletivo, cuja presença do Estado é imperiosa, que segue um procedimento de direito público. O *Welfare state* é a forma de Estado prestadora de serviços

públicos por excelência. Meirelles (op. cit., p.306) define serviço público como todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundários da coletividade ou simples conveniência do Estado.

3.2 A crise do Welfare state e a proposta neoliberal

Desde o fim da Segunda Grande Guerra, todos os grandes Estados industrializados tomaram medidas que estendiam a rede dos serviços sociais, instituíam uma carga fiscal fortemente progressiva e intervinham na sustentação do emprego ou da renda dos desempregados, aplicando uma política econômica keynesiana.[8] Essa representava uma maior participação do Estado no mercado interno, usando seus recursos, de maneira anticíclica como propulsores da produção: os gastos governamentais assumiam o mesmo papel dos investimentos privados, garantiam níveis mínimos de renda, em busca de um estado de pleno emprego.

O aumento destas intervenções trouxe como conseqüências: o aumento da cota do Produto Nacional Bruto destinada à despesa pública;[9] a transformação das estruturas administrativas voltadas para os serviços sociais em formas mais vastas e complexas; o crescimento em número e importância política da classe ocupacional dos "profissionais do

---

[8] John Maynard Keynes (1883-1946) observou que o curso normal do mercado parecia evidenciar uma sucessão de expansões e contrações, como se fossem ondas sucessivas, comparáveis a um "respirar econômico". E para tais flutuações, ditadas pela relação entre poupança e investimento, não haveria qualquer mecanismo de segurança. Aqui entraria o papel dos gastos governamentais: quando a economia estivesse em contração, os gastos públicos destinar-se-iam a gerar emprego, renda e poupança, necessários para realimentar o ciclo econômico e voltar à expansão. (Heilbroner, 1996)

[9] Tal aumento foi destinado sobretudo para formas de distribuição de renda. Numa economia de mercado (pura), a distribuição do Produto Nacional pelos diferentes habitantes de um país está condicionada tanto à disponibilidade relativa dos fatores de produção como aos seus níveis de produtividade. Isso significa que, à medida que critérios puramente econômicos de eficiência são considerados como único critério distributivo, a distribuição de renda gerada pelos habitantes do país

Welfare"[10] (professores, médicos, assistentes sociais etc.). Assim, o Estado liberal deu lugar a um Estado ao mesmo tempo social, porque assumiu o papel de garantidor dos direitos sociais e do pleno emprego; e burocrático, porque o faz através de burocratas. Contudo, o *Welfare state* keynesiano passou a apresentar sinais de desgaste, passando por uma crise de governabilidade, que se refletiu juntamente com a crise econômica dos anos 1980, conforme pontuado na introdução deste artigo.

O atual momento do sistema econômico mundial acentuou e reacendeu o debate acerca da crise da (não) governabilidade dos estados nacionais capitalistas, surgida já no final da década de 1960 (OFFE, 1979), reatualizando as questões relativas aos limites do crescimento econômico, e sua relação com o Estado (de bem estar) social. Pasquino (*apud* Bobbio *et al.*, 1997) pontua que, apesar da pouca sistematicidade dos estudos referentes ao tema, coexistem três tendências de hipótese para a tese da crise de governabilidade, às quais os autores, em geral, aderem (inclusive combinando-as):

a) A não-governabilidade se constituiria em um produto da sobrecarga de problemas aos quais o Estado procurou responder com a expansão de seus serviços e da sua intervenção, até o momento em que, inevitavelmente, surgiu uma crise fiscal. Por esta hipótese (O'CONNOR, 1973, *apud* Pasquino *et al.*, 1997), associa-se a não-governabilidade à crise fiscal do Estado.

b) A não-governabilidade constituir-se-ia num problema de acumulação, distribuição e redistribuição de recursos, bens e serviços aos cidadãos de um determinado Estado; porém,

---

pode não ser considerada socialmente aceitável, sobretudo no que diz respeito a grupos de indivíduos que não integrem a população economicamente ativa (devido à idade, por exemplo). Estes grupos teriam rendimento nulo se critérios puramente econômicos fossem utilizados, o que justificaria as atividades relacionadas ao pagamento de pensões e auxílios a aposentados ou à infância. (Rezende, 1983)

[10] Estes aperfeiçoaram as técnicas da descoberta e avaliação das necessidades sociais; assim, tornou-se mais claro o conhecimento do impacto das várias formas de assistência na redistribuição da renda e na estratificação social.

seria (de preferência) um problema de natureza política, ressaltando a importância da análise baseada em conceitos como autonomia, complexidade, coesão e legitimidade das instituições. Por tal dimensão (Huntington *et al.*, 1975, *apud* Offe, 1984): "*a governabilidade de uma Democracia depende do relacionamento entre a autoridade de suas instituições de Governo e da força das suas instituições de oposição*"

c) A não-governabilidade poderia ser definida como um conjunto de 1) uma crise de gestão administrativa do sistema, e 2) uma crise de apoio político dos cidadãos às autoridades e aos Governos. Ela seria a soma de uma crise de *input* e de uma crise de *output*. Por esta tese (HABERMAS, 1997), as crises de *output* teriam a forma da crise de racionalidade: o sistema administrativo não conseguiria compatibilizar, nem agilizar eficientemente, os imperativos de controle que lhe chegam do sistema econômico. As crises de *input* teriam a forma das crises de legitimação: o sistema legitimador não conseguiria preservar o nível necessário da lealdade da massa, impulsionando assim os imperativos de controle do sistema econômico que ele assumiu.

Dessa forma, diferentes efeitos sobre a governabilidade são atribuídos à emergência dos mercados globais, desde a eventualidade do fim da capacidade de ação do Estado keynesiano em regular a economia, até uma ameaça ao Estado de bem-estar (*Welfare-sate*) devido aos efeitos da concorrência global das vantagens locais. Em compensação, há na abordagem conservadora neoliberal uma expectativa de que a mundialização dos mercados traga novos impulsos ao crescimento econômico, à inovação tecnológica e um aproveitamento (realocação) mais eficiente de recursos disponíveis à produção (Boito Jr., 1999).

Decorrente disso, a questão da reforma do modelo de Estado passou a integrar a agenda política em nível mundial, a partir dos anos 1980, e é apontada como um desafio necessário devido à crise de governabilidade por que estariam passando os Estados ocidentais, em seus aspectos econômico,

social e administrativo. Compõe a agenda política destes países o debate sobre a redefinição do papel do Estado e a reestruturação da sua máquina administrativa.

Apesar das visões divergentes quanto à origem da crise de governabilidade, como se viu, há, porém, razoável consenso (O'CONNOR, 1973, HUNTINGTON *et al.*, 1975, HABERMAS, 1997), ao afirmarem que o Estado (com seus aparelhos ideológicos e administrativos) transformara-se na principal referência das atividades políticas dos cidadãos e grupos, e que o fato de ele intervir de maneira crescente e sutil na sociedade incidira sobre as fontes de sua legitimidade.

Além dessas mudanças de força dentro do Estado, houve mudanças de força entre Estados. Um cartel de países do 3º Mundo tornou cada vez mais difícil a aquisição, a baixo custo, de matérias-primas e de fontes energéticas, introduzindo um fator de forte desequilíbrio na acumulação e distribuição de recursos por parte dos sistemas políticos ocidentais. As graves crises do petróleo de 1973 e 1979 (depois das quais o barril do petróleo passou em média de US$ 2,80 para US$ 9,46[11]) são o exemplo mais acabado desses acontecimentos. Havia chegado ao fim o ciclo econômico mais intenso da história das economias capitalistas, baseado no intenso uso de recursos naturais de países periféricos, a baixo custo (KURZ 1996). Um dos efeitos políticos dessa crise foi a resistência dos cidadãos e dos grupos organizados dos sistemas políticos ocidentais das economias centrais que, habituados a um crescimento constante e ininterrupto, desde o final dos anos 1950 até o início dos anos 1970, de improviso, enfrentaram uma parada e, posteriormente, um regresso no seu nível de renda. Para manter afastadas as conseqüências desagradáveis e aproveitando a possibilidade de participação, cidadãos e grupos fizeram constante pressão junto aos seus respectivos Governos para que os serviços sociais fossem mantidos nos mesmos níveis. Os países capitalistas ocidentais

[11] Conforme Kucinski e Branford, 1987, p.119.

sofreram, no anos 1980, os intensos efeitos das mudanças econômicas, cujo principal reflexo foi a inflação,[12] gerada pela política econômica norte-americana no período: elevação da taxa de juros pelo Federal Reserve, de uma forma sem precedentes (KUCINSKI, BRANFORD, 1987).

Portanto, a crise econômica dos anos 1970 proporcionou espaço para que a teoria econômica neoliberal tivesse uma súbita credibilidade frente ao aparente fracasso do keynesianismo, começando uma escalada em sua hegemonia intelectual e ideológica a partir da vitória política eleitoral conservadora em importantes países de economias centrais, cujos principais exemplos são os governos Tatcher (GBR, 1979) e Reagan (EUA, 1980).

A resposta encontrada, a partir dos anos 1980, por quase todos os países capitalistas (em especial os da OCDE) para a crise do Estado foi a adoção de políticas monetárias que propunham a um só tempo combater a inflação e realizar o ajuste do balanço de pagamentos com taxas de câmbio flutuantes, quase sempre acompanhadas de políticas fiscais pró-cíclicas (FIORI, TAVARES, 1993). A receita (a desregulação de mercados financeiros e do trabalho, a desmontagem das fronteiras econômicas nacionais e a privatização das empresas e dos serviços públicos) formatou-se tendo como principal fonte teórica o economista austríaco Friederich von Hayek e, o prêmio Nobel de economia de 1989, Milton Friedman (BOITO JR., op. cit.).

No que diz respeito mais especificamente ao aspecto administrativo, nos anos 1990, o debate acerca da crise da falta de governabilidade, inserida na chamada Crise de Estado, evoluiu ao ponto de transformar-se em pauta da agenda política mundial: tornou-se uma assembléia geral nas Nações Unidas, o "*World Development Report of 1997, The State in a Change World*", sendo que seu nome original seria "*Rebuilding*

[12] O combate à espiral inflacionária, em geral, foi prioridade durante este período, especialmente na América Latina; no Brasil perdurou até o Plano Real, em 1994.

the State". A partir desta, o Banco Mundial e o Banco Interamericano de Desenvolvimento tornaram prioritários os empréstimos para reforma do Estado. Por conseqüência, muitos países criaram ministérios ou comissões de alto nível encarregadas de tal tarefa, e da correspondente reforma administrativa do Estado.

Por Reforma de Estado, entende-se o abrangente processo de mudança a que vem sendo submetido o Estado (em especial o *Welfare state keynesiano*) e que tem redefinido seu modo e suas áreas de atuação na economia, suas formas de intervenção na realidade e, sobretudo, seus mecanismos de financiamento. O objetivo é efetuar mudanças estruturais que habilitem o Estado a conduzir sua sociedade no atual estágio dos mercados integrados, das plantas industriais descentralizadas e da limitada intervenção dos Governos no funcionamento dos mercados (SANCHES, 1997).

As abordagens dos teóricos conservadores sobre a crise (HUNTINGTON, CROIZER, 1975) vêem as causas da não-governabilidade nos dispositivos institucionais da democracia de massa do Estado social, apresentando-a como resultado do processo político democrático. O alargamento dos direitos políticos e civis teria se revelado no fracasso estatal em lidar com um excesso de expectativas, não capazes de serem satisfeitas através de seus poderes legais de intervenção. Como solução para o caso, seria exigível do Estado que aumentasse sua capacidade de direção, e desempenho, e que se aliviasse a sobrecarga sobre o sistema. Essa abordagem é muito seguida, uma vez que foi a adotada pelo Banco Mundial quando financiou países nos programas de reforma do Estado (Rio Grande do Sul, 1995 e 1997; Brasil, 1995).

Por esta análise utilizada, a necessidade de reconstruir o Estado é colocada como exigência da globalização da economia e da crise do Estado, e sua tarefa é a de ajudar a indústria a competir nos mercados internacionais e proteger os cidadãos das desigualdades dentro e entre países. O diagnóstico apontado para a crise afirma que sua origem está na

a) crise fiscal, uma vez que prejudica a capacidade de investimento do Estado; na b) crise do modelo de intervenção do Estado, esgotamento do modelo de welfare state keynesiano, na Europa, e de substituição das importações, na América Latina; e na c) crise do modelo burocrático na administração pública, causa dos altos custos e baixa qualidade dos serviços públicos. (Coutinho, op. cit.)

Quanto à reforma do modelo burocrático, há o pressuposto de que o crescimento do tamanho do Estado (que o leva a ter déficit) é um mal inerente à burocracia, uma vez que os servidores públicos agem apenas na busca da satisfação de seus interesses pessoais (comportamento de *rent-seeking* preconizado pela Teoria da Escolha Pública, abordada na Introdução), o que ocasionaria a tentativa de aumentarem os recursos destinados a seus departamentos para, assim, possuírem cada vez maior poder. Desse modo, apontam as formas de Estado social burocrático como causa da atual crise de Estado, pois gerou a crise fiscal que impediu a sua capacidade de investimento, levando ao mau funcionamento do mercado (PEREIRA, op. cit.).

Produtos dessa direção reformista para a administração do Estado, pró-mercado, tomaram fôlego e passaram a se manifestar cada vez mais no ambiente da administração pública em geral, na gestão do Estado, seguindo a *Nova Administração Pública*. São exemplos os programas de Quali-dade Total dentro do serviço público, a preocupação maior com a participação dos cidadãos (agora equiparados a consumidores) na sua gestão, e a adoção de conceitos como "*downsizing*" e flexibilização.

A fim de analisar a proposta neoliberal apresentada anteriormente, e de se alcançar o objetivo geral do artigo, é fundamental examinar o papel que a burocracia desempenha no Estado capitalista contemporâneo. Para tanto, será utilizada a matriz teórica elaborada pela Escola de Frankfurt, que será abordada a seguir.

4 Análise Frankfurtiana da Reforma de Estado

Para o presente trabalho, como resultado da procura por uma alternativa ao positivismo e ao marxismo, será utilizada a *Teoria Crítica*, produto da denominada "*Escola de Frankfurt*". Tal teoria apresenta uma leitura racionalista e emancipatória da sociedade, com reflexões acerca da razão e da ciência, a respeito da contemporânea cultura de massas e com preocupações quanto aos problemas estruturais dos estados capitalistas. Considera-se esta abordagem relevante e não convencional para uma temática que abrange cada vez mais aspectos, o que leva a uma ampliação do foco de análise das questões, chegando até mesmo ao nível filosófico. Os frankfurtianos mais proeminentes, Jüergen Habermas (1994, 1997) Max Horkheimer, Herbert Marcuse (1998), Theodor Wiesengrund-Adorno e Walter Benjamim, são consi-derados filósofos sociais, e suas teorias se constituem na base sobre a qual o referencial teórico da Escola de Frankfurt será construído.

O termo "Escola de Frankfurt" refere-se simultaneamente a um grupo de intelectuais e a uma teoria social. Com este termo procura-se designar a institucionalização dos trabalhos de um grupo de intelectuais marxistas, não ortodoxos, que se reuniu na década dos anos 1920, e que, a partir de então, permaneceu à margem de um marxismo-leninismo "clássico", seja em sua versão teórico-ideológica, seja na sua linha militante e partidária. Poderíamos defini-la basicamente como um resultado de três fatores: um acontecimento histórico (criação do Instituto de Pesquisa Social – *Institut fuer Sozialforschung*, em 1923), um projeto científico (Filosofia Social) e uma atitude (a *Teoria Crítica*).

O objetivo do *Institut* era institucionalizar um grupo de trabalho para a documentação e a teorização (tendo por base o marxismo) dos movimentos operários da Europa do começo do séc. XX. Na década de 1930 os membros do Instituto efetuaram um estudo empiricamente orientado (Estudos sobre a Autoridade e a Família – *Studien zu Autoritaet und Familie*,

1936) que procurou obter informações sobre a estrutura de personalidade da classe operária européia. A pesquisa era relevante, eis que, segundo os teóricos de Frankfurt, essa classe teria perdido a consciência de sua missão histórica, submetendo-se a formas de dominação e exploração totalmente contrárias ao seu interesse emancipatório. A busca de uma integração da teoria marxista com o freudismo constituiu a preocupação central do trabalho e uma vertente central dos membros da Escola desde então.

A abordagem psicanalítica se justificava, portanto, para se elaborar uma teoria social que deveria partir do indivíduo.[13] Este, por sua vez, não era mais concebido do mesmo modo que os iluministas, como um ser plenamente consciente de seus atos e racional em todas suas escolhas na vida uma vez educado. Foi redefinido a partir dos trabalhos da psiquiatria, que definiu o papel do inconsciente nas atitudes do ser

---

[13] Marcuse (1998, p.94), posteriormente, argumentou da obsolescência do próprio modelo psicanalítico clássico para analisar a sociedade contemporânea. Conforme tal modelo, o pai e a família dominada pelo pai eram o agente da socialização psíquica do indivíduo, contudo, estes perdem seu valor, uma vez que a sociedade passou a agir diretamente, através dos *mass media*, dos agrupamentos escolares e esportivos, dos bandos de jovens etc., sobre o ego que está se constituindo. Esse declínio do papel do pai sucede à decadência da empresa privada e familiar: o filho é cada vez mais independente do pai e da tradição familiar na escolha e na procura de um posto de trabalho e na maneira de ganhar a vida. As obrigações e o comportamento socialmente necessários já não são aprendidos – interiorizados – na longa luta com o pai: o ideal do ego é muito mais levado a agir diretamente e "de fora" sobre o ego, antes ainda que este tenha se constituído de fato como sujeito pessoal e (relativamente) autônomo da mediação entre o próprio eu e os outros. Como conseqüência, dá-se a formação das massas, cujos traços, conforme Freud, são: "desaparecimento da personalidade individual consciente, orientação dos pensamentos e sentimentos na mesma direção, preponderância da afetividade e da vida psíquica inconsciente, tendência a executar imediatamente as intenções que surgem". (MARCUSE, op.cit., p.97). Marcuse pontua que os sinais de regressão da consciência de indivíduo à consciência de bando, constatados por Freud, parecem poder ser observados de fato nos domínios da avançada sociedade industrial: a "antena em cada casa, o rádio em cada praia, a vitrola em cada bar e restaurante são todos gritos de desespero para não ficarmos sós, separados dos grandes, condenados ao vazio, ao ódio ou aos sonhos do próprio eu". A consciência moral e a responsabilidade pessoal degeneram "objetivamente" sob as condições da burocratização total, nas quais é extremamente difícil atribuir-se ainda uma autonomia e em que o funcionamento do aparato determina a autonomia pessoal, pondo-se acima dela. Esta discussão terá profundos reflexos na teoria de comunicação de massas.

humano, como dos impulsos irracionais, sobretudo a libidó, urgência de morte, as manifestações neuróticas etc. (JAY, 1986)

O estudo acerca da autoridade influenciou decisivamente no redirecionamento do interesse original do Instituto, de documentar *como* a classe operária enfrentava as crises específicas do capitalismo do começo do séc. XX, para um interesse teórico de se descobrir o *porquê* de a classe operária não ter assumido o seu destino histórico de revolucionar a ordem estabelecida. Essa explicação era buscada na conjugação das macroestruturas capitalistas com as microestruturas da família burguesa e proletária.

Para uma abordagem mais completa quanto à origem da Escola de Frankfurt, a passagem de suas fases (fundação, exílio e volta à Frankfurt), o desenvolvimento de suas idéias, bem como do alcance da Teoria Crítica: vide Assoun (s.d.), Freitag (1994), Jay (1986).

4.1 Estado e economia sob a perspectiva da Teoria Crítica

A *Teoria Crítica* apresenta falta de critérios válidos para conseguir enquadrá-la em seu conjunto, uma vez que ela não tem para si própria nenhum outro requisito específico a não ser o interesse das massas na supressão da injustiça social, em função da qual se define. Apesar disso, o conteúdo teórico dos trabalhos dos autores frankfurtianos orbitaram (sem unidade) em torno de três eixos temáticos: 1) a dialética da razão iluminista e a crítica da ciência;[14] 2) a dupla face da cultura e a discussão da indústria cultural;[15] e 3) a questão do Estado e suas formas de legitimação. Este terceiro eixo

[14] O programa do Iluminismo consistia no desencantamento do mundo. Os iluministas queriam dissolver os mitos e fortalecer as impressões através do saber. Mas o saber produzido pelo Iluminismo não conduziu à emancipação e sim à técnica e à ciência modernas, que mantêm como seu objeto (o homem e a natureza) uma relação ditatorial.

[15] A Escola de Frankfurt contribuiu de forma decisiva para o desenvolvimento e o estudo da comunicação (de massas), sobretudo através dos trabalhos de Jürgen Habermas. Este pontua que na sociedade industrial moderna, o divórcio entre os

conduzirá o estudo, a partir daqui, para que sejam abordadas as implicações da forma de atuação burocrática no Estado capitalista contemporâneo. Será abordado, decorrentemente, o aspecto da intervenção do Estado na economia

Os teóricos de Frankfurt abordaram o crescente intervencionismo estatal na economia e ressaltaram a tese de que nenhuma economia industrializada moderna – fosse ela capitalista ou socialista – seria capaz de dispensar a grande presença reguladora do Estado. (Marcuse, op. cit., p.116). Com base em reflexões resultantes da análise das causas e conseqüências das Duas Grandes Guerras, acordaram que o Estado nacional não mais poderia assumir a postura de mero espectador da livre dinâmica das forças econômicas, preconizado pelo pensamento liberal.

Caberia a ele uma progressiva e crescente participação na gestão da economia nacional, e também na manutenção do equilíbrio internacional, uma vez que a livre concorrência não apresentava mais condições de servir como princípio regulador da economia nacional, devido ao fato de ela ser válida numa fase em que as crises se limitavam à falência

---

modos de vida e as verdadeiras aspirações humanas é tão grande, que um novo gênero de repressão suplementar (diferente do medo de perder o emprego ou status) se faz necessário: a moldagem da psique. A própria vida subjetiva se torna objeto de manipulação e controle, sobretudo no nível do inconsciente (MERQUIOR, 1969, p.27) A nova produção cultural não é, pois, simplesmente mais um ramo da produção na diversificada produção capitalista, ela foi concebida e reorganizada para preencher funções sociais específicas, antes preenchidas pela cultura burguesa, alienada de sua base material. A nova produção cultural apresenta a função de ocupar o espaço do lazer que resta ao operário e ao trabalhador assalariado depois de um longo dia de trabalho, a fim de recompor suas forças para voltar a trabalhar no dia seguinte, sem lhe dar trégua para pensar sobre a realidade miserável em que vive. A indústria cultural, além disso, cria a ilusão de que a felicidade não precisa ser adiada para o futuro, por já estar concretizada no presente. (Freitag, op. cit., p.72) As massas são sugestionadas para consumirem incessantemente, pois o consumo é apresentado como o caminho para a realização pessoal. Assim, a cultura fornecida pelos meios de comunicação de massa não permite que as classes assalariadas assumam uma posição crítica face a sua realidade, já que ela mistura os planos da realidade material com as suas formas de representação e, progressivamente, anulam os mecanismos da reflexão e crítica para acionarem a percepção e os sentidos.

de um ou outro empresário, nas quais não havia riscos para a sobrevivência do modo de produção capitalista. Contudo, deixara de servir quando se tratava de assegurar o sistema como tal, já organizado em enormes cartéis que rapidamente transcendem limites geográficos da nação, e instabilizam o sistema econômico em nível mundial. Assim, para os teóricos de Frankfurt, o capitalismo contemporâneo imporia ao Estado a necessidade de intervir sistematicamente no processo econômico a fim de salvaguardar a própria economia nacional e com isso a sobrevivência da nação, contribuindo, por reflexo, para a manutenção do sistema econômico mundial.

Offe (1977), analisando o papel do Estado na sociedade industrial capitalista contemporânea, procurou identificar quais as estruturas e os mecanismos que geram a continuidade desta, e sua identidade. Pontuou que:

> [.. a sociologia resolve esse problema primordial [...] na medida em que indica quais são exatamente as questões estruturais que problematizam o contexto societário e sua continuidade histórica, e esclarece através de que medidas de 'integração' o sistema social é capaz ou não de resolver os seus problemas estruturais específicos (OFFE, 1984, p.14).

O principal problema estrutural identificado não é outro que aquele apontado por Marx, ou seja, os interesses opostos entre os componentes mais característicos do modo de produção capitalista: a mais-valia e a mercadoria, ou o operário e o capitalista.[16]

O capital produz essencialmente capital e, para fazê-lo, não tem outro caminho a não ser produzir mais-valia. Ao examinar a transformação da mais-valia em lucro (necessário para reinvestir e aumentar a produção) Marx (1947) coloca que tal processo age em contraposição direta ao

[16] Na análise marxista, estão ao mesmo tempo na essência do capitalismo a mais-valia, que funda a acumulação de capital, e o proletariado, que produz a mais-valia.

próprio desenvolvimento do trabalhador, uma vez que há na produção da mais-valia...

> [...] a tendência constante a reduzir o tempo de trabalho necessário para produção de uma mercadoria, isto é, seu valor, a um limite inferior à média social vigente em cada momento. A tendência a reduzir o preço de custo a seu mínimo se converte na mais poderosa alavanca para a intensificação da força produtiva social do trabalho, que sob esse regime, só aparece como intensificação constante da força produtiva do capital.[17]

O sistema capitalista de produção cria seus produtos com caráter de mercadoria, aparecendo, inclusive, o próprio trabalhador como vendedor de mercadoria (trabalho) mediante pagamento de salário. Assim, a determinação valorativa e a regulação da produção total dá-se pelo valor da mercadoria. O trabalho, como trabalho social, fica com sua distribuição regulada pela

> [...] ação fortuita dos diversos produtores capitalistas, ação na qual as tendências de uns, destroem as de outros e vice-versa. Como esses produtores só se enfrentam enquanto possuidores de mercadorias, e cada um deles procura vender a sua pelo mais alto preço possível (e, além disso, aparentemente, só é governado por seu arbítrio na regulação da própria produção), resulta que a lei interna só se impõe por meio de sua concorrência, da pressão mútua exercida por uns sobre os outros, o que faz com que as divergências sejam reciprocamente compensadas. (Marx, apud Ianni, 1987, p.77).

O problema é que não há garantias confiáveis suficientes para integração de um sistema social baseado estritamente nestes moldes, no qual os mecanismos de regulação e controle social são gerados apenas pelo mercado. Este

---

[17] Marx, K. *Características Esenciales del Sistema Capitalista*. In: El capital. México, Fondo de Cultura Económica, 1947, t. III, cap. II, p. 1013-20. Trad. por Maria Elisa Mascarenhas, *apud* Ianni, 1987, p.78.

apresenta uma crescente tendência de concentração de capital, expropriando aqueles indivíduos que não são capazes de integrar o mercado de trabalho. Além disso, o trabalho assalariado impõe sistemas de remuneração baseados no desempenho, colocando, muitas vezes, os trabalhadores sob pressão de situações de emprego que podem ser prejudiciais à sua saúde: manejo de instalações perigosas, não observância de regras de segurança, ritmo de trabalho prejudicial, jornadas de trabalho excessivamente longas.

Além dessa impotência dos trabalhadores frente às exigências do trabalho assalariado na produção industrial, deve-se acrescentar que também...

> [...] as empresas só podem ter uma consideração limitada com a saúde e a integridade corporal do operário. Danificada a força de trabalho de um empregado, os empresários reagem, via de regra, com a demissão e a contratação de força de trabalho mais eficaz. Assim, há poucas razões para que as empresas adotem espontaneamente medidas preventivas para proteger o trabalho, ou renovar a força de trabalho. Por outro lado, o valor de mercado da força de trabalho é restringido pela constante obsolescência da qualificação profissional. O contexto funcional autonomizado das inovações técnicas e organizacionais e a concorrência recíproca dos que oferecem sua força de trabalho provocam um desequilíbrio permanente, não superável no contexto de mercado, entre a estrutura do empregado e as capacidades individuais (OFFE, 1984, p.21).

Portanto, estas formas de aproveitamento implicam a não consideração dos limites da resistência (física e psíquica) dos trabalhadores, no interesse de preservar de forma permanente a capacidade de trabalho. Isso quer dizer que o sistema social que é estruturado pelo modelo capitalista, por si só, não fornece as necessárias medidas de *integração* que permitam sua reprodução social e continuidade histórica. Para que tal ocorra, faz-se necessário que a forma de organização

do trabalho assalariado seja imposta por mecanismos "ideológicos" e "repressivos" do Estado.[18]

Dentre estes, identificou Offe (1977), como principal mecanismo de integração a *Política Social*, caracterizando esta como: *"a forma pela qual o Estado tenta resolver o problema da transformação duradoura de trabalho não assalariado em trabalho assalariado"*. O processo de industrialização capitalista é acompanhado de processos de desorganização e mobilização da força de trabalho, fenômeno que não se limita à fase inicial do capitalismo, mas que nela pode ser observado com especial clareza. (Esses processos podem ser verificados, atualmente, também com a globalização.)

> A ampliação das relações concorrenciais aos mercados nacionais e finalmente mundiais, a introdução permanente de mudanças técnicas poupadoras da força de trabalho, a dissolução das formas agrárias de vida e de trabalho, a influência de crises cíclicas, etc. têm o efeito comum de destruir, em maior ou menor medida, as condições de utilização da força de trabalho até então dominantes. Os indivíduos atingidos por tais processos entram numa situação na qual não conseguem mais fazer de sua própria capacidade de trabalho a base de sua subsistência, já que não controlam, seja em termos individuais ou coletivos, as condições de utilização dessa capacidade. Isto não quer dizer de forma alguma que esses indivíduos por si mesmos tenham condições de descobrir, para enfrentar esses problemas, a solução específica que consiste em alienar a terceiros sua força de trabalho em troca de dinheiro, isto é, de aparecerem no mercado de trabalho, do lado da oferta. (OFFE, 1984, p.15)

---

[18] Para que haja a socialização dos trabalhadores segundo o modelo de mercadoria, são requeridos elementos ideológicos nesse processo, isto é, os trabalhadores precisam ter motivos culturais para se transformar em trabalhadores assalariados. A força de trabalho precisa estar disposta a oferecer sua capacidade de trabalho no mercado como uma mercadoria e aceitar os riscos e as sobrecargas associadas a essa forma de existência como relativamente suportáveis. Tal tema tem sido trabalhado por estruturalistas franceses. (OFFE, op. cit.)

Desde a origem do processo de industrialização, é necessária a participação ativa do Estado, uma vez que é impossível a passagem em massa de uma força de trabalho desposuída (dos meios de produção) em trabalho assalariado sem uma política estatal (que, por sua vez, abarque a política social).[19] Ou seja, precisam constituir-se condições sócio-estruturais para que o trabalho assalariado se generalize e funcione efetivamente, já que, em vista das condições especiais de vida, nem todos os membros da sociedade podem funcionar como trabalhadores assalariados, a menos que certas funções de reprodução elementares (especialmente na área da socialização, da saúde, da formação profissional e da assistência à velhice) deixem de ser preenchidas. Portanto, tornam-se necessárias medidas institucionais especiais, sob cuja proteção parte da força de trabalho fica dispensada, por assim dizer, da pressão de se vender, sendo consumida de outra forma que pela cessão em troca de dinheiro (como o caso da dona-de-casa). Offe (1977) acrescenta que, então, é funcionalmente indispensável que existam subsis-temas externos ao mercado, isto é, que não sejam regidos pela lógica do lucro, como a família, a escola e instalações de assistência à saúde, para que o sistema tenha condições de se estabilizar em uma sociedade.

O porquê da institucionalização (e estatização) daqueles, por via da política estatal, está no fato de que os subsistemas da fase pré-industrial (Igreja, família, caridade) perderam eficiência no sistema com o decorrer do tempo, demonstrando a necessidade da sua formalização jurídica, a fim de

[19] Offe (1977) acrescenta que a aceitação por si só de tal processo, de modo automático, transforma em uma evidência sociológica o que é apenas o "caso geral" do desenvolvimento histórico, e tende a levar a perder de vista os mecanismos que precisam existir para que o próprio "caso geral" de fato venha a ocorrer. A socialização em massa das forças de trabalho como trabalho assalariado e mesmo o surgimento de um mercado de trabalho não são tão óbvias e "naturais" assim. Ou seja, para que se dê o processo de industrialização (capitalista) é necessário que condições sócio-estruturais estejam presentes para que efetivamente funcione, e se perpetue, o sistema baseado no trabalho assalariado.

garanti-los. Somente a estatização daqueles subsistemas pôde controlar (administrar) as condições de vida, e de acesso, relativas à situação de se estar fora do mercado e sendo sustentado, uma vez que o Estado só pode organizar diretamente os desempregados em escala muito limitada (serviço militar, frentes de trabalho, reciclagem profissional), mas pode mobilizar os papéis sociais tradicionais, a fim de usá-los para regulação quantitativa do mercado de trabalho.

Assim, a tarefa da *Política Social* é garantir a reprodução material e controlar o assalariado, com o Estado definindo quem é trabalhador, e preservando a existência do sistema baseado no trabalho assalariado. Com isso, permite-se obter uma correspondência quantitativa aproximada entre o número de indivíduos proletarizados (de forma passiva) e aqueles que podem encontrar ocupação como trabalhador assalariado, em vista da demanda do mercado de trabalho (ou seja, fornece condições para a busca keynesiana do pleno emprego).

Outra vantagem considerável para o capital e sua capacidade de absorver trabalhadores assalariados está em que somente um sistema de seguro social permite que a figura do "trabalhador médio", depurada de todas as contingências, se transforme na base de cálculo para a gestão racional da empresa (*racionalização da administração*). A situação pessoal, a idade, a dimensão da família, o estado de saúde etc. da força de trabalho empregada, não precisam ser considerados pela empresa, já que as conseqüências materiais de tais especificidades concretas podem ser assumidas fora do processo empresarial e, de qualquer modo, não repercutem de forma imediata em reivindicações salariais.

Resumindo, uma vez que o grau de rentabilidade da mão de obra é rebaixado pelo sistema, faz-se necessário um sistema de amparo externo ao mercado de trabalho (sendo ditado pelo Estado sua forma de prestação e seus destinatários, isto é, quem tem direito). Para que funcione tal sistema, é necessária a atuação do Estado, via burocracia estatal. Portanto, "*só a organização burocrática estatal permite ajustar de forma flexível as*

medidas político-sociais às exigências da economia de mercado" (OFFE, 1984, p.30), através do instrumentário das políticas sociais e mediante critérios econômicos e jurídicos.

> A política social representa uma estratégia estatal de integração de força de trabalho na relação de trabalho assalariado, isto é, uma relação que somente poderia adquirir a difusão e a 'normalidade' que hoje existem graças à efetividade dessa estratégia. Neste sentido a política social não é mera 'reação' do Estado aos 'problemas' da classe operária mas contribuiu de forma indispensável para a constituição dessa classe. A função mais importante da política social consiste em regulamentar o processo de proletarização. (OFFE, 1984, p.22)

4.2 Crítica da reforma neoliberal

Com base na análise desenvolvida até aqui, é pertinente avaliar criticamente a proposta neoliberal de reforma de Estado. A abordagem crítica acerca da crise do Welfare state (OFFE, 1977, HABERMAS, 1975), aponta como causa da ingovernabilidade, e da crise fiscal, do Estado capitalista a incompatibilidade natural entre as duas funções do Estado assistencial: o fortalecimento do consenso social, da lealdade para com o sistema das grandes organizações de massa; e o apoio à acumulação capitalista com o emprego anticonjuntural da despesa pública. O Estado assistencial traria como resultado a estatização da sociedade, uma vez que o Welfare state dispersaria, parcialmente, os motivos e as razões do conflito social, enquanto tornaria aceitável a existência de trabalho assalariado ao eliminar parte do risco que resulta da imposição da forma de mercadoria ao fator trabalho. Contudo, essa lógica de procedimento vai de encontro a própria lógica capitalista.

Exige-se que a Política Social garanta a reprodução material do capitalismo (via crescimento econômico) ao mesmo tempo em que preserve o sistema baseado no trabalho assalariado (via reprodução da mão-de-obra). Aqui cabe colocar que, para Offe (1977), a lógica estrutural concentradora, com

produção e consumo exacerbados de mercadorias, leva a uma tendência de acumulação ampliada que exige mais exploração *da força de trabalho*. Desse modo, a exigência de uma acumulação ampliada, com manutenção e progressivo aumento da taxa de lucros do empreendimento para se manter num mercado globalizado de forma competitiva, é construída sobre o sacrifício e a exploração irracional da força de trabalho, rompendo o concerto encontrado pelo welfare state keynesiando. Tal concerto poderia ser entendido como um

> [...] acordo [que] representou, por parte da mão-de-obra, a aceitação da lógica do lucro e dos mercados como princípios orientadores da alocação dos recursos, das trocas internacionais, da mudança tecnológica, do desenvolvimento do produto e da localização industrial, em troca de uma garantia de que seriam defendidos os padrões mínimos de vida, os direitos sindicais e os direitos democráticos liberais, seria evitado o desemprego em massa e a renda real subiria aproximadamente de acordo com a produtividade do trabalho, tudo isto através da intervenção do Estado, se necessário. (Bowles, apud Offe, 1984, p.372)

Pode-se afirmar, pois, que o welfare state keynesiano numa sociedade capitalista, dispersa, parcialmente, os motivos e as razões do conflito social, enquanto torna mais aceitável a existência do trabalho assalariado ao eliminar parte do risco que resulta da imposição da característica de mercadoria ao fator trabalho. Contudo, este concerto, como foi visto, teve suas limitações explicitadas a partir das mudanças do ambiente econômico verificadas em meados dos 1970. Em tal ambiente, longe de estimular mais a produção, a prática dos governos ocidentais de promover déficits a fim de combater o desemprego contribuiu para taxas ainda mais altas de desemprego – colocando em evidência a teoria econômica conservadora liberal e o "*neo-laissez-faire*" (OFFE, 1983).

O *Welfare state* keynesiano, portanto, seria uma vítima do seu sucesso (OFFE, 1984, p.379). Pelo fato de eliminar (parcialmente) e acomodar as crises cíclicas do capitalismo, ele inibiu a função econômica positiva que as crises geralmente desempenhavam no processo capitalista da *destruição criativa*,[20] não incentivando o investimento nem a inovação no trabalho. Assim percebe-se que os princípios do *Welfare state* seriam incompatíveis, diretamente, com um sistema de mercado capitalista, sendo que a sua principal contradição é a tensão entre o mercado e a política social. A proposta neoliberal de reforma de Estado faz uma clara opção pelo mercado, tensionando ainda mais as relações da sociedade e reativando suas contradições.

> Tal tensão evidencia que os dois mecanismos institucionais sobre os quais repousa a compatibilidade da economia privada e da participação política das massas – a saber, o mecanismo da democracia partidária competitiva e o paradigma do welfare state keynesiano – estão sob tensões de pressões cuja ordem de magnitude não tem precedentes no após-guerra. (Offe, 1984, p.382)

Ocorre que as políticas sociais do *Welfare state* parecem contribuir para um parcial desestímulo ao trabalho, uma vez que seus esquemas de seguro social compulsório oferecem uma proteção institucional aos interesses materiais dos trabalhadores assalariados e que a mão-de-obra torna-se menos preparada e/ou pode ser menos facilmente forçada a se ajustar às contingências das mudanças estruturais, tecnológicas, de locação e outras da economia. Como o Estado intervém no processo macroeconômico, via atuação burocrática também, o crescimento econômico torna-se assunto do desígnio político, ao invés de ser matéria das forças "espontâneas" do mercado.

---

[20] A crise tem um efeito de retirar da economia empresas não eficientes, cujo patrimônio tende a ser adquirido por empreendimentos maiores. Tais empreendimentos disporiam, assim, de uma maior capacidade para investimentos, que financiaria um aumento de produção e de produtividade, alimentando o crescimento do ciclo econômico.

A política social, assim, solapa os incentivos ao investimento (e ao trabalho), afetando o crescimento econômico, como foi reconhecido nas palavras de um representante da social-democracia européia:

> É lamentável que aqueles que desejam defender o *welfare state*... gastem suas energias persuadindo o público de que o welfare state não solapa os incentivos, as poupanças, a autoridade ou a eficiência... O que a direita reconheceu muito melhor do que a esquerda é que os princípios do welfare state são incompatíveis, diretamente, com um sistema de mercado capitalista... [...] O welfare state morde a própria mão que o alimenta. A sua principal contradição é a... tensão entre o mercado e a política social. (Esping-Anderson, apud Offe, 1984, p.379).

Desse modo, parece que uma opção pura e simples pró-mercado, em detrimento da execução (via atividade burocrática estatal) das funções da *Política Social*, apresentaria a tendência de levar o Estado à situação de crise semelhante àquela enfrentada pelo Estado liberal no início do séc. XX, crise esta que deu origem, como resposta, ao *Welfare State* keynesiano.

5 Conclusão

Conforme foi citado na Introdução deste artigo, o seu objetivo foi o de demonstrar que qualquer proposta de reforma de Estado, que tenha por fim aumentar sua governabilidade (e a governança), por meio de uma maior eficiência na atuação e na prestação dos serviços públicos, com reflexo na melhoria das condições de vida da população, não pode passar apenas pela dimensão técnica da forma de atuação do Estado, mas também por questões epistemológicas e por reformulação dos princípios da ação estatal.

Dessa forma, acredito que o objetivo geral foi alcançado a contento, uma vez que foi trabalhado neste artigo a crise de governabilidade por que está passando o Estado capitalista contemporâneo, na sua forma mais característica nos países

democráticos ocidentais, ou seja, no Estado de Bem Estar Social. Este se caracteriza como aquele garantidor de tipos mínimos de renda, alimentação, saúde, habitação, educação, assegurados a todo cidadão, não como caridade, mas como direito político (REGONINI, *in* BOBBIO *et al.*, op. cit., p.416).

Foi abordado que tal crise apresentou conseqüências no modelo de desenvolvimento dos países ocidentais: o rompimento do consenso keynesiano na Europa, e do modelo de substituição das importações, na América Latina. Apresentaram-se, ainda, as principais características do Welfare state: atuação do Estado na economia, via políticas keynesianas e políticas sociais; e forma de atuação do Estado via organização burocrática weberiana.

O choque na economia mundial provocado pela Crise do Petróleo, na década de 1970, abriu espaço para que se tornasse hegemônica a interpretação conservadora neoliberal da crise de Estado, com tendência pró-mercado. Esta orientação apresenta um diagnóstico no qual se aponta como principal causa da não-governabilidade os dispositivos institucionais da democracia de massa do Estado social (HUNTINGTON, CROZIER, 1975; *apud* OFFE, 1984), além da crise fiscal (O'CONNOR, *apud* PASQUINO *et al.*, 1997). O alargamento dos direitos políticos e civis teriam se revelado no fracasso estatal em lidar com um excesso de expectativas por parte das populações dos países, incapazes de serem satisfeitas através de seus poderes legais de intervenção.

A solução apresentada pela corrente neoliberal seria aumentar a capacidade de direção e desempenho do Estado, com o correlato alívio da sobrecarga de expectativas sobre o sistema. O caminho, cuja base teórica é a *Teoria da Escolha Pública*, seria a diminuição do tamanho do Estado, a desregulação da economia, o aumento da governabilidade e da *governança*. Esta entendida como a capacidade de o Estado tomar decisões efetivas que englobaria o ajuste fiscal, a administração gerencial (*Nova Administração Pública*) e a separação

entre os órgãos que formulam e os que imple-mentam as políticas públicas (COUTINHO, 2000; PEREIRA, 1997).

Então, para resolver seu problema de não-governabilidade, o Estado de Bem-Estar Social deveria agir de forma diferente: na economia, passar de políticas keynesianas e sociais para políticas monetárias e fiscais pró-cíclicas; e na questão administrativa, quanto a sua forma de atuação, passar de um modelo burocrático para um gerencial.

Contudo, a atual hegemonia ideológica, neoliberal ou pró-mercado, que se tem manifestado nos processos de reforma de Estado, sobretudo na questão administrativa, parece não dar conta dos diferentes princípios da ação que apresentam o ambiente público e o privado. A *Administração Gerencial* teve origem na iniciativa privada, em que algumas empresas obtiveram estrondoso sucesso implantando programas que valorizavam, sobretudo, as necessidades dos clientes. Grosso modo, tais inovações passaram a ser conhecidas como Programas de Qualidade (TIRONI *et al.*, 1991). O setor privado pauta-se pela lógica individual do mercado capitalista (racionalidade instrumental), que procura minimizar as perdas e maximizar os ganhos, transformando a mais-valia em lucro, e nesse processo não tem qualquer preocupação com a reprodução do fator trabalho, isto é, da mão-de-obra. O problema é que não há garantias confiáveis para a integração de um sistema social baseado estritamente nestes moldes, no qual os mecanismos de regulação e controle social são gerados apenas pelo mercado (OFFE, 1984).

Em contraposição, o setor público em um Estado de Bem-Estar Social pauta-se por uma lógica de Política Social, cujo objetivo é a garantia da reprodução material e do controle da classe trabalhadora, preservando a existência do sistema baseado no trabalho assalariado. Isso quer dizer que, uma vez que o grau de rentabilidade da mão-de-obra é rebaixado pelo mercado, faz-se necessário um sistema de amparo externo ao mercado. Para que tal sistema social funcione, é necessária a atuação do Estado, via burocracia estatal.

Esta análise pode ser realizada através da "*Teoria dos Sistemas*" de Luhman, trabalhada pela *Escola de Frankfurt*. Primeiramente, consideremos um Estado capitalista, de forma hipotética, como um sistema fechado com capacidade de auto-organização, ou seja, em que exista uma circularidade necessária e suficiente entre seus elementos para que toda e qualquer operacionalização com vistas à manutenção do próprio sistema se realize a partir de seus próprios componentes. Este sistema, se fosse inteiramente regido pela lógica do mercado capitalista (do lucro) não poderia permanecer no tempo, uma vez que há uma contradição inerente no modo de produção capitalista, qual seja, os interesses opostos entre os seus componentes mais característicos: o trabalho e o capital, ou o operário e o capitalista.

Tal sistema apresenta, por característica, uma crescente tendência de concentração de capital e um rebaixamento do valor do fator trabalho, não fornecendo as necessárias medidas de integração que permitam sua reprodução social e continuidade histórica, ou seja, não apresenta por si só uma racionalidade sistêmica. Para que esta se faça presente, faz-se necessário um subsistema destinado a garantir a permanente integração da força de trabalho no sistema, permitindo a reprodução da mão-de-obra, a manutenção do trabalho assalariado e do sistema capitalista.

Este subsistema não é outro que a própria Política Social, que age por meio da administração estatal. A sua presença é a principal característica do *Welfare state*, que se caracteriza como sendo o garantidor de níveis mínimos de condições de vida a todo cidadão como direito político. Assim, o subsistema de Política Social no Estado capitalista contemporâneo, por se pautar pela racionalidade de direito político, não atua conforme a lógica do mercado.

Sendo assim, pretende-se ter demonstrado que, *a priori*, a fim de atacar a crise de governabilidade do Estado capitalista contemporâneo, na sua forma de *Welfare state keynesiano*, não basta simplesmente adotar-se a racionalidade do mercado, a

lógica do sistema produtivo, uma vez que esta por si só não fornece a medida necessária de integração social que permita sua manutenção no tempo (racionalidade sistêmica). Portanto, pelos argumentos expostos conclui-se que a adoção da lógica da empresa privada, bem como sua simples generalização no ambiente estatal, não se apresenta como uma alternativa viável no futuro para a crise de governabilidade do Estado capitalista contemporâneo.

Por fim, aqui cabe traçar algumas considerações de ordem pessoal quanto às reformas na Administração Pública. Apesar de posicionar-me de forma crítica às reformas neoliberalizantes do Estado, integro o serviço público desde 1994 e tive tempo suficiente para perceber a real ineficiência do Estado brasileiro e o desperdício de recursos, ocasionados por problemas tanto da burocratização (disfuncionalidade da instituição) quanto, sobretudo e paradoxalmente, pela falta de burocracia (e o que esta sugere, sistema de mérito, racionalidade, impessoalidade, clara definição de atribuições etc.). É inegável que tais problemas devam ser enfrentados, porém, acredito que os instrumentos utilizados devam sempre ser adaptados com rigor para o âmbito público, procurando-se pensar nos seus efeitos futuros para a sociedade e conseqüências para as instituições estatais.

A tendência hegemônica atual (*Administração Gerencial*) apresenta uma fortíssima influência dos países anglo-saxões, cujas características culturais e de Estado, Política e Direito são bem diversas das brasileiras. A simples transposição de instrumentos para o ambiente nacional, como se fossem moldes para a realidade e sem mediação alguma com nossa cultura política, parece ser uma tática fadada ao insucesso, além de dificultar ainda mais qualquer tentativa razoável e séria de reforma.

Creio que, em lugar de se deslumbrar com fórmulas prontas advindas da iniciativa privada ou de "consultorias", a Administração Pública brasileira deve repensar a sua ação burocrática, com seus pressupostos e conseqüências. Deveriam

ser mantidas aquelas características que são positivas e necessárias: um sistema de ingresso e ascensão baseado no mérito pessoal e com critérios objetivos (projeto nunca implantado em sua plenitude na nossa sociedade, de larga tradição clientelista e patrimonialista); uma atuação conjunta do aparelho do Estado e que apresente racionalidade (com uma ordenação de órgãos e atos estabelecida de forma que conduza a objetivos claros previamente fixados, com todas as partes da estrutura apresentando um papel funcional com respeito à finalidade prevista); e atuação sujeita às leis e normas (não às vontades subjetivas do superior, seja um burocrata ou político).

Por outro lado, devem ser combatidas as características negativas da burocracia. A fim de exemplificar, citarei sua principal disfunção estrutural: a incapacidade de reflexão sobre a própria atividade que desempenha. Devido, dentre outros fatores, à rígida divisão entre aqueles que decidem e os que executam as ações (e à conseqüente disjunção entre as premissas da ação e o aparelho que as executa) a organização burocrática não é capaz de tematizar suas próprias premissas; quando o faz, não consegue reverter em benefícios para a atualização da estrutura. A eficiência é vista como rígido cumprimento das normas estabelecidas, e não como execução da função previamente definida ou a resolução eficaz de um problema social, por exemplo. Há uma maior preocupação quanto aos meios do que aos fins.

Para tal problema, há realmente várias técnicas disponíveis à Administração Pública. Contudo, reafirmo, a simples transposição de instrumentos para o âmbito estatal, sem qualquer reflexão ou mediação, abordando-se somente a dimensão técnica da forma de atuação do Estado de maneira descontextualizada não se apresenta, sob minha óptica, como alternativa viável para tornar o Estado mais eficiente.

Referências

ABRUCIO, Fernando; COSTA, Valeriano Mendes Ferreira. Reforma de Estado e o Contexto Federativo Brasileiro. São Paulo: Fund. Konrad-Adenauer. 1998. (Série Pesquisas n.° 12)

ANDREWS, Christina e W., KOUZMIN, Alexander. Dando Nome à Rosa: o Discurso da Nova Administração Pública no Contexto Brasileiro. Disponível em: <http://www.feasp.usp.br/fundacoes/reforma/textos.htm>. Acesso em: março de 2000. (Uma versão anterior foi apresentada na XI Conferência National da *Public Administration Network*, realizada em Colorado Springs (EUA) em março de 1998).

ASSOUN, Paul-Laurent. A Escola de Frankfurt. São Paulo: Ática. (s.d.)

BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Saraiva. 1994. 400p.

BINETTI, Saffo Testoni. Iluminismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco *et al.* Dicionário de Política, trad. Carmen C. Varriale *et al.*, 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília. v. 2. 1997. p. 605-611.

BRASIL, Presidência da República, Câmara da Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília: Ministério da Administração e Reforma do Estado. 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco *et al.* Dicionário de Política, trad. Carmen C. Varriale *et al.* 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília. v. 2. 1997.

BOITO Jr., Armando. Política Neoliberal e Sindicalismo no Brasil. São Paulo: Xamã. 1999.

CHIAVENATO, Idalberto. Administração – Teoria, Processo e Prática. São Paulo: McGraw-Hill Ltda. 1987. 381p.

COUTINHO, Marcelo James Vasconcelos. Administração pública voltada para o cidadão: quadro teórico-conceitual. Revista do Serviço Público. ano 51, n. 3, jul-set 2000

DAVID, René. Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo, trad. Hermínio A. Carvalho. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes. 1993. 556p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 10. ed. São Paulo: Atlas. 577p.

DINIZ, Eli. Globalização, Ajuste e Reforma do Estado. Revista Brasileira de Informação em Ciências Sociais – RBIB. n. 45, 1° semestre de 1998.

_____. BOSCHI, Renato; LESSA, Renato. Modernização e Consolidação Democrática no Brasil: dilemas da nova república. São Paulo: Vértice e Revista dos Tribunais. 1989. 190p.

DURANT, Will. A História da Filosofia, tradução de Luiz Carlos do Nascimento Silva. Rio de Janeiro: Nova Cultural. 1996. 480p.

FIORI, José Luís. O Vôo da Coruja: uma leitura não liberal da crise do estado desenvolvimentista. Rio de Janeiro: UERJ. 1995. 133p.

FIORI, José Luís; TAVARES, Maria da Conceição. (Des)ajuste Global e Modernização Conservadora. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1993. 193p.

FOWLER Jr., Floyd J. Survey Research Methods. Boston: SAGE Publications. 1987. 159p.

FREITAG, Bárbara. A Teoria Crítica Ontem e Hoje. 5. ed. São Paulo: Brasiliense. 1994. 184p.

FURTADO, Celso. O Mito do Desenvolvimento Econômico. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1996. 89p. (Coleção Cultura)

GIRGLIOLI, Pier Paolo. Burocracia. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco *et al.* Dicionário de Política, trad. Carmen C. Varriale *et al.* 10. ed. Brasília: Universidade de Brasília. v.2. 1997. p. 124-130.

GRUPPI, Luciano. Tudo Começou com Maquiavel – as concepções de Estado em Marx, Engels, Lênin e Gramsci. Porto Alegre: L&PM. 1980. 92p.

HABERMAS, Jürgen. Historia y Crítica de la Opinión Pública – la transformación estructural de la vida pública, trad. Antonio Doménechi, Barcelona: G.Gili S.A. de C.V. 1994 352p.

_____. Direito e Democracia, entre facticidade e validade, trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Universitário. v.2. 1997. 352p.

HEILBRONER, Robert. A História do Pensamento Econômico, trad. Therezinha M. Deutsch e Sylvio Deutsch. São Paulo: Nova Cultural. 1996. 319p.

IANNI, Octavio (org.) Marx. São Paulo: Ática. 1987. 214p. (coleção grandes cientistas sociais)

JAY, Martin. La Imaginación Dialéctica – una historia de la Escuela de Frankfurt, Madrid: Taurus. 1986. 509p.

KUCINSKI, Bernardo; BRANFORD, Sue. A Ditadura da Dívida – causas e conseqüências da dívida latino-americana. São Paulo: Brasiliense. 1987. 223p.

KURZ, Robert. O Colapso da Modernização – da derrocada do socialismo de caserna à crise da economia mundial, trad. Karen Elsabe Barbosa. 4 ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1996. 244p.

LUHMANN, Niklas. Por Que uma 'Teoria dos Sistemas'?. In: STEIN, Emildo e BONI, Luís A. de (org.). Dialética e Liberdade, festschrift em homenagem a Carlos Roberto Cirne Lima. Porto Alegre: UFRGS. 1993.

MARCUSE, Herbert. Cultura e Sociedade, trad. Wolfgang Leo Maar *et al.* Rio de Janeiro: Paz e Terra. v.2. 1998. 175p.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 25. ed. São Paulo: Malheiros. 2000. 765p.

MERQUIOR, José Guilherme. Arte e Sociedade em Marcuse, Adorno e Benjamin – ensaio crítico sobre a escola neohegeliana de Frankfurt. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1969. 311p.

MICHELS, Robert. Os Partidos Políticos, trad. Hamilton Trevisan. São Paulo: Senzala. (s.d.). 254p.

OFFE, Claus. Critérios de Racionalidade e Problemas Funcionais da Ação Político-Administrativa. 1974, In: OFFE, Claus, Problemas Estruturais do Estado Capitalista, tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984. 386p.

OFFE, Claus; LENHARDT, Gero. Teoria do Estado e Política Social – tentativas de explicação político-sociológica para as funções e os processos inovadores da política social. 1977. In: OFFE, Claus, Problemas Estruturais do Estado Capitalista, tradução de Bárbara Freitag, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984, 386p.

_____. 'A Ingovernabilidade': Sobre o Renascimento das Teorias Conservadoras da Crise. 1979. In: OFFE, Claus, Problemas Estruturais do Estado Capitalista, tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984. 386p.

_____. A Democracia Partidária Competitiva e o 'Welfare State' Keynesiano: fatores de estabilidade e desorganização. 1983. In: OFFE, Claus. Problemas Estruturais do Estado Capitalista, tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984. 386p.

_____. Problemas Estruturais do Estado Capitalista, tradução de Bárbara Freitag. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1984. 386p.

PASQUINO, Gianfranco. Governabilidade. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola e PASQUINO, Gianfranco *et al.* Dicionário de Política, trad. Carmen C. Varriale *et al.*, 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília. v.2. 1997. p. 547-553.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da Administração Pública Burocrática à Gerencial. Revista do Serviço Público. ENAP, Brasília, ano 47. v. 120. n. 1. jan.-abr. 1996.

_____. A Reforma do Estado dos anos 90: lógica e mecanismos de controle, Brasília: Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. 1997. 58p. (Cadernos MARE da reforma do estado; c.1)

REGONINI, Gloria. Estado do Bem-Estar. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco *et al.* Dicionário de Política, trad. Carmen C. Varriale *et al.* 10 ed. Brasília: Universidade de Brasília. v.2. 1997. p. 416-419.

RIO GRANDE DO SUL, Projeto Reforma do Estado do Rio Grande do Sul – carta consulta COFIEX, Porto Alegre: Secretaria da Coordenação e Planejamento, Secretaria da Fazenda, Sistema Financeiro Estadual. 1995. 71p.

_____. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO (Programa de Reforma do Estado do Rio Grande do Sul) entre Banco Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento e Estado do Rio Grande do Sul, celebrado em 10 de junho de 1997, trad. Kurt Albert Goldberg, segundo Richard M. Labrie. Tabelião Público. 17fls.

SANCHES, Osvaldo Maldonado. Dicionário de Orçamento, Planejamento e Áreas Afins. Brasília: Prisma. 1997.

SCHIRM, Stefan A. Mercados Globais e Margem de Ação do Estado, papers n.º 36. São Paulo: Fund. Konrad Adenauer. 1999. 58p.

TIRONI, Luís Fernando; SILVA, Luiz Carlos Eichemberg; VIANNA, Solon Magalhães *et al.* Critérios para Geração de Indicadores de Qualidade e Produtividade no Serviço Público. Texto para Discussão n.º 238. Brasília: IPEA. 1991.

TRAGTENBERG, Maurício. Burocracia e Ideologia. 2 ed. São Paulo: Atlas. 1992. 219p.

WEBER, Max. A Ética Protestante e o Espírito do Capitalismo. São Paulo: UNB – Pioneira. 1981. (Coleção Weberiana)

_____. Economia y Sociedad – Esbozo de sociología comprensiva. 11. reinpresión, Cidad del Mexico: Fondo de Cultura Económica. 1997. 1237p.

Autonomia e Independência da ANATEL no Contexto Juspolítico Brasileiro

Vanessa Copetti Cravo[1]

1 Introdução. 2 ANATEL e a Concepção de Agência Reguladora. 2.1 A Reforma do Estado e a Criação da ANATEL. 2.2 A ANATEL e o Modelo Regulatório. 3 Os Atributos de Autonomia e Independência da ANATEL. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho visa compreender e analisar a efetividade de duas das mais importantes características da Agência Nacional de Telecomunicações – Anatel –, quais sejam a sua autonomia e a sua independência, que denotam justamente a especialidade desta autarquia, criada para exercer a função de órgão regulador do setor, consoante mandamento constitucional insculpido no art. 21, XI, com a alteração decorrente da Emenda Constitucional n.° 8, de 15 de agosto de 1995. A fim de subsidiar a apreciação pretendida, inicia-se com uma breve passagem pela Reforma do Estado ocorrida na década de 1990 no Brasil, revisitando-se a transformação do papel de intervenção do Estado na ordem econômica, a desestatização de serviços públicos, a privatização de empresas estatais e a criação das agências reguladoras, sobretudo da Anatel. Posteriormente, passa-se a um relato sobre as principais características desta Agência, tais como natureza jurídica, atribuições, organização, gestão e controle, no intuito de embasar a demarcação dos seus atributos de autonomia e independência na doutrina, na legislação e na jurisprudência, recorrendo-se também às interessantes noções ofertadas pelo Direito Comparado.

Palavras-chave: Agência Reguladora. Anatel. Autonomia e Independência.

Abstract: This research's aim is to understand and to analyse the effectiveness of the two most important National Agency of Telecommunications - Anatel's characteristics, whose autonomy and independence indicate precisely the specialty of this entity, created to play the realm's regulatory body role by the constitutional commandment behold at the article 21, clause XI, witch was modified by the Constitutional Amendment n° 8, ratified on August 15th, 1995. In order to ensure the wanted appreciation, the study begins with a brief passage through the State Reform occurred in the 1990 decade in Brazil, revisiting the transformation of the state intervention at economic

---

[1] Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Público pela Faculdade IDC, Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações.

order's role, the desestatization of public utilities, the state's enterprises privatization and the creation of regulatory agencies, primarily the Anatel. Later on, the paper report the main characteristics of this agency, such as legal nature, mission, organization, management and control in order to base their attributes of autonomy and independence's demarcation at the doctrine, legislation and jurisprudence, also using the interesting notions given by the Comparative Law.

Keywords: Anatel. Autonomy. Independence. Regulatory Agency.

1 Introdução

O presente trabalho busca abordar alguns dos aspectos mais relevantes da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL –,[2] quais sejam a sua autonomia e a sua independência, cujo surgimento é resultado da transformação do papel de intervenção do Estado na ordem econômica, ocorrida na década de 1990, que passa de empresário a regulador, no objetivo de atuar indiretamente nas relações econômicas, no sentido de conduzi-las ao alcance dos fins consagrados em nossa Carta Constitucional, a qual arquiteta, nitidamente, um projeto de Estado Social.

Essa mudança não significa a ausência do Estado nem a adoção de uma concepção mínima ou liberal. Na verdade, trata-se de uma reforma qualitativa na sua esfera de atuação, na tentativa de aperfeiçoar a administração pública brasileira, ineficiente e gigantesca ao apagar das luzes do século XX.

Todo este contexto pode ser canalizado na desestatização dos serviços públicos, na privatização de empresas estatais e na criação das Agências Reguladoras, autarquias especiais, cujas características de dirigentes nomeados para mandatos fixos e sem possibilidade de demissão *ad nutum*, de ausência de recurso hierárquico impróprio de suas decisões, de discricionariedade técnica e de poder normativo denotam a sua especialidade, sintetizadas nos atributos de independência e autonomia.

---

[2] Artigo resultante de adaptação da monografia de conclusão do Curso de Especialização em Direito Público, realizada sob a orientação do Profº Me. Aloísio Zimmer Jr.

Assim nasceu a ANATEL, uma entidade da administração indireta vinculada ao Ministério das Comunicações, instituída para exercer a função de órgão regulador do setor de telecomunicações, abarcando a normatização, a fiscalização e o planejamento setorial. Seu surgimento foi viabilizado pela promulgação da Emenda Constitucional n.° 8, de 15 de agosto de 1995, que retirou das mãos do Estado a prestação do serviço de telecomunicações, permitindo sua outorga a terceiros.

Em que pese a existência das agências reguladoras desde 1996, ainda hoje não existe uma posição consolidada acerca dos contornos de sua independência e autonomia, terminologia largamente utilizada, porém sem a devida acuidade na caracterização e definição de seus limites. Dessa maneira, o escopo deste trabalho é estudá-los, fazendo um compêndio da doutrina, jurisprudência e legislação vigente, bem como das idéias contempladas nos projetos de lei e proposta de emenda constitucional em tramitação no Congresso Nacional, apoiando-se em experiências do Direito Comparado e na realidade fática vivenciada por essas agências, focando-se na ANATEL.

Desde logo, cabe ressaltar que a presente pesquisa visa passar ao largo da discussão crítica sobre privatização de empresas estatais, ingresso de capital estrangeiro e desestatização de serviços públicos, consubstanciados na Reforma de Estado, a fim de se concentrar na independência e na autonomia da ANATEL.

Assim, o estudo foi divido em duas grandes partes. Na primeira, inicia-se a análise sobre a conjuntura da Reforma de Estado, a criação das Agências Reguladoras e, especificamente, a ANATEL, passando pelas suas características, funções, estrutura, constituição, controle e peculiaridades, bem como pelo modelo regulatório adotado. Na segunda parte, centra-se na tentativa de compilar as noções existentes sobre os atributos de independência e autonomia, recorrendo-se à legislação, à doutrina e à jurisprudência brasileiras e a

pertinentes concepções de Direito Comparado, a fim de que se possa compreendê-los e definir suas implicações.

Não se tem a pretensão de esgotar o tema, mas de apenas trazer à baila algumas questões importantes sobre o assunto, extremamente em voga em razão dos terríveis acidentes aéreos ocorridos no país nos últimos meses, que desencadearam discussão sobre o papel e a eficiência das Agências Reguladoras, principalmente sobre a nomeação e possibilidade de demissão de seus dirigentes pelo Presidente da República.

2 ANATEL e a Concepção de Agência Reguladora

2.1 A reforma do Estado e a criação da ANATEL

No final do século XX, o Estado Brasileiro sofreu grandes reformas no seu arranjo institucional, conjuntamente designadas de Reforma do Estado, cujo mote central recaiu sobre a administração pública e a forma de intervenção do estado na ordem econômica.

Essa relevante alteração do perfil estatal foi observada em todo o mundo como resposta a conjuntura mundial de crise do Estado do Bem-Estar Social[3], que se arrastava desde a década de 1970, contribuindo para uma situação deficitária e ineficiente de muitos Estados.

Grotti[4] identifica na legislação brasileira os primeiros movimentos no intuito de inverter o modelo expansionista de Administração Pública. Tem-se o Decreto n.° 83.740, de 18 de julho de 1979, que institui o Programa Nacional de Desburocratização, cujas alíneas "g" e "h" do seu art. 3° limitam a criação de entidades da administração indireta. Nessa linha, o Decreto n.° 91.991, de 28 de novembro de 1985, dispõe sobre

[3] Não se pretende discutir as diferenças entre Estado Social e *Welfare State* apontada por alguns doutrinadores, sendo estes termos utilizados como sinônimo neste trabalho.
[4] GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O Serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. 406 p. 149-150.

o processo de privatização; o Decreto n.° 95.886, de 29 de março de 1988, estabelece o Programa Federal de Desestatização; a Lei n.° 8.031, de 12 de abril de 1990, cria o Programa Nacional de Desestatização, ressaltando a transferência à iniciativa privada das atividades indevidamente exploradas pelo setor público, fulcro art. 1°, inciso I; e a Lei n.° 9.491, de 9 de setembro de 1997, que alterou procedimentos relativos ao Plano Nacional de Desestatização – PND –, em decorrência das emendas constitucionais promulgadas em 1995, as quais marcam a quebra do monopólio da exploração dos serviços públicos pelo Estado, conforme ver-se-á a seguir.

A autora ainda aponta com propriedade a consubstanciação do descrédito das idéias Keynesianas de intervenção do Estado na economia, oriundo da Escola de Chicago, no Consenso de Washington, que representa uma fórmula composta de dez medidas com o objetivo de acelerar o desenvolvimento econômico, energicamente recomendada pelo FMI na década de 1990, para adoção pelos países emergentes. As regras pregam: disciplina fiscal; redução dos gastos públicos; reforma tributária; desregulamentação da economia e reforma da legislação trabalhista; defesa do direito de propriedade; câmbio livre; privatização; abertura comercial; ampliação da entrada de capital estrangeiro; e juros de mercado.[5]

A Reforma do Estado foi capitaneada pelo Governo Fernando Henrique Cardoso, especificamente através do Ministério da Administração Federal e Reforma de Estado – MARE –, que adotou a terminologia de Estado Gerencial. Outrossim, Bresser-Pereira defende que esta é uma nomenclatura mais democrática,[6] cuja justificativa transcreve-se:

> Tornou-se comum afirmar que as reformas orientadas para o mercado, que vêm sendo realizadas desde 1980,

---

[5]GROTTI, *O Serviço*, p. 149-152.

[6]BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A Reforma Gerencial de 1995. *In*: CADERNOS ADENAUER II (2001), n.° 3, Burocracia e Reforma do Estado, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, jul. 2001. 109 p. p. 29-45. p. 30.

> importam na passagem do "Estado produtor" para o "regulador". Esta linguagem é, porém, enganosa, e tem forte sabor neoliberal, na medida em que se afirma que a reforma limita-se a privatizar serviços monopolistas ou quase-monopolistas, para, em seguida, estabelecer agências reguladoras dos preços das empresas privatizadas. Por isso, prefiro falar em uma Reforma Gerencial do Estado e, portanto, que a transição do "Estado produtor" para o "Estado gerencial" vai além de criar agências reguladoras: é também o Estado democrático e eficiente que financia a fundo perdido os serviços sociais e a pesquisa científica e age como capacitador (*enabler*) da competitividade das empresas privadas.

Dessa maneira, ocorreu a redefinição do perfil estatal, abandonando-se a concepção do Estado interventor e agente econômico, conforme a dicção de Faria:[7]

> Ele deixa de ser o controlador, diretor, planejador e indutor do desenvolvimento e passa a atuar como regulador das atividades privatizadas, como balizador da concorrência, como estimulador da oferta de serviços essenciais num ambiente competitivo, como garantidor dos direitos do consumidor e como criador de oportunidades de negócios para a iniciativa privada e de investimento para o desenvolvimento tecnológico.

Assim, verifica-se uma substancial modificação do papel do Estado, no sentido de que deixa de atuar diretamente como agente econômico, principalmente na prestação dos serviços públicos, para atuar indiretamente, o chamado Estado Regulador, regulando a atividade econômica exercida por particulares. Essa intervenção justifica-se pela importância dos serviços (serviços essenciais à população que não podem ficar somente aos cuidados de um mercado eficiente) ou pela necessidade de garantir a competição em determinados setores, fazendo com que a atividade econômica coadune-se com o projeto de país previsto por nossa Magna Carta.

---

[7] FARIA, José Eduardo C. O. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p. 8.

Deve-se destacar que a desestatização ocorrida no país com a entrega da prestação de serviços públicos ao setor privado e a privatização de empresas estatais não significam a retirada do Estado da economia, nem o abandono da concepção de Estado Social. Nesse sentido, Aragão[8] afirma:

> Refutamos assim a correlação necessária que às vezes se faz entre Estado social e estatização. A democraticidade do Estado, apesar de não excluir, não pressupõe a estatização. A ordem econômica constitucional dos Estados Democráticos deixa, dentro dos limites já assinalados, espaço para uma maior ou menor estatização ou intervenção na economia.

Outrossim, Barroso[9] ensina que a delegação às empresas privadas não retira a natureza de serviço público, na medida em que o Estado "*conserva responsabilidades e deveres em relação a sua prestação adequada*", e Sundfeld[10] esclarece que a implantação das agências não importa em processo de privatização, cuja recíproca também não é verdadeira.

Marques Neto destaca que nessa nova configuração o Estado "*estará presente, porém definido os marcos regulatórios. O que será substancialmente distinto será a forma de intervenção, seja no que concerne aos seus pressupostos, como objetivos e instrumentos*".[11]

Ao abordar o tema, complementa Mattos:[12]

---

[8] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 509 p. 58.

[9] BARROSO, Luís Roberto. Apontamentos sobre as Agências Reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre de (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p. 109-131, p. 116-117.

[10] SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p. 17-38. p. 19.

[11] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: ABAR, 2000. p. 53.

[12] MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação Econômica e Democrática. *In*: FARIA, José Eduardo C. O. *(Org.). Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p. 43-66. p. 56.

> Diante desse quadro normativo, a mudança na forma de atuação do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica, conforme previsto no artigo 174 da Constituição Federal de 1988, constitui o principal elemento de transformação jurídico-institucional introduzida pelo projeto de reforma do Estado no Brasil. E o que caracteriza e define tal mudança é a criação de agências de regulação como órgãos responsáveis por certos setores da economia, principalmente por aqueles caracterizados como de infra-estrutura e serviços públicos, com funções normativas e reguladoras orientadas especialmente pelos princípios constitucionais da livre concorrência e da defesa do consumidor.

Cabe uma pequena digressão histórica, a fim de compreender a evolução da forma de intervenção do Estado brasileiro na economia. Lehfeld[13] menciona que a estatização iniciou-se a partir da década de 30 do século passado, pois até então a prestação dos serviços públicos era realizada pela iniciativa privada, sob regulamentação. Posteriormente, numa fase organizacional, para atendimento das necessidades coletivas, criou-se as autarquias, conforme os ensinamentos de Marques Neto,[14] e, mais adiante, as sociedades de economia mista e empresas públicas, para concretizar o novo papel do Estado, qual seja de explorador de atividade econômica. No próximo passo da evolução, tem-se o Estado Regulador.

Em que pese as palavras do então Ministro do MARE, anteriormente referidas, a vinculação da terminologia "Estado Regulador" à ideologia neoliberal não procede, uma vez que regulação não pode ser compreendida como privatização

---

[13] LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 232 p. 149.

[14] MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.° 1, março, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com>. Acesso em: 15/07/2006. 14 p. 3-4.

e enxugamento do Estado. Precisa ser entendida como um fenômeno maior de transformação do perfil de intervenção econômica do Estado, que não significa a adoção de um Estado Liberal, nem Mínimo.

Para entender o novo perfil de intervenção estatal, faz-se necessário trazer a cotejo uma definição da atividade de regulação. Para tanto, adota-se o conceito apresentado por Aragão:[15]

> [...] regulação estatal da economia é o conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis.

Cita-se ainda sobre o tema regulação, a lição de Campos e Santiago Junior:[16]

> Em sua versão contemporânea, a regulação pode ser entendida como o processo composto da desregulamentação de um segmento da economia funcionando de modo planificado, seguida de novo estabelecimento de regras de funcionamento, com vistas a preservar condições de concorrência e, conseqüentemente, eficiência. Note-se que, neste texto, a palavra regulamentação está associada à idéia de funcionamento planificado de um setor da economia. Essa planificação pode ser obtida por meio de um conjunto de normas e procedimentos originados no interior do Estado, traduzindo em leis, decretos, portarias, e instruções normativas; e/ou pela presença direta do Estado no sistema produtivo, através da criação de empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações e etc.

---

[15]ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 29.

[16]CAMPOS, Anna Maria; SANTIAGO JUNIOR, Dércio. Regulação gradual: a opção de aprendizagem. In: CADERNOS ADENAUER II (2001), n.° 3, Burocracia e Reforma do Estado, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, jul. 2001. 109 p. 97-108. p. 109.

Neste contexto, surgem as Agências Reguladoras – ARs – no Brasil, tanto na esfera federal como na estadual e municipal, concebidas como entidades autárquicas em regime especial. Essas são entidades criadas por lei, algumas inclusive com previsão constitucional como a ANATEL e a Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis – ANP – e a sua nota de especialidade, a qual deve "*ater-se ao ordenamento jurídico-constitucional vigente*",[17] concentra-se em maior autonomia. Moraes[18] afirma que "*a grande novidade das Agências Reguladoras consiste em sua maior independência em relação ao Poder Executivo, apesar de fazer parte da Administração Pública Indireta*". Ferreira Filho[19] ainda aponta que o objetivo dessas agências é a independência no tocante às "*vicissitudes político-partidárias*".

Uma importante característica da criação das ARs é a segregação entre o órgão que normatiza, fiscaliza e planeja, ou seja, que regula àquela determinada atividade econômica, daquele que efetivamente presta o serviço, o que não ocorria no monopólio estatal. Macedo[20] clarifica:

> Desse modo, a saída do Estado na atuação econômica, especialmente naquelas atividades que configuravam serviço público, acabou por evidenciar a separação do que antes convivia conjuntamente: o órgão regulador e o prestador de serviço. Tal evidencia-se, claramente, no setor de telecomunicações, em que o antigo Sistema

[17]Observação de ARAUJO, Edmir Netto. A Aparente Autonomia das Agências Reguladoras. *In* MORAES, Alexandre (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p 39-55. p. 39.

[18]MORAES, Alexandre de. Agências Reguladoras. *In*: MORAES, Alexandre de (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p. 13-36.

[19]FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Reforma do Estado: o papel das agências reguladoras e fiscalizadoras. *In*: MORAES, Alexandre de (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p. 133-143. p. 110.

[20]MACEDO, Jaqueline Mainel Rocha de. Discricionariedade Técnica e Função Normativa em Setores Regulados, e sua Identificação na Lei Geral de Telecomunicações. *In*: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito das Telecomunicações: Estrutura Institucional Regulatória e Infra-estrutura das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: JR Gráfica, 2005. 250 p. 121-187. p. 124.

> Telebrás concentrava a prestação do serviço de telefonia e a expedição de normas regulamentadoras.
>
> A separação das duas faces de ação estatal configura, então, a distinção entre intervencionismo direto e o intervencionismo indireto. O primeiro ligado à prestação direta de determinado serviço pelo Estado, e o segundo concernente à atividade de fiscalização, regulamentação e monitoramento da atividade econômica.

Moreira e Maças[21] esclarecem os objetivos de uma agência reguladora, para a qual adotam a terminologia de Autoridade Administrativa Independente – AAI. Rezam os autores portugueses:

> Pode dizer-se que as autoridades administrativas independentes visam corresponder a necessidades que se fazem sentir em dois domínios fundamentais: por um lado, assegurar a regulação de sectores sensíveis ou estratégicos, cuja actividade tem de se desenvolver num ambiente de liberdade e concorrência; por outro lado, proteger os direitos dos administrados, em especial, os novos direitos à transparência e à informação, contra o risco de actuação burocrática arbitrária da administração.

Outra nota fundamental dessas entidades é o seu poder normativo que implica a criação de ordenamentos setoriais e que decorre diretamente da sua lei criadora, conforme ensinamento de Rezio:[22]

> [...] a pluralização das fontes normativas conjugada à descentralização do aparato estatal, pela criação de entes ou órgãos autônomos independentes, representam o grande paradigma finalístico do Estado Moderno. Nesse contexto, a normatização setorial constitui eficaz instrumento

---

[21]MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 318 p. 24.

[22]REZIO, Juliana Oliveira. O Poder Normativo do Executivo e a Separação de Poderes. In: ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito das Telecomunicações: Estrutura Institucional Regulatória e Infra-estrutura das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: JR Gráfica, 2005. p. 81-120. p. 101 e 112.

> regulatório diante dos mecanismos, até então, adotados pelo Estado.
>
> [...]
>
> As leis atributivas de poder normativos às entidades reguladoras possuem baixa densidade normativa a fim de propiciar o desenvolvimento de ordenamentos setoriais, estabelecendo, apenas, parâmetros bem gerais de regulamentação a ser efetivada pelo ente regulador uma vez que a competência normativa da entidade encontra-se prevista em sua lei de criação.

A nossa Norma Fundamental consagrou, no art. 170, os princípios da ordem econômica, fundada na livre iniciativa, destacando-se a livre concorrência, a soberania nacional, a propriedade privada, a função social da propriedade, o pleno emprego e a defesa do consumidor, entre outros. Veja-se que a livre iniciativa nunca impediu a intervenção estatal, uma vez que ao seu lado se impõe a observância aos ditames da justiça social. Outrossim, os princípios justificam, inclusive, a exploração da atividade econômica de forma monopolista pelo Estado.

O art. 174, *caput*, da Constituição Federal contempla essa nova configuração, ao determinar que o Estado, como agente normativo e regulador, exerça as funções de fiscalização, incentivo e planejamento.

Com a edição das Emendas Constitucionais n.°s 5, 7 e 8, promulgadas em 15 de agosto de 1995, substancialmente, ocorre a quebra do monopólio de exploração dos serviços públicos pelo Estado, permitindo, por exemplo, que os serviços de gás canalizando (Emenda Constitucional n.° 5/95) e de telecomunicações (Emenda Constitucional n.° 8/95) pudessem ser explorados por empresas privadas, através de concessão, autorização ou permissão. Igualmente, amplia-se a possibilidade de participação do capital estrangeiro nas concessões, com a modificação do conceito de empresa brasileira.[23]

---

[23]Nesse sentido, ver GROTTI, *O Serviço*, p. 150.

Embora o intuito deste trabalho não ser a discussão crítica sobre todo o processo de Reforma do Estado vivenciado pelo nosso país, cabe demonstrar a existência de vozes destoantes como Grau, que profere crítica à Emenda Constitucional n.° 8/95:[24]

> A Emenda Constitucional n° 8/95 conferiu novas redações ao inciso XI e à alínea "a" do inciso XII do art. 21 da Constituição.
>
> O inciso XI referia concessão a *empresas sob controle acionário estatal* dos "serviços telefônicos, telegráficos, de transmissão de dados e demais serviços públicos de telecomunicações". A nova redação conferida ao preceito, que menciona singelamente *serviços de telecomunicações*, refere simplesmente a autorização, concessão ou permissão dos serviços, o que importa em que possam vir ser privatizados. Este terá sido, seguramente, o objetivo maior visado pelo Poder Executivo na proposição da reforma constitucional, em coerência com o programa neoliberal de internacionalização econômica. O interesse das multinacionais sobretudo na telefonia celular é bem marcante, articulando-se com grande eficiência.

Bonavides reforça o caráter social presente na Carta Constitucional de 1988, a qual não pode ser afastada do ordenamento. Assim, todo e qualquer instituto deve ser interpretado conforme os preceitos contidos nela. Prega o autor[25]:

> A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais uma Constituição do Estado Social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm de ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição do Estado liberal, outra a Constituição do Estado Social. A primeira é uma Constituição antigoverno

---

[24]GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 351 p. 267.
[25]BONAVIDES, PAULO. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 793 p. 366.

> e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo no Direito e ao absolutismo no Poder.

Dessa forma, as Agências, como todo e qualquer instituto jurídico do nosso ordenamento, precisam ser pensadas e avaliadas dentro da concepção de um Estado Social, a fim de concretizar o projeto de país insculpido na Carta Política de 1988.

Antes de passar-se ao estudo da ANATEL, cabe mais uma consideração. Existe uma espécie de preconceito em relação a essas entidades, possivelmente gerada pela inspiração e adoção da nomenclatura norte-americana[26] e pela alegação de que representam a opção pelo Estado Liberal, fato que não subsiste a uma pesquisa aprofundada sobre o tema. Barroso[27] adverte:

> A questão que se vive hoje da desconstrução do Estado brasileiro, por ruim que possa ser, não é uma opção ideológica, é uma inevitabilidade histórica. É preciso, assim, pela primeira vez na história do Brasil, publicizar o Estado, não importa o tamanho que ele tenha.

Reforçando os argumentos trazidos anteriormente, leciona Sundfeld[28]:

> Não é correto supor que agência reguladora seja sinônimo de processo de privatização, e vice-versa. Autoridades com poderes de regulação existem para todos os setores, não só para os privatizados (mencionem-se os órgãos de defesa da concorrência e os voltados ao mercado financeiro). Agências Reguladoras existem em países que nunca conheceram os fluxos de estatização e privatização, como os Estados Unidos. Privatizações foram

---

[26]Ver ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 37.
[27]BARROSO, *Op. Cit.*, p. 110.
[28]SUNDFELD, Carlos Ari. Introdução às Agências Reguladoras. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p. 17-38. p. 19.

> implementadas sem que o Estado se preocupasse em ampliar sua função regulatória, que por o setor não o justificar (caso das desestatizações de empresas siderúrgicas e petroquímicas federais no Brasil dos anos 80), quer por opção política (caso das privatizações de serviços básicos na Argentina da década de 80).

A constituição desses órgãos revela uma idéia de afastamento das vicissitudes do jogo político-partidário, uma vez que regulam setores estratégicos para a sociedade, sendo consideradas entidades de Estado, ao invés de entidades do Governo. Setores como telecomunicações, energia elétrica, petróleo e transportes (regulados, respectivamente, pela ANATEL; Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL; ANP; Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT; Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ; e Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC) entre outros, exigem investimentos a longo prazo, que necessariamente ultrapassam o lapso temporal de um mandato. Dessa forma, não podem ficar a sua mercê, sob pena de comprometer o desenvolvimento e o crescimento do País. Nesta esteira, corrobora Marques Neto:[29]

> A razão para tanto não nos parece muito complexa. Dissemos há pouco que o surgimento destes órgãos coincide com um novo estágio de regulação estatal marcado pela separação entre o prestador do serviço essencial e o ente encarregado de regulá-la. Em se tratando de serviços ou atividades de relevância coletiva, de elevado impacto social, teremos sempre uma relação tripartida. Há i) o produtor da utilidade pública; ii) o seu consumidor; e iii) o poder público.

A criação da ANATEL foi possibilitada pela Emenda Constitucional n.° 8, de 15 de agosto de 1995, a qual alterou a redação dos incisos XI, alínea a, e XII do art. 21 da Constituição

---

[29]MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos*, p. 29.

Federal, permitindo a outorga de serviços de telecomunicações, através de concessão, permissão ou autorização, a entidades privadas. Ademais, determinou a necessidade de lei para definir essa outorga, a qual também deveria dispor sobre a organização dos serviços de telecomunicações e a criação de órgão regulador, entre outros aspectos institucionais.

Em atendimento ao mandamento constitucional, em 16 de julho de 1997, foi editada a Lei n.° 9.472, conhecida como Lei Geral de Telecomunicações – LGT –, criando a Agência Nacional de Telecomunicações, autarquia federal em regime especial, integrante da administração indireta e vinculada ao Ministério das Comunicações, com função de órgão regulador.

Oportuno trazer aqui um questionamento, ainda que raramente apontando, que seria a contradição em estabelecer uma entidade, dotada de personalidade jurídica, em relação ao texto da Carta Política que prevê a criação de órgão regulador.[30] A criação de órgãos na administração decorre do fenômeno da desconcentração administrativa, não possuindo personalidade jurídica e ficando hierarquicamente subordinados ao órgão ao qual pertencem, enquanto que a instituição de autarquias corresponde à descentralização da administração, criando-se pessoas jurídicas para o exercício de determinadas atividades, restando estas vinculadas a algum órgão do respectivo poder, sem relação de hierarquia,[31] mas tão-somente de supervisão, de tutela.

Interessante mencionar que no art. 2°, inciso IV, da LGT consta a obrigação do Poder Público em fortalecer o papel regulador do Estado.

2.2 A ANATEL e o Modelo Regulatório

À ANATEL compete organizar a exploração dos serviços de telecomunicações, por expressa delegação da União, nos

---

[30] ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo, 2007. 432 p. 154.

[31] Sobre o assunto, ver ZIMMER JÚNIOR, *Op. Cit.*, p. 130-161.

termos do art. 1°, *caput*, da LGT, o que inclui a regulamentação e a fiscalização do setor, entre outros aspectos.

A LGT no seu art. 8°, § 2°, destaca que a natureza de autarquia especial caracteriza-se, *in verbis*: "*por independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes e autonomia financeira*". O Decreto n.° 2.238, de 07 de outubro de 1997, que aprovou o Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações e marcou a instalação da entidade, contém disposição semelhante no seu art. 1°, § 2°.

O órgão máximo da ANATEL é o Conselho Diretor, composto por 5 conselheiros, equiparados a Secretários-Executivos de Ministérios,[32] dentre os quais será nomeado o Presidente, decidindo por maioria absoluta e não existindo a possibilidade de abstenção. Todos os conselheiros serão brasileiros, de reputação ilibada, com formação universitária e elevado conceito no campo de especialidade. São escolhidos pelo Presidente e por ele nomeados, após sabatina do Congresso Nacional, consoante disposto no art. 23 da LGT e art. 5° da Lei n.° 9.986, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras, também chamada de Lei Geral das Agências – LGA.

O mandato dos conselheiros é não coincidente e de 5 anos. A vedação da recondução foi retirada pela LGA, a qual suprimiu a parte final do *caput* do art. 24 da LGT. Para estabelecer a não coincidência, os mandatos iniciais foram estabelecidos com prazos de duração diferenciados, nos termos do art. 25 da LGT.

A LGA determinou, no art. 9°, que os conselheiros só perdem o mandato em caso de renúncia, condenação judicial transitada em julgado ou processo administrativo disciplinar, autorizando que a lei de criação de cada Agência

[32] A eles são assegurados os mesmos direitos, vantagens, prerrogativas e tratamento, inclusive protocolar, nos termos do parágrafo único do art. 20 da LGT.

elencasse outras condições. Embora a LGT, ainda que anterior, se coadunasse perfeitamente com as normas gerais estabelecidas naquela, ressalvando outra hipótese no § 1° do artigo 26, além de outras estabelecidas por leis criminais ou pela Lei de Improbidade Administrativa, Lei n.° 9.429, de 2 de junho de 1992, qual seja a inobservância dos deveres e proibições inerentes ao cargo, inclusive no tocante ao descumprimento das políticas setoriais estabelecidas pelo Governo e pelo Parlamento, a LGA revogou expressamente todo o art. 26 da LGT.

O Conselho é chefiado por um Presidente, escolhido dentre seus membros, nomeado pelo Presidente da República e investido na função pelo prazo fixado no ato de nomeação, consoante § único do art. 5° da LGA e a revogação expressa do art. 31 da LGT que estabelecia o prazo de 3 anos e a impossibilidade de recondução na função de Presidente do Conselho.

A LGT estabelecia nos arts. 28 e 31 o regime de incompatibilidade dos dirigentes, restando vigente apenas o art. 31 que proíbe a representação de pessoas e interesses por ex-conselheiros até um ano após o término do mandato e a utilização de informações privilegiadas obtidas em decorrência do cargo. O art. 28 vedava o exercício de qualquer outra atividade profissional, empresarial, sindical ou de direção política, bem como a existência de interesse significativo, direto ou indireto, em empresa de telecomunicações, tendo sido expressamente revogado pela LGA.

A LGA impõe um período de quarentena aos ex-dirigentes, definido em quatro meses, durante o qual ficarão vinculados à respectiva agência e receberão remuneração compensatória equivalente ao cargo ocupado, nos termos do art. 8°, com redação dada pela Medida Provisória n.° 2.216-37/2001.

À Agência também foi destinada a administração exclusiva do Fundo de Fiscalização das Telecomunicações – FISTEL –, cujas taxas são devidas em razão da fiscalização exercida.

Interessante notar que a LGA também determina que a licitação nas agências poderá ser realizada nas modalidades de consulta e pregão, observados os arts. 55 e 58 da LGT, e nos termos de regulamentação própria.

O organograma da Agência contempla um Conselho Consultivo, no qual a sociedade tem assento, uma Procuradoria, uma Corregedoria, uma Biblioteca e uma Ouvidoria, além das unidades descentralizadas.

Inicialmente, a LGA determinou que o quadro pessoal efetivo da agência seria regido pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT – em regime de emprego público, disposição com eficácia suspensa pela liminar *ad referendum* do Plenário do STF na ADI 2310, de Relatoria do Ministro Carlos Velloso, a qual foi julgada prejudicada, em face da edição da Lei n.° 10.871, de 20 de maio de 2004, que impôs o regime estatutário aos integrantes do quadro pessoal efetivo das Agências Reguladoras, este sim, em consoante orientação do STF, compatível com a atividade desenvolvida por estas entidades, qual seja, essencialmente, o exercício do poder de polícia administrativa.

O modelo regulatório do setor de telecomunicações adotado no Brasil impõe um papel multifacetado e interdisciplinar ao órgão regulador, na medida em que concentra a regulação econômica, técnica, de acesso ao mercado e de proteção da concorrência,[33] esta última em interação com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE. Dessa forma, à ANATEL incumbe diversas atribuições, dentre as quais: controle, gerenciamento e revisão de tarifas dos serviços prestados em regime público (concessionárias do serviço de telefonia fixa comutada); expedição de atos de outorga, administração do espectro de radiofreqüências e estabelecimento de metas e padrões de qualidade; regulamentação

[33]ANATEL. Curso de Formação para os Candidatos ao Cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações. Módulo V: Defesa da Concorrência em Telecomunicações. Instrutores: Carlos Jacques Gomes, Daniela Arbex e Miguel Mattos. Brasília: CESPE, 2005. 67 p. 53.

da interconexão; e a repressão de infrações à ordem econômica e aos direitos dos usuários. Estas competências, insculpidas nos incisos do art. 19 da LGT, representam, respectivamente, as quatro esferas de regulação anteriormente citadas.

Cabe aludir à função antitruste da Agência, que ao disciplinar o setor deve observar os princípios da ordem econômica, cujas normas gerais, quando não conflitantes com o disposto na LGT, também se aplicam às telecomunicações. Neste ponto, o órgão regulador abarca o papel de garantir o acesso de novas prestadoras, denominado de regulação de acesso ao mercado, bem como de proteção da concorrência. Assim, observa-se uma interessante interface com a autoridade antitruste brasileira, o CADE, organizado pela Lei n.° 8.884/94, de 11 de junho de 1994.

A ANATEL, na matéria referente ao setor de telecomunicações, substitui a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça – SDE – ou a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, dependendo do caso, respondendo pela instauração e pela instrução do processo, cujo julgamento é atribuição do CADE.

Tendo em vista as competências regulatórias exercidas pela ANATEL, demonstra-se a adoção da configuração institucional chamada de *isenção antitruste*,[34] na medida em que a Agência também aplica a lei de proteção da concorrência. Ressalta-se que a aplicação não é exclusiva do órgão regulador nem abarca o julgamento destes processos, limitando-se à instauração e à instrução dos mesmos. O Poder decisório continua designado à autoridade antitruste. Em face destas peculiaridades, verifica-se uma aproximação com o Modelo de Competências Concorrentes, no qual ambas entidades aplicam a legislação concorrencial, cuja atuação de uma não afasta a competência da outra.[35]

Para Grotti[36] a atividade das ARs abarca uma regulação tripla: regulação dos monopólios, regulação para a

[34] ANATEL, *Op. Cit.*, p.52.
[35] ANATEL, *Op. Cit.*, p. 65-66.
[36] GROTTI, *O Serviço*, p. 157.

competição e a regulação social. Respectivamente, seus objetivos são: atenuar os efeitos das forças de mercado, assegurar e promover a concorrência e universalizar os serviços.

Coutinho[37] destaca a importância da regulação social, especialmente no contexto em que foi implementada a privatização na América Latina, no qual se encaixa o processo de desestatização e de privatização sofrido pelo Brasil na última década. Prega o autor:

> A forma como as privatizações foram implementadas na América Latina em geral preteriu à universalização em favor da maximização do valor das estatais em leilão. As conseqüências disso são de difícil antecipação, mas há claros indícios de que não haverá inclusão da população de baixa renda à rede de serviços públicos como resultados das reformas, a não ser que os escopos da regulação econômica passem a valorizar uma racionalidade distinta.
>
> Uma regulação econômica de conteúdo verdadeiramente redistributivo deve criar mecanismos rígidos de universalização dos serviços, bem como de investimentos em expansão das infra-estruturas o mais independente possível de fatores políticos ou econômicos de curto prazo.

Intrigante questão se coloca em relação à existência de serviços de telecomunicações de interesse coletivo que podem ser prestados, concomitantemente, em regimes jurídicos de direito privado e direito público, nos termos dos arts. 63 e 64 da LGT. A diferenciação reside no tipo de outorga do serviço e nas obrigações da prestadora. Atualmente, o único exemplo é o Serviço de Telefonia Fixa Comutada, que no regime público, exclusiva hipótese expressamente contemplada pela LGT, é executado mediante concessão ou permissão, atribuindo-se à prestadora as obrigações de universalidade e continuidade, as quais inexistem no regime privado, outorgado mediante autorização. Esta diferenciação de regimes é

[37]COUTINHO, Diogo R. Privatização, regulação e o desafio da universalização do serviço público no Brasil. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p. 67-94. p. 93.

apontada como inconstitucional por Aguillar,[38] porque se admitiria a prestação de um serviço público pela iniciativa privada, sem submissão aos preceitos do art. 175 da Constituição. No entanto, tal questão não tem sido objeto de debate.

A ANATEL submete-se ao controle do Poder Judiciário, do Poder Legislativo e do próprio Poder Executivo, como toda entidade integrante da administração pública. No entanto, constatam-se algumas particularidades em face do seu regime especial que lhe garante maior autonomia, tentando afastar a ingerência do jogo político-partidário. Nesta esteira, Marques Neto[39] ressalta a impropriedade do argumento de ausência de controle sobre as agências reguladoras, que são fiscalizadas tanto interna quanto externamente.

Para esse autor,[40] o controle divide-se em quatro espécies: de gestão, de cumprimento das políticas públicas, contra abusos e ilegalidades e relativo ao alcance das finali-dades e metas da regulação.

O Poder Judiciário atua controlando a legalidade de seus atos. Não se pretende discutir a sindicabilidade do mérito dos atos administrativos, merecendo, nesse caso, destaque a discricionariedade técnica do órgão regulador, uma vez que regula um setor extremamente dinâmico e tecnológico, sobre o qual o juiz não tem condições técnicas de adentrar, *v.g.*, questões tecnológicas.

Neste sentido, Barroso[41] aponta:

> É bem de ver que, em matéria de agências, é decisivo que o Judiciário seja deferente em relação às decisões administrativas. Ou seja, o Poder Judiciário somente deverá invalidar decisão de uma agência reguladora quando evidentemente ela não puder resistir ao teste de razoabilidade, moralidade e eficiência. Fora dessas hipóteses,

---

[38] AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. 302 p. 273.
[39] MARQUES NETO, *Agências reguladoras: instrumentos*, p. 55.
[40] MARQUES NETO, *Balanço*, p. 12.
[41] BARROSO, *Op. Cit.*, p. 127.

> o Judiciário deve ser conservador em relação às decisões das agências, especialmente em relação às escolhas informadas por critérios técnicos, sob pena de cair no domínio da incerteza e do subjetivismo.

Com relação à fiscalização exercida pelo Poder Legislativo, menciona-se a participação da Agência nas comissões e audiências públicas no Congresso e a prestação de informações, bem como a prerrogativa contemplada no art. 49, inciso V, que possibilita ao Congresso sustar ato normativo do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites da delegação legislativa. Outrossim, o Parlamento também conta com auxílio do Tribunal de Contas da União, fulcro art. 71 da Constituição Federal.

Aqui se ressalta a atuação do TCU em relação às agências reguladoras, a qual é balizada por 22 diretrizes constantes do controle de regulação proposto pela INTOSAI – Organização Internacional das Entidades Fiscalizadoras Superiores – na qual se inclui o TCU, dentre as quais se destacam: aquisição de competência técnica pela entidade de fiscalização; competência técnica, integridade, imparcialidade e poderes do órgão regulador; universalidade, segurança e qualidade do serviço; eficiência, custos e investimento das prestadoras dos serviços; controle de preços; arcabouço regulatório; e desenvolvimento da competição.[42]

No tocante à ANATEL, o TCU tem sido bastante incisivo, a fim de que a entidade se torne mais eficiente e atenda aos anseios dos usuários dos serviços de telecomunicações, conforme pode ser constatado nas conclusões do relatório da auditoria operacional de 2006 – Acórdão n.° 2.109/2006, constante da Ata 46/2006 (Plenário - Sessão 14/11/2006 – Aprovação 22/11/2006 - Dou 23/11/2006):

---

[42]BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O Controle Externo das Agências Reguladoras: questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural. Brasília: TCU, SEFID, 2003. 28 p. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,456479&_dad=portal&_schema=PORTAL>. Acesso em: 17/10/2007. p. 9-11.

538. Conclui-se das observações apresentadas neste relatório que existem limitações nos processos de regulamentação, de fiscalização e de sanção que comprometem a atuação da ANATEL no acompanhamento da qualidade da prestação dos serviços de telecomunicações pelas empresas operadoras. Soma-se a essas constatações a não priorização de uma política de educação dos usuários e o fato do órgão regulador não ter como foco os usuários na execução dos processos acima descritos.

Dentre as extensivas recomendações expedidas pelo Tribunal à ANATEL, destacam-se as abaixo colacionadas:

9.1.6. com fulcro no art. 3º da Lei 9.572/1997, formule e apresente a este Tribunal, no prazo de 180 (cento e oitenta) dias contados da ciência deste acórdão, diretrizes para promoção de uma política de informação e educação dos usuários de telecomunicações, que contemplem, prioritariamente, os seguintes aspectos:

9.1.6.1. maior participação dos usuários nas decisões regulatórias da ANATEL;

9.1.6.2. reativação do Comitê de Defesa dos Usuários;

9.1.6.3. a disseminação dos direitos e deveres dos usuários e das obrigações das prestadoras relativamente a esses serviços;

9.1.6.4. política de incentivo à criação de conselho de usuários junto às prestadoras dos principais serviços de telecomunicações e política de educação dos participantes desses conselhos;

9.2.2.4. revise as estratégias de fiscalização para atender os aspectos mais cobrados pelos usuários, em especial, questões relativas à qualidade e presteza no atendimento de suas necessidades e reclamações à correção na cobrança realizada por meio da conta telefônica;

9.2.5. com vistas a inibir o não-atendimento ou o atendimento inadequado ao usuário, adote medidas no sentido

> de sancionar com maior rigor as operadoras de telefonia quando as reclamações dos usuários dirigidas ao call center da ANATEL não tenham sido adequadamente atendidas pelas operadoras sem motivo justificado.[43]

Nesse ponto, pode-se questionar a amplitude do controle exercido pelo TCU. Barroso possivelmente enxergaria no relatório supracitado inconstitucionalidade, consoante se extrai de sua lição:[44]

> É fora de dúvida, assim, que o Tribunal de Contas não pode avançar sua atividade fiscalizatória sobre a atividade-fim da agência reguladora, em clara violação ao princípio fundamental da separação dos Poderes.
>
> Logo, não pode o Tribunal de Contas, por exemplo, questionar decisões político-administrativas das agências reguladoras, tampouco requisitar planilhas e relatórios expedidos pela agência ou por concessionário, que especifiquem fiscalização e procedimentos adotados na execução contratual. Somente lhe cabe informar-se sobre o que possa ser legitimamente objeto de sua apreciação.

Na esfera do Poder Executivo, não se vislumbra controle hierárquico, em face da disposição do art. 8°, § 2°, da LGT, e da inexistência de previsão de recurso hierárquico impróprio, mas apenas um controle sobre o atendimento das políticas públicas, que estão no âmbito da competência do Governo. Nessa esteira, leciona Ferreira Filho:[45]

> Assim, seus atos, normativos ou não, fogem à revisão pelas autoridades do Executivo, seja o Ministro a cujo departamento o ente estiver vinculado, seja, em última instância, ao Presidente da República.
>
> Entretanto, não é seguro que prevaleça essa interpretação, à vista dos precedentes. Estes são no sentido de que o

[43]Grifo não original.
[44]BARROSO, *Op. Cit.*, p. 130.
[45]FERREIRA FILHO, *Op. Cit.*, p. 140.

chefe do Executivo pode sempre rever atos da administração indireta.

Existe também a fiscalização desempenhada por parte da Controladoria-Geral da União – CGU –, relativa à gestão de patrimônio e de recursos públicos, além de outras funções.

Por fim, o organograma da Agência contempla os órgãos de ouvidoria, auditoria e corregedoria que exercem a atividade de controle interno.

3 Os Atributos de Autonomia e Independência da ANATEL

Inicialmente, buscou-se identificar na doutrina a delineação do conceito de independência, característica considerada como marca diferencial das agências reguladoras, e de autonomia, deparando-se com um quadro de inexistência de definição precisa do que seria a independência e a autonomia desses entes. Ainda assim, menciona-se algumas notas de consenso em relação à ausência de independência absoluta, à constatação de autonomia reforçada e à importância desses atributos.

Faz-se a ressalva que a análise desses atributos dar-se-á de forma conjunta, pois estão intrinsecamente conectados.

Prima facie, destaca-se que a expressão "independência administrativa" da ANATEL já foi atacada na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.° 1.668/DF, que objetivava fulminar diversos dispositivos e expressões da LGT, uma vez que aquela seria estranha às instituições e às normas de Direito Administrativo decorrentes da Constituição Federal, em síntese, ferindo a competência do Presidente da República de direção superior da Administração Pública, a competência do Ministro pertinente de supervisão, a impossibilidade de regime especial e o atributo de independência concedido apenas aos três poderes. A ação foi proposta pelos Partidos Comunista do Brasil, dos Trabalhadores, Democrático Trabalhista e

Socialista Brasileiro. No tocante à referência à independência administrativa da ANATEL contida nos arts. 8°, § 2°, e art. 9° da LGT, o Tribunal, por votação unânime, não conheceu da ação direta de inconstitucionalidade.

Nos termos do voto do Relator, Ministro Marco Aurélio, a expressão independência administrativa exarada na LGT, não afasta a tutela por parte da própria administração pública federal, nem implica entidade soberana, afastada do controle pertinente, compreendendo-se a independência, como autonomia.

Passa-se a uma análise das idéias doutrinárias sobre o tema. Lehfeld[6] ressalta a importância da independência:

> A independência efetiva da ANATEL se reveste de particular importância, pois permite que sejam atingidas a credibilidade e a eficiência das políticas regulatórias. A introdução da concorrência e o cumprimento das metas de universalização dos serviços só ocorrerão, de fato, com a presença de uma agência que detenha força e independência suficientes para implementar essas políticas regulatórias.

Sifontes[47] identifica o atributo da independência como maior grau de autonomia na tomada de decisões sem a influência do Governo e dos regulados. Veja-se:

> Neste sentido, quando falamos de independência, nos referimos ao grau de autonomia que o regulador possui para tomar decisões isoladas do poder político e das firmas reguladas, assumindo que a regulação de serviços públicos tem como finalidade: proteger os consumidores do abuso das firmas com poder de mercado, proteger os investimentos de oportunismo governamental e promover a eficiência econômica.

---

[46]LEHFELD, *Op. Cit.*, p. 96.

[47]SIFONTES, Domingo. *Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: una Revisión de la Literatura*. Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas. Disponível em: <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>. Acesso em 06/08/2007. p. 13. Tradução livre.

Moraes[48] fala em independência funcional e financeira das ARs, delineada pela autonomia financeira, assegurada pela disponibilidade de recursos humanos, infra-estrutura material e dotação orçamentária; pela possibilidade de escolha dos instrumentos de regulação e pela forma de nomeação de seus dirigentes.

Já Wald e Moraes[49] apresentam uma definição diferenciada, focada nos resultados, conforme se percebe do fragmento abaixo:

> Tem-se entendido que uma regulação eficiente deve atender a dois requisitos essenciais: *a independência da agência reguladora* (definida como a capacidade de buscar prioritariamente o atendimento dos direitos e interesses do usuário e a eficiência da indústria, em detrimento de outros objetivos conflitantes, tais como a maximização do lucro, em sistemas monopolistas, a concentração de empresas em setores mais rentáveis do mercado, ou a maximização das receitas fiscais) e *a escolha de instrumentos que incentivem a eficiência produtiva e alocativa.*
>
> [...]
>
> São identificadas quatro dimensões que caracterizam uma agência reguladora: a independência decisória, a independência de objetivos, a independência de instrumentos e a independência financeira.

Com propriedade, Aragão[50] sintetiza as características desse atributo, destacando seu caráter não absoluto, a sua definição como uma autonomia reforçada e a sua instrumentalização. É de sua dicção:

---

[48]MORAES, *Op. Cit.*, p. 25-26.

[49]WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de. Agências Reguladoras. Revista de Informação Legislativa, a. 36, n.° 141, jan./mar., 1999. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-12.pdf>. Acesso em: 08/01/2008. p. 145-146.

[50]ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 9-10.

> Entendemos que a independência das agências reguladoras deve ser tratada sem preconceitos ou mitificações de antigas concepções jurídicas que, no mundo atual, são insuficientes ou mesmo ingênuas. Com efeito, limitar as formas de atuação e organização estatal àquelas do século XVIII, ao invés de, como afirmado pelos autores mais tradicionais, proteger a sociedade, retira-lhe a possibilidade de regulamentação efetiva dos seus interesses.
>
> É importante desde já frisar que a qualificação de "independente", comumente atribuída às agências reguladoras, deve ser entendida em termos. Em nenhum país onde foram instituídas possuem independência em sentido próprio, mas apenas maior ou menos autonomia, dentro dos parâmetros fixados pelo ordenamento jurídico. Em outras palavras, o termo "independência" utilizado não é, logicamente, equivalente a "soberania", mas sim a uma efetiva descentralização autônoma, a uma autonomia "reforçada" em comparação com a autonomia das demais entidades da Administração Indireta, o que, como será delimitado ao longo do trabalho, não exclui a coordenação pela Administração central.
>
> Neste sentido, as principais notas da autonomia/independência das agências reguladoras são a impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes, a organização colegiada, a formação técnica, competências regulatórias e a impossibilidade de recursos hierárquicos impróprios; sendo que apenas a conjunção destes elementos resultará na conceituação de uma entidade como agência reguladora independente.

Mendes[51] apresenta esse atributo como a impossibilidade de ingerência do Governo na atividade da Agência: "*Tem como característica fundamental independência em relação ao poder político, [...], podendo realizar as atividades de regulação (fiscalização, produção de normas, solução de conflitos etc.) sem qualquer ingerência do núcleo do Poder Executivo*".

---

[51]MENDES, *Op. Cit.*, p. 135.

Neto[52] aborda o tema como uma característica inerente à garantia do exercício politicamente neutro da regulação, devendo ser entendida com um "*conteúdo restrito a quatro aspectos: a independência dos gestores, a técnica, a normativa e a gerencial, orçamentária e financeira*".

Moreira e Maças[53] ensinam que "*a regulação por autoridade independente supõe sempre uma separação entre a esfera da política econômica, que cabe ao Governo, e a esfera da regulação em sentido estrito, que pode e, em certos casos, deve ser desgovernamentalizada*". No tocante à independência, advertem o afastamento do jogo político governamental, consoante o fragmento que ora se colaciona:

> O que distingue a regulação independente é o facto de ela ter passado a ficar *fora da órbita governamental*, dentro da qual tradicionalmente se inseriam todas as funções administrativas e de execução das leis em geral. Desse modo, o panorama da regulação alterou-se substancialmente, sobretudo quanto ao seu formato institucional e quanto à relação com o Governo.[54]

Os autores compreendem a independência em sentido orgânico (estrutural) – "*composição, modo de designação dos titulares dos seus órgãos, regras relativas ao mandato e regime de incompatibilidades*",[55] que, em síntese, reflete a impossibilidade de destituição dos seus dirigentes pelo Governo antes do término dos seus mandatos; em sentido funcional (quanto à atividade) – independência decisória – ausência de subordinação a controle hierárquico ou tutelar do Poder Executivo; e em relação aos interesses setoriais que integram o grupo ou grupos que desempenham a atividade regulada.[56] Eles concluem no seguinte sentido:[57]

---

[52] NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 165-166.
[53] MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 13.
[54] MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 15.
[55] MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 25.
[56] MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 24-27.
[57] MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 28.

> Em jeito de síntese, podemos dizer que o conceito de independência assume aqui um significado preciso, essencialmente negativo, qual seja o corte com o aparelho executivo, a ausência de sujeição à autoridade ou orientação de qualquer outra entidade política ou administrativa.

Além disso, é interessante notar que os autores portugueses enxergam nas agências reguladoras uma entidade[58] que transcende da administração, apresentando-se como perseguidora dos interesses de representante do Estado. Veja-se:

> [...] a verdade é que as AAI não integram a administração descentralizada, uma vez que em termos substantivos elas não prosseguem interesses próprios ou de colectividades auto-administradas, mas sim interesses do Estado.

Marques Neto, ao estudar o assunto, divide independência em orgânica e administrativa. Na sua classificação, a primeira diz respeito aos mecanismos que asseguram a neutralidade da agência em relação "à *vontade política do poder central para além das metas, objetivos e princípios constantes das políticas públicas estabelecidas para o setor*".[59] Concretiza-se nos seguintes instrumentos: estabilidade dos dirigentes (mandato por prazo determinado e inamovibilidade) e ausência de controle hierárquico (inexistência de recurso hierárquico impróprio). Já a independência administrativa, visa possibilitar o exercício e uma regulação independente. Seus mecanismos são: autonomia de gestão (organizar e gerir seu orçamento); autonomia financeira (garantia de recursos financeiros não dependente da vontade da gestão do tesouro); liberdade para organizar seus serviços (auto-organização) e regime de pessoal compatível.

O autor ainda coloca importantes questões ao abordar as autonomias de gestão e de finanças, cujas relevantes indagações transcreve-se abaixo:

---

[58] MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda, *Op. Cit.*, p. 31.
[59] MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes*, p. 72-78.

> Tal autonomia, no nosso entender, interdita contingenciamentos ou cortes orçamentários que sejam feitos para atender a objetivos de política monetária ou fiscal. Ela também torna absolutamente incompatível com as agências reguladoras a previsão de contratos de gestão [...].
>
> Quando as receitas das agências provierem da cobrança das taxas, é importante dizer, os *recursos auferidos deverão ser necessariamente despendidos no exercício da atividade regulatória.*[60]

Para finalizar as idéias do autor, faz-se necessário transladar uma fração que descreve com propriedade como a atuação do órgão regulador deve pautar-se em relação aos interesses envolvidos na atividade de regulação.[61]

> A independência se põe, portanto, essencial para que o regulador possa exercer suas funções de forma eqüidistante em relação aos interesses dos regulados (operadores econômicos), dos beneficiários da regulação (os usuários, consumidores, cidadãos) e ainda do próprio poder político, ficando protegido tanto dos interesses governamentais de ocasião, quanto dos interesses estatais diretamente relacionados ao setor regulado (como titular da atividade objeto de regulação – no caso de serviços públicos -; como titular de bem explorado no setor – no caso de bens públicos escassos ou de bens reversíveis -; e no caso de titular de capital de empresa que opera no setor regulado – nas situações em que o setor foi aberto à competição, mas eles remanesceram operadores públicos).

Procedendo-se na análise ainda dos atributos de autonomia e independência, faz-se necessário mencionar o precedente *Humphrey´s Executor versus Unites States*, decidido em 27 de maio de 1935, pela Suprema Corte Norte-Americana. Em resumo, William E. Humphrey foi nomeado pelo então Presidente Hoover como membro da Comissão Federal de

---

[60] MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes*, p. 76.-77.
[61] MARQUES NETO, *Agências Reguladoras Independentes*, p. 68.

Comércio, em 10 de dezembro de 1931, e confirmado pelo Senado do Estados Unidos, para um mandato de 7 anos. No dia 25 de julho de 1933, o Presidente Roosevelt solicitou a sua renúncia. Após resposta negativa, o Presidente o demitiu em 7 de outubro de 1933. A Suprema Corte decidiu pela constitucionalidade de mandatos com prazo determinado e sem possibilidade de demissão *ad nutum* para determinadas autoridades, visto que o Congresso, no exercício de seu poder, criou agências com poderes quase-judiciais e quase-legislativos.[62]

O Supremo Tribunal Federal já foi instado a se manifestar sobre a restrição imposta à possibilidade de demissão dos dirigentes das agências reguladoras na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.° 1949/RS,[63] proposta pelo Governador do Estado do Rio Grande do Sul, na qual, em síntese, questionou-se a constitucionalidade da necessidade de aprovação pela Assembléia Estadual da nomeação

---

[62]Tradução livre. Trecho original do precedente: "*We think it plain under the Constitution that illimitable power of removal is not possessed by the President in respect of officers of the chacacter of those just named. The authority of Congress, in creating quasi-legislative or quasi-judicial agencies, to require them to act in discharge of their duties independently of executive control cannot well be doubted, and that authority includes, as an appropriate incident, power to fix the period during which they shall continue in office, and to forbid their removal except for cause in the meantime. For it is quite evident that one who holds his office only during the pleasure of another cannot be depended upon to maintain an attitude of independence against the latter´s will.*"

[63]Veja-se o brilhante Voto Vista do Ministro Nelson Jobim, que constitui verdadeira aula de direito comparado sobre o tema, destacando-se o resgate do voto visionário do Ministro Victor Leal, no MS n° 8.693, de 17.11.1962 (RTJ 25/55), que aqui se transcreve trechos: "[...] eis uma providência que se integra, com toda a naturalidade, no regime de autonomia administrativa atribuído, por lei, a certos órgãos. Visa a investidura de prazo certo a garantir a continuidade de orientação e independência de ação de tais entidades autônomas, de modo que os titulares, assim protegidos contra as injunções do momento, possam dar plena execução à política adotada pelo Poder Legislativo, ao instituir o órgão autônomo, e definir-lhe as atribuições [...]". "O cargo que a lei dotou com a investidura de prazo certo não pode ser tido como função de confiança, porque é justamente o oposto dela, sendo antinômicos os propósitos do legislador num e noutro caso. Permitam-me repetir um trecho da decisão da Corte Suprema, no caso Humphrey, repetida no Caso Wiener: 'quem exerce o cargo somente enquanto agrada o outro, não pode, por isso mesmo, manter uma atitude de independência ante vontade desse outro."

dos membros do Conselho Superior da Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul – AGERGS –, bem como a possibilidade de destituição dos mesmos apenas por decisão daquele Parlamento. A decisão afirma a constitucionalidade da subordinação da nomeação de dirigentes de autarquias à prévia aprovação do Parlamento, ressaltando no seu item 4 que "*A investidura a termo – não impugnada e plenamente compatível com a natureza das funções das agências reguladoras – é, porém, incompatível com a demissão ad nutum pelo Poder Executivo* [...]".[64]

Aragão explica dualidade entre a autonomia dessas entidades e a Administração Pública:[65]

> Não há, portanto, antagonismo entre a autonomia de entidades e órgãos materialmente descentralizados com a unidade da Administração, muito pelo contrário: a Administração Pública contemporânea, para cumprir as suas funções e atender aos valores e princípios constitucionais a ela impostos, deve atuar, ao mesmo tempo, coordenada e descentralizadamente.
>
> Vemo-nos diante de um Direito Administrativo mais complexo e plural, que abandona a idéia de que uma atividade administrativa só é racional na medida em que estiver previamente prevista, detalhadamente normatizada e sujeita a uma linha hierárquica;[66] que substitui por técnicas de análise, gestão e responsabilidades estratégicas.

O autor ainda vincula a independência aos valores tutelados por estas entidades, cuja defesa desses bens fundamenta uma atuação neutra e com liberdade decisória, consoante o texto abaixo colacionado:[67]

> A independência assegurada aos órgãos e entidades neutrais do Estado é uma relação qualificada com os bens

---

[64] Item constante da ementa do acórdão exarado na ADI-MC nº 1949/RS.
[65] ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 211.
[66] Grifo original.
[67] ARAGÃO, *Op. Cit.*, p. 445.

> e valores que tutelam ou expressam, que os separa de tudo o que não for a eles concernente. Na independência, portanto, estão ínsitos traços de sujeição a estes bens valores, quem se agregam à autoridade neutral, podendo-se dizer haver "uma relação de 'fundamentação', ou uma relação hierárquica imprópria, entre os valores tutelados e os órgãos neutrais, relação que produz a liberdade dos órgãos para atuar na proteção destes valores, o que lhes dá autoridade porque demonstra que os órgãos independentes pertencem ao ordenamento no qual, justamente com os valores tutelados, estão inseridos".

Em que pese a inexistência de consenso sobre o significado da atribuição de independência a essas autarquias especiais, especialmente em face da formatação jurídico-institucional da Administração Pública no país, pode ser elaborada uma síntese, congregando os elementos comuns encontrados na doutrina. Dessa forma, menciona-se, primeiramente, que a independência administrativa estabelecida pelo legislador para a ANATEL no § 2° do art. 8° da Lei n.° 9.472/97, que também preceitua que a Agência como "*autoridade administrativa independente*",[68] deve coadunar-se com o ordenamento vigente, importando em inexistência de independência absoluta, pois apenas a República Federativa do Brasil é soberana, inclusive os três poderes sofrem limitações em sua independência, por meio do sistema de freios e contrapesos.

Ademais, a agência foi instituída como autarquia, com características especiais, que é definida pelo art. 5°, II, do Decreto-lei n.° 200, de 25 de fevereiro de 1967, como "*o serviço autônomo, criado por lei com personalidade jurídica, patrimônio e receita para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*".

Mello[9] leciona:

---

[68]Art. 9° da Lei n.° 9.472/97.

[69]MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002. 936 p. p. 148-149.

> Sendo, como são, pessoas jurídicas, as autarquias gozam de liberdade administrativa nos limites da lei que as criou; não são *subordinadas* a órgão algum do Estado, mas apenas *controladas*, como ao diante melhor se esclarece. Constituindo-se em centros subjetivados de direitos e obrigações distintos do Estado, seus assuntos são assuntos próprios; seus negócios, negócios próprios; seus recursos, não importa se oriundos de trespasse estatal ou hauridos como produto da atividade que lhes seja afeta, configuram recursos e patrimônios próprios, de tal sorte que desfrutam de "autonomia" financeira, tanto como administrativa; ou seja, suas gestões administrativa e financeira necessariamente são de suas próprias alçadas – logo, descentralizadas.
>
> [...]
>
> O controle – O controle das autarquias, às vezes designado, sobretudo na doutrina estrangeira como tutela, é *o poder que assiste à Administração Central de influir sobre elas com o propósito de conformá-las ao cumprimento dos objetivos públicos em vista dos quais foram criadas, harmonizando-as com a atuação administrativa global do Estado.*

Ora, o controle do Poder Executivo é exercido mediante o cumprimento das políticas publicas setoriais, não se podendo falar em usurpação das competências do Ministério ao qual a agência está vinculada e do Presidente como chefe da administração pública, fulcro art. 84, II, da Carta Política, cujo controle será desempenhado nos termos anteriormente citados. Embora a LGA tenha revogado a possibilidade de demissão, em face do não cumprimento das políticas públicas estabelecidas, contida no art. 26, § 1°, da LGT, ela autoriza a perda decorrente de Processo Administrativo Disciplinar, o qual serve para apurar infrações praticadas por servidor, nos termos do art. 148, *caput*, da Lei n.° 8.112, de 11 de dezembro de 1990, podendo este descumprimento ser enquadrado como violação aos deveres de servidor constantes do art. 116 desta lei e, eventualmente, como na proibição contemplada no

seu art. 117, inciso IV, que veda a resistência injustificada ao andamento de documento e processo ou execução de serviço.

Portanto, como entidade autárquica, já detém autonomia administrativa, financeira e de gestão, acrescendo-se, conforme disposto no § 2° do art. 8°, independência administrativa, ausência de subordinação hierárquica, estabilidade e mandato fixo de seus dirigentes. Note-se que essas características recebem nomenclatura diferenciada pelos doutrinadores, mas as conclusões são próximas. Nesse sentido, pode-se inferir que a independência é reconhecida principalmente nos instrumentos de mandato fixo e não-coincidente de seus diretores, na sua impossibilidade de sua demissão *ad nutum* e na ausência de recurso hierárquico impróprio, a fim de possibilitar que a autoridade possa exercer suas atribuições de forma eqüidistante dos interesses das empresas reguladas, do Governo e da sociedade, na tentativa de esquivar-se das vicissitudes do jogo político-partidário e dos grandes interesses econômicos envolvidos no setor.

Ao mesmo tempo em que atribuir independência visa a uma atuação técnica da entidade, no intuito de que os interesses do Estado prevaleçam sobre aqueles do governo, das empresas e das corporações reguladas e dos consumidores, os quais devem ser sopesados e coordenados dentro do projeto de país e de sociedade estabelecido pelo legislador, o afastamento do Poder Político pode gerar vulnerabilidade do regulador, propiciando o fenômeno da captura, que ocorre "*quando o agente regulado, pelo poder econômico que possui, passa a determinar o comportamento do ente regulador*".[70]

Marques Neto[71] compendia a importância da independência e dos instrumentos que a materializam:

---

[70]Definição de MENDES, Conrad Hübner. Reforma do Estado e Agências Reguladoras: Estabelecendo os Parâmetros de Discussão. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p. 98-138. p. 105.
[71]MARQUES NETO, Floriano Azevedo. A Nova Regulação Estatal e as Agências Independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p.72-98. p. 87-88.

> Parece-nos absolutamente relevante que a atividade do órgão regulador se desenvolva com independência frente às vicissitudes do poder político. Bem é verdade que será no âmbito governamental (envolvendo Executivo e Legislativo) que serão definidas as pautas, as balizas, da atividade regulatória: ou seja, tanto as leis, que ancilam os instrumentos regulatórios como mesmo as macropolíticas para o setor. Porém, definidos estes marcos, devem as agências desenvolver sua atividade com um grau elevado de independência em face do poder político, sob pena de se converterem em mera longa manus do núcleo estratégico estatal. A especificidade e especialidade, que predicam a necessidade de um setor contar com um órgão regulador próprio, interditam que a atividade regulatória seja permanentemente pautada pela interferência política. A nova regulação é, sem dúvida, um instrumento de implementação de uma política pública em determinado setor. Não pode, porém, se transformar em instrumento do jogo político em particular.
>
> [...]
>
> Em suma, a independência das agências as torna menos atreladas ao curso do devir político, em especial das variáveis eleitorais, muito mais dependentes da permanente comunicação, balizada por objetivos previamente definidos, com o setor específico objeto da sua atividade regulatória. Ela se concretizará mediante alguns instrumentos essenciais: i) a estabilidade dos dirigentes; ii) a autonomia de gestão do órgão; iii) o estabelecimento de fontes próprias de recursos para o órgão, se possível geradas do próprio exercício da atividade regulatória; iv) a não-vinculação hierárquica a qualquer instância de governo; v) a inexistência de instância revisora hierárquica dos seus atos, ressalvada a revisão judicial.

Assim, pode-se dizer que além da autonomia própria das entidades autárquicas que compõem a administração direta, as agências reguladoras possuem independência em relação a outros interesses, especialmente dos atores do jogo-político

partidário e dos grupos econômicos atingidos pela regulação, que se concretiza no mandato fixo e não-coincidente de seus dirigentes, na impossibilidade de demissão *ad nutum* dos mesmos, na existência da quarentena e na inexistência de recurso hierárquico impróprio.

4 Conclusão

O presente trabalho procurou discutir alguns aspectos relevantes no tocante à independência e à autonomia da ANATEL. Para tanto, partiu-se de uma síntese sobre a transformação da figura estatal interventora da ordem econômica, cujo papel de atuação sofreu substancial reforma no final da década de 1990 no Brasil. Até então, tinha-se o Estado Empresário que explorava muitos setores da atividade econômica, especialmente, os relacionados à prestação de serviços públicos, o qual se configura atualmente em um Estado Regulador, agindo indiretamente na economia, no sentido de regular, fiscalizar, planejar, incentivar, conduzir e orientar as atividades para o alcance dos fins estabelecidos pela Constituição e pelo legislador, os últimos consubstanciados nas políticas públicas.

Procurou-se ressaltar que essa remodelação do Estado não implica a sua ausência da ordem econômica, nem o abandono do Estado do Bem-Estar Social. Busca-se justamente mais eficiência na concretização do projeto de país institucionalizado na Constituição de 1988. Posteriormente, passou-se ao estudo das Agências Reguladoras, notadamente da ANATEL, explicitando suas características, estrutura, atribuições, gestão e peculiaridades, a fim de subsidiar o estudo dos seus atributos de independência e autonomia.

Pode-se dizer que além da autonomia própria das entidades autárquicas que compõe a administração indireta, as agências reguladoras possuem independência em relação a outros interesses, especialmente aos dos atores do jogo-político partidário e aos dos grupos econômicos atingidos pela

regulação, concretizando-se no mandato fixo e não-coincidente de seus dirigentes, na impossibilidade de demissão *ad nutum* dos mesmos, na existência da quarentena e na inexistência de recurso hierárquico impróprio.

A atribuição de independência objetiva uma atuação técnica da entidade, a fim de que os interesses do Estado prevaleçam sobre aqueles do governo, das empresas e corporações reguladas e, até mesmo, dos consumidores, os quais devem ser sopesados e coordenados dentro do projeto de país e de sociedade estabelecido nossa Carta Política.

Referências

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 19 ed São Paulo: Malheiros, 2001. 878 p.

AGUILLAR, Fernando Herren. *Controle Social de Serviços Públicos*. São Paulo: Editora Max Limonad, 1999. 302p.

ANATEL. Curso de Formação para os Candidatos ao Cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações. Módulo V: Defesa da Concorrência em Telecomunicações. Instrutores: Carlos Jacques Gomes, Daniela Arbex e Miguel Mattos. Brasília: CESPE, 2005. 67p.

_____Curso de Formação para os Candidatos ao Cargo de Especialista em Regulação de Serviços Públicos de Telecomunicações. Módulo V: Defesa da Concorrência em Telecomunicações. Instrutor: Tarcísio Barroso da Graça. Brasília: CESPE, 2005. 46p.

_____. Relatórios. Disponível em: <http://www.anatel.gov.br/Portal/exibirPortalInternet.do>. Acesso em: 25/05/2008.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*. 2 ed. 2 tir. Rio de Janeiro: Forense, 2004. 509 p.

ARANHA, Márcio Iorio (Org.). *Direito das Telecomunicações: Estrutura Institucional Regulatória e Infra-estrutura das Telecomunicações no Brasil*. Brasília: JR Gráfica, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE AGÊNCIAS REGULADORAS – ABAR. *Agências Reguladoras*. Porto Alegre: ABAR, 2003. Disponível em: <http://www.abar.org.br/legba/bancoDeMidia/arquivos/agencias_reguladoras.pdf>. Acesso em: 08/01/2008.

BINENBOJM, Gustavo. Agências Reguladoras Independentes e Democracia no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IDPB,

n.3, ago./out. de 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodo estado.com.br/>. Acesso em: 17/07/2006.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. trad. Varrialle, Carmen C. 12. ed. Brasília: Ed. da Unb, 2004. 2 v. 1330p.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. 793p.

BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. O Controle Externo das Agências Reguladoras: questões relevantes sobre o setor elétrico e de petróleo e gás natural. Brasília: TCU, SEFID, 2003. 28p. Disponível em: <http://www2.tcu.gov.br/portal/page?_pageid=33,456479&_dad=portal&_schema=PORTAL>. Acesso em: 17/10/2007.

CADERNOS ADENAUER II (2001), n.° 3, Burocracia e Reforma do Estado, São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, jul. 2001. 109 p.

CÂMARA AMERICANA DE COMÉRCIO PARA O BRASIL – AMCHAM. *Relatório da Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL*. 2007. Disponível no sítio <http://www.amcham.com.br/update/2007/update2007-10-19a_dtml.pdf> Acesso em: 25/05/2008. 72 p.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: Concessão, Permissão, Franquia, Terceirização, Parceria Público-Privada e Outras Formas*. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005. 449 p.

FARIA, José Eduardo C. O. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 1999. 359 p.

_____. (Org.). *Regulação, direito e democracia*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2002. 104 p.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Agências Reguladoras: Legalidade e Constitucionalidade*. 21 p. Disponível na Internet: <http://www.bresserpereira. org.br/Documents/MARE/Agencias/AgenciasReguladoras.PDF>. Acesso em 08/01/2008.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. 351 p.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. As Agências Reguladoras. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, IDPB, n.6, mai/jun/jul de 2006. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br/>. Acesso em: 17/06/2006.

_____. *O Serviço público e a Constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. 406p.

HERRERA, Alejandra. *Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil*. São Paulo: Editora Singular, 2001. 255p.

LEHFELD, Lucas de Souza. *As novas tendências na regulamentação do sistema de telecomunicações pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. 232 p.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Agências reguladoras: instrumentos do fortalecimento do Estado*. Porto Alegre: ABAR, 2000.

_____. Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n.° 1, março, 2005. Disponível na Internet: <http://www.direitodo estado.com/>. Acesso em: 15/07/2006.

_____. *Agências Reguladoras Independentes - Fundamentos e seu Regime Jurídico*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. 220 p.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. A Formação do Estado Regulador. NOVOS ESTUDOS, CEBRAP, n. 76, novembro 2006, pp. 139-156, Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/nec/n76/07.pdf>. Acesso em: 13/08/2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 14 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. 15 ed. 863p.

_____ (Org). *Agências Reguladoras*. São Paulo: Atlas, 2002. 170 p.

MOREIRA, Vital; MAÇAS, Fernanda. *Autoridades Reguladoras Independentes: Estudo e Projecto de Lei-Quadro*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. 318 p.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. *Direito Regulatório*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

_____. *Apontamentos sobre a Reforma Administrativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 182p.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Relatório sobre a Reforma Regulatória – Brasil: fortalecendo a governança para o crescimento*. Disponível em: <http://www. planejamento. gov.br/gestao/conteudo/noticias/znoticia.asp?Cod=2415>. Acesso em: 05/06/2008. 352 p.

SIFONTES, Domingo. *Regulación Económica y Agencias Regulatorias Independientes: una Revisión de la Literatura*. Enciclopedia y Biblioteca Virtual de las Ciencias Sociales, Económicas y Jurídicas. Disponível em: <http://www.eumed.net/ce/ds-regulat.htm>. Acesso em 06/08/2007.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 2002. 405 p.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luíza Rangel de. Agências Reguladoras. *Revista de Informação Legislativa*, a. 36, n.° 141, jan./mar., 1999. Disponível em: <http:/

/www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_141/r141-12.pdf>. Acesso em: 08/01/2008.

ZIMMER JÚNIOR, Aloísio. *Direito Administrativo*. Porto Alegre: Verbo, 2007. 432 p.

Direito Processual Civil

El Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva desde la Perspectiva de los Derechos Fundamentales[1]

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira[2]

1 Introducción. 2 Evolución del Problema. 2.1 La Teoría de los Derechos Públicos Subjetivos. 2.2 La Declinación del Normativismo Legalista. 2.3 El Papel de los Derechos Fundamentales. 2.4 Conclusiones Parciales. 3 Efectividad y Seguridad en Perspectiva Dinámica. 4 La Dimensión del Conflicto entre Efectividad y Seguridad y su Resolución. El Papel De La Adecuación. Conclusión.

Resumo: O direito à tutela jurisdiccional é tratado levando-se em conta os valores da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, ambos considerados como direitos fundamentais, no contexto do direito processual civil e da Constituição brasileira.

Palavras-chave: Efetividade. Segurança. Direitos Fundamentais. Processo Civil.

Abstract: The essay seeks to establish a concept of effectiveness and security within a dynamic perspectiv, considering these two values to be fundamental rights, within the context of civil procedural law and the Brazilian Constitution.

Keywords: Effectiveness. Security. Fundamental Rights. Civil Procedural Law.

1 Introducción

Me piden para hablar a respecto del "Derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva desde la Perspectiva de los Derechos Fundamentales"; debo advertir, sin embargo, que no vislumbro como pueda disertar a respecto de efectividad sin considerar también la seguridad que el proceso debe

---

[1] Palestra proferida no dia 16/10/2008, nas XXI Jornadas Iberoamericanas, em Lima, Peru (organizadas pelo Instituto Ibero-americano de Direito Processual).

[2] Profesor Titular dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Processo Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. Profesor visitante na Universidade "La Sapienza", Roma, Itália. Membro do Instituto Ibero-americano de Direito Processual e da International Association of Procedural Law.

proporcionar al litigante. No hay noche sin dia, verano sin invierno, o cielo sin infierno. No adelanto si considero la efectividad el cielo, o la seguridad el infierno. Solo resalto ahora que ambos los conceptos son indisociables, aunque la moda actual sea considerar apenas la efectividad, a la que se prestan todos los homenajes. Al final de la exposición, se quedará clara mi posición al respecto.

Dicho eso, empiezo resaltando que la supremacía del derecho fundamental, asentada por hipótesis en la ordenación constitucional, acarrea innúmeras consecuencias en el dominio del proceso civil.

No obstante la regulación legal del proceso y las determinantes consitucionales que lo conforman, bien como el formalismo ahí implicado, puede ocurrir un desfase en relación con las necesidades sociales. También es posible que, delante de las peculiaridades del caso concreto, la aplicación de la regla dificulte la realización del derecho material, conduciendo a una situación injusta y no deseada por el sistema constitucional y los valores imperantes en una determinada sociedad. Por otro lado, el empleo de determinadas técnicas, previstas en la ley, puede revelarse insastisfactorio en términos de justicia, efectividad, seguridad, igualdad y otras determinantes axiológicas y deontológicas de carácter constitucional.

En todas esas hipotésis, los derechos fundamentales constituirán soporte importante para la integración y superación de las dificultades presentadas por el sistema, colaborando así, de forma decisiva, para una aplicación más justa del derecho.

Con base en esas premisas, partiendo del plan axiológico, en que se situan seguridad y efectividad, pretendo elaborar mejor, en el plan deontológico los dos derechos fundamentales que transcurren de aquellos valores: el *derecho fundamental al proceso justo* y el *derecho fundamental a una tutela jurisdiccional revestida de efectividad calificada.*

2 Evolución del Problema

Algunos aspectos son importantes para una mejor comprensión del problema. En primer lugar, la ascensión de los derechos de los ciudadanos face al Estado absolutista, factor determinante para el surgimiento del Estado Liberal, de que es precursora en el plan jurídico la teoría de los derechos subjetivos públicos de Jellineck. Después, importa el descenso del normativismo legalista, con la formación del Estado democrático de derecho y la elaboración de la teoría de las normas de principio y el fortalecimiento de los derechos fundamentales constitucionales. Esos elementos históricos permitirán comprender mejor el tema central de mi intervención.

2.1 La teoría de los derechos públicos subjetivos

La teoría de los derechos públicos subjetivos mantiene estrecha conexión con la caracterización liberal de los derechos y la construcción jurídica del Estado constitucional moderno, en su búsqueda de igualdad formal.

El desarrollo de esa concepción se debe principalmente a Georg Jellinek (1892) quién centró la nota distintiva del Estado moderno en el reconocimiento del individuo como persona y así como sujeto de derecho, apto para "reclamar con eficacia la tutela jurídica del Estado". El simple hecho del individuo de pertenecer al Estado, se muestra relevante desde el punto de vista jurídico en las relaciones mantenidas entre los dos. En esa perspectiva, "las pretensiones jurídicas que resultan de tales condiciones son lo que se designa por derechos subjetivos públicos". Estos consisten, así, en pretensiones jurídicas (*Ansprüche*) delante del Estado, resultantes directamente de situaciones o condiciones (*Zustände*) jurídicas".[3]

---

[3] Cf. G. Jellinek, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 2ª ed. 1905, y la exposición y ponderaciones formuladas por Jorge Reis Novais, *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1978, separata del volumen 24 del *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, p. 79-80

No es difícil comprender que la teoría de los derechos públicos se revela indisociable de la tutela jurisdiccional de los derechos. Basta atentar en que la pretensión de otorgamiento de jurisdicción, dirigida contra el Estado como titular de la soberanía, no constituye un simple efecto reflectado del derecho objetivo. Y eso porque el deber del Estado de otorgar jurisdicción no se centraliza apenas en el interés general, sino especialmente en el interés de quien busca la satisfacción de su (afirmado) derecho delante del órgano judicial.[4] Además, el otorgamiento de jurisdicción no se queda al arbítrio del órgano judicial, más bien, ella es entendida como una protección imperativa (aunque pueda ser favorable o desfavorable) y no meramente aleatoria. El juez actual no puede más eximirse de prestar jurisdicción con el *non liquet* (no está claro), como ocurrió en determinada fase del derecho romano.[5]

Se trata, no hay duda, de un momento asaz significativo del movimiento cultural que buscaba ejercer reacción contra los poderes extremados de los Estados absolutos, visando la defensa de las libertades de los ciudadanos con un adecuado sistema de *garantías* y aún creando un nuevo Estado de derecho en que impersase la igualdad formal.[6]

En ese panorama se inserta[7] la elaboración del siglo XIX, y de los primeros años del siglo pasado, del derecho de acción, que como categoría atípica permitió reconciliar, de forma automática y necesaria, el derecho material (todos los derechos materiales) y la tutela jurisdiccional civil, colaborando así para la superación de los límites intrínsecos de la tipicidad de las acciones del derecho romano clásico, en un plan con exclusividad de igualdad formal. Tal consecuencia,

---

[4] Reis Novais, *Contributo*, cit., p. 81.

[5] Teichiro Nakano, *Das Prozessrechtsverhältnis*, *Zeitschrift für Zivilprozess*, 79 (1966): 99-113, esp. p. 108.

[6] Elio Casetta, *Diritti pubblici subiettivi*, *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. 12, p. 792.

[7] Observa, con acuidad, Andréa Proto Pisani, *Lezioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., Napoli, Jovene, 2006, p. 51-53.

sin embargo, aunque tenga sido benéfica en determinada época, ya no satisface. Y eso porque, hoy, la constitucionalización del derecho de acción – ocurrida en un contexto normativo referido a la superación de la igualdad formal – impone la necesidad de eliminar las consecuencias causadas por la quiebra creada entre el derecho material (derechos materiales individualmente considerados) y el proceso, con el estudio de técnicas que permitan a este último desempeñar su función institucional de instrumento dirigido a "dare per quanto è possible praticamente a chi ha un diritto tutto quello e próprio ch'egli ha diritto di conseguire" en el sentido del derecho material, como ya apuntara de forma innovadora Chiovenda en 1911.[8] Es de percibir que el gran maestro no se refería al factor tiempo, poco relevante en la época en que escribía.

En realidad, el problema del constitucionalismo de los días actuales no es más el de reivindicar una posición formal de autonomía del ciudadano en sus relaciones con el poder estatal, tal como era exigido por la concepción de Estado liberal, ni incrementar sólo la igualdad formal. Se trata ahora, de asegurar al ciudadano la posibilidad de defender en concreto tales posiciones delante del poder público, en busca de igualdad material, en consonancia con la idea fuerza del "welfare state". El derecho no puede más ser concebido apenas como un sistema de imperativos puestos por la voluntad del Estado en defensa de las esferas de libertad del individuo. En un orden de valores muy distinto en comparación con la sociedad del siglo XIX y a la luz de los principios constitucionales fundamentales de igualdad material, seguridad y dignidad social, de solidariedad y de utilidad social, el derecho viene a estar considerado ahora como factor institucional de la vida económica y social, vale decir, como instrumento de potencialización y de impulso de la personalidad individual y de realización de

[8] Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, ensaio publicado en 1911 en la *Rivista di Diritto Commerciale*, compilado en los *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, Foro Italiano, 1930, vol. 1, p. 101-119, esp. p. 110.

relaciones sociales más ecuánimes, para la tutela, no más formal, sino substancial, de la dignidad y del desarrollo del hombre en el ámbito de la comunidad.[9]

Además, una de las limitaciones de la concepción ahora criticada está en su carácter esencialmente estático, en que la garantía sirve apenas como mero derecho de defensa del ciudadano frente al poder estatal.

En el dominio del processo, la visión estática condujo a una simple constitucionalización formal de los principios procesales ya existentes, cuyos efectos se agotarían por completo en un encuadre de garantía, pero sin llegar a interferir directamente, de forma innovadora, sobre la realidad del processo. Sintomáticamente, en los años 50 del siglo XX, cuando empezó de forma sistemática el estudio de las relaciones entre proceso y Constitución, poco se hablaba, por ejemplo, de la garantía de efectividad.

Vale resaltar que tal concepción circunscribió el objeto de las "garantías constitucionales" al "debido proceso legal" (con su corte de garantías correlatos: contradictorio, amplia defensa, juez natural etc.), y este a su vez estaría detallado en la legislación infraconstitucional. De tal modo, en el fondo, la "garantía" del "debido proceso legal" sería establecida a partir de la legislación infraconstitucional, punto de vista que impedía o por lo menos dificultaba la relectura de las normas infraconstitucionales a partir de los derechos fundamentales.[10]

---

[9] Esas consideraciones son de Marco Comporti, *Diritti reali in generale*, Trattato di diritto civile e commerciale (coord. de Cicu, Messineo e Mengoni), vol. 8, t. 1, Milano, Giuffrè, 1980, p. 16 e nota 33, con amparo de harta bibliografía. Dirigidas al derecho material, encuentran también amplia aplicación, *mutatis mutandis*, en el campo del derecho procesal.

[10] En el mismo sentido, la crítica de Luigi Paolo Comoglio, *Lezione Sul Processo Civile* (en colaboración con Corrado Ferri y Michele Taruffo), 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1999, p. 56. Debe observarse que, al enfrentar esa problemática, exactamente en un caso en que estaba en juego la cláusula del *due process of law*, la 2ª Sala del Supremo Tribunal Federal, órgano máximo de la justicia brasileña, (RE 194.295-9 – RJ, rel. Ministro Marco Aurélio, j. en 07.11.2000, DJU de 17.08.2001, v.u., *Revista dos Tribunais* 799 (mai / 2002) 174-176) adoptó postura menos formalista y admitió el recurso para examen del texto constitucional, "aunque se torne necesario, hasta

Además, tal manera de mirar el problema no daba apertura a la construcción de instrumentos capaces de llenar las lagunas de la regla, también basado en las normas de principios constitucionales.

2.2 La declinación del normativismo legalista

El panorama empezó a cambiar con las profundas transformaciones ocurridas en la lógica jurídica, a mediados del siglo pasado, a partir de las aportaciones de Viehweg, Giuliani, Perelman y otros, y aun con la aparición de la teoría de los principios elaborada por Dworkin y el fortalecimiento de los derechos fundamentales, delante de las necesidades del Estado providencia. Esos factores fueron determinantes para la declinación del normatismo legalista, bandera asumida por el positivismo jurídico, que hizo que las normas de principio, conceptos jurídicos indeterminados y juicios de equidad, pasasen a asumir posición relevante en la aplicación del derecho.

Esa nueva visón contribuye, por supuesto, a que la decisión judicial sea elaborada no solo partiendo de un *prius* anterior al proceso, sino también con base en los propios elementos que en él serán recogidos. Ello acarretó una disminución del valor de la seguridad, contribuyendo a reducir la previsibilidad en cuanto al desarrollo del proceso y de la sentencia judicial de la contienda, incrementando en consecuencia el peligro de colisión entre los derechos de libertad y las posiciones que los derechos fundamentales ocupan en el mundo actual. Todo eso se potencializa porque los derechos fundamentales exhiben gran fuerza de propagación sobre el derecho legislado, al acentuar todavía más el papel del juez en el "descubrimiento" del derecho con adaptación al caso concreto.

---

mismo partir de lo quel está previsto en la legislación común". Ese nuevo entendimiento comprende insubsistente la tésis de que, para el conocimiento del recurso extraordinario, la ofensa a la Carta Política de la República ha de ser directa y frontal, adoptando una posición tópica: el examen debe ser caso por caso.

2.3 El papel de los derechos fundamentales

En realidad, ya no más se discute en la doctrina del derecho constitucional el papel de los derechos fundamentales y de las normas de principio – igual, de las consideradas simplemente programáticas – entendidas como directivas materiales permanentes, que vinculan positivamente a todos los órganos encargados de la jurisdicción, que deben tenerlas en consideración en cualesquiera de los momentos de su actividad.[11] De otro modo, la más importante fuente jurídica de las normas de principio son exactamente los derechos fundamentales.

Además, la concepción de los derechos fundamentales como normas objetivas supremas de la ordenación jurídica vuelve a revestir fundamental importancia práctica, no solo teórica, para las tareas del Estado. Por eso, cualquier poder del Estado tiene una obligación (negativa) de abstenerse de injerir en el ámbito protegido por los derechos fundamentales, como también una obligación (positiva) de llevar a cabo todo aquello que sirva para la realización de esos derechos, incluso cuando no se refieran a una pretensión subjectiva de los ciudadanos.[12]

2.4 Conclusiones parciales

Dichas consideraciones muestran bien cómo nos alejamos de la concepción tradicional, que consideraba a los derechos fundamentales como simples garantías, instrumentalizados sólo para un mero derecho de defensa del ciudadano frente al Estado, y no como los entiende la más reciente doctrina: como derechos constitutivos institucionales, con amplia y fuerte potencialización.

Verdaderamente, los jueces y los demás operadores jurídicos tienen el deber de aplicar los preceptos constitucionales,

---

[11] J. J.Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1987, p. 132.
[12] Konrad Hesse, *Significado de los derechos fundamentales*, in *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001, p. 95, número de margen 23.

derivando de esto la autorización para que haya concreción por vía interpretativa,[13] ámbito de actuación que todavía adquiere más flexibilidad delante de la moldura desvanecida de la norma de principio.[14]

La cuestión revélase con una particular importancia para el ejercicio de la ciudadanía por la vía jurisdiccional, visto que de esa forma se atribuye al individuo el poder de ejercer positivamente los derechos fundamentales (libertad positiva) y de exigir omisiones de los poderes públicos, de modo de evitar agresiones lesivas por parte de estos (libertad negativa).[15]

Desde del punto de vista de los que ejercen el Poder Judicial, el aspecto relevante es que en esa normativa de carácter esencialmente principial se encuentra contenido un auténtico otorgamiento de competencia para una investigación más libre del derecho. Aquí, la particularidad, en relación a otros tipos de normas jurídicas, es que la competencia para el descubrimiento del derecho en el caso concreto es vinculada con los principios de manera amplia e indeterminada.[16] La constatación se muestra verdaderamente relevante, en la medida en que, estando constitucionalmente facultado el ejercicio de un derecho producido por los jueces, se legitima la actividad creativa del Poder Judicial delante de la sociedad como un todo, igual que delante de la resistencia de intereses contrariados.

---

[13] Observa, acertadamente, José Carlos Vieira de Andrade, *Os Directos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 256, que en la falta de ley que concrete determinado derecho fundamental, "el principio de la cualidad de lo que es aplicable directamente vale como indicador de ejecutabilidad inmediata de las normas constitucionales, presumiéndose su perfección, esto es, su autosuficiencia basada en el carácter líquido y cierto de su contenido de sentido. Van, pues, aquí, incluidos el deber de los jueces y de los demás operadores jurídicos de aplicar los preceptos constitucionales y la autorización para, con ese fin, concretaren por vía interpretativa".

[14] Examen de la evolución del problema en el derecho alemán por Robert Alexy, *Direito Constitucional e Direito Ordinário. Justiça Constitucional e Justiça Especializada*, trad. Luís Afonso Heck, *Revista dos Tribunais*, 799 (maio/2002) p. 33-51.

[15] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 448.

[16] Isaak Meier, *Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen*, in *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen*, en colaboración con Rudolf Ottomann. Zürich, Schulthess Verlag, 1993, p. 56-58.

Frente a de esa línea evolutiva, la participación en el proceso y por el proceso no puede ya ser vista apenas como instrumento funcional de democratización o realizadora del derecho material y procesal, sino como dimensión intríseca, complementaria y que integra esas mismas esferas. El proprio proceso, pasa, así, a ser el medio de formación del derecho, sea material, sea procesal, aspectos incrementados por la constatación de que el proceso debe servir para la producción de decisiones conforme la ley, correctas a ese ángulo visual; pero, además, dentro del marco de esa correc-ción, sirve esencialmente para la producción de decisiones justas.[17]

3 Efectividad y Seguridad en Perspectiva Dinámica

Las ideas hasta ahora alineadas evidencian la necesidad de centrar el foco en una perspectiva de derecho constitucional, en vista de que en ese plan se sitúa el nucleo resistente tanto del derecho fundamental de aceso a la jurisdicción, desde que el Estado asumió el monopolio de prestarla, cuanto del derecho al proceso justo y a la efectividad de la tutela jurisdiccional.

Con la constitucionalización de la tutela jurisdiccional de los derechos, el eslabón entre el derecho material y el procesal se da por medio del derecho fundamental constitucional de tutela, utilizando como herramienta el otorgamiento de jurisdicción y la respectiva pretensión (ambos situados en el plan del derecho público). Por eso, las funciones ordenadora y pacificadora del derecho infraconstitucional dependen en gran medida de que se impogan, cuando es necesario, por

[17] Así, Robert Alexy, *Teoría general de los derechos fundamentales*, trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 472, endosando entendimiento en ese sentido del Tribunal Constitucional Federal alemán. A respecto del punto, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Del Formalismo en el Processo Civil (Propuesta de un formalismo valeroso)*, trad. Prof. Juan José Monroy Palácios, 3ª ed., Lima, Palestra Editores, 2007, p. 142-143. Es de observar que uno de los valores supremos del orden constitucional brasileño es la justicia, como se resalta en el Preámbulo de la Constitución de la República de 1988.

vía ejecutiva, mediante coerción estatal. Su observancia, pues, siempre resulta asegurada *desde fuera.*[18]

En la visión dinámica, que emana de la teoría de los principios, con su inherente plasticidad, incumbe a los *derechos fundamentales* precisar los contenidos mínimos del llamado "derecho al proceso". Y ese derecho fundamental no se limita tan solo al acto inicial del juicio, sino que abarca a todas las posiciones "activas" de las partes a lo largo de todo el procedimiento, hasta el acto final.

Desde este punto de vista, cabe al proceso la función primaria de codificar la relación fundamental entre la iniciativa del individuo para la instauración del proceso (principio dispositivo en sentido material) y la posibilidad de obtenerse en juicio una tutela jurisdiccional adecuada (adecuación, veremos después, significa proporcionalidad entre efectividad y seguridad). Lo importante es que la constitucionalización del derecho al proceso y a la jurisdicción (a ejemplo del artículo 5º, inciso XXXV, de la Constitución brasileña), aliada al derecho fundamental de efectividad y a un proceso justo (artículo 5º, incisos XXXVII, LIII, LIV, LV, LVI, LX y LXXVIII, de la Constitución brasileña), deter-mina también una garantía "de resultados", resaltando el nexo teleológico fundamental entre "actuar en juicio" y la "tutela" jurisdiccional del derecho afirmado.

Se trata de un derecho fundamental e inviolable por parte de los poderes estatales,[19] pues, asegurado el acceso a la jurisdicción, en caso de lesión o amenaza de lesión al

---

[18] Konrad Hesse, *Constitución y Derecho Constitucional*, in *Manual de Derecho Constitucional*, cit., p. 8. Ocurre lo contrario, prosigue, con las normas constitucionales, pues su observancia no es garantizada ni por una ordenación jurídica existente por encima de ellas, ni por una coactividad supraestatal; la constitución no depende sino de su propia fuerza y de sus propias garantías.

[19] F. Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983, p. 85-86. Se nota, con todo, que su elaboración doctrinaria partió de una interpretación extensiva del artículo 103 de la Ley Fundamental de Bonn, dispositivo que solo garantiza el principio de la audición jurídica (contradictorio), lo que le valió la crítica de Nicolò Trocker, *Processo Civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffre, 1974, p. 170-171. El derecho constitucional brasileño, sin embargo, no se

derecho (mismo que meramente afirmada), ello constituiría evidente incongruencia que no se comprendera ahí el ejercicio del derecho de invocar y obtener tutela jurisdiccional adecuada y efectiva.[20] El derecho fundamental de acceso a la jurisdicción, se traduce, pues, en el poder de exigir del órgano judicial, en tiempo razonable, el desarrollo completo de sus actividades, tanto decisorias, con emisión de un pronunciamiento procesal o de mérito sobre el objeto de la pretensión procesal, como que pueda ser realizado efectivamente del punto de vista material.[21] Todo eso debe conformarse al concepto de adecuación, con la proporcionalidad necesaria entre el derecho fundamental a un proceso justo y el derecho fundamental a una tutela jurisdiccional efectiva y adecuada.[22]

Ante la constitucionalización de las normas fundamentales sobre el acceso al proceso y el proceder en juicio, bien como sobre los resultados de la actividad jurisdiccional, pierde consistencia teórica la vieja y superada categoría de la "acción".

En efecto, se impone desmitificar tanto la acción procesal cuanto la posibilidad de reacción del demandado – que nada más son del que la actuación o la reacción en juicio, por el ejercicio de los poderes (abstractos) y de los actos (concretos) realizados en el discurrir del procedimiento –, pues la deseable *efectividad* del proceso depende en el esencial de la dimensión

---

sujeta a esa censura porque se muestra, en el punto, superior al sistema alemán, visto que de forma expresa garantiza el acceso a la jurisdicción y al debido proceso legal.

[20] Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, cit., p. 86-87.

[21] Idea defendida por Baur, *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, cit., p. 91, en relación al derecho alemán, y con mucho mayor razón aplicable en el sistema jurídico brasileño, en vista de una mayor amplitud de éste, como antes fue explanado.

[22] J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, cit., p. 276, hablando sobre el principio de la garantía de la vía judiciaria, preconiza que "Eso presupone que, al lado de la creación de los procesos legales aptos para garantizar esa defensa, se abandone a la clásica ligación de acionabilidad, al derecho subjetivo y se pase a incluir en el *espacio subjetivo* del ciudadano todo el *círculo de situaciones jurídicamente protegidas*. El principio de la protección jurídica fundamenta, así una anchura de la dimensión subjetiva, y sostiene, al mismo tiempo, un *verdadero derecho o pretensión de defensa* de las posiciones jurídicas ilegalmente lesadas (...)".

de los poderes de las partes y de los poderes/deberes del órgano judicial, de la conformación y adecuación del procedimiento, de técnicas más apropiadas y de las formas de tutela jurisdiccional, en la medida en que todos esos elementos se muestran realmente significativos para una mejor realización de los valores fundamentales del proceso.

Además, es imposible olvidar algunos factores externos al sistema procesal, entre los cuales el exceso de causas en él sistema (a determinar las llamadas etapas muertas del proceso), la composición numérica adecuada de los cuadros que administran justicia, procuradores, funcionários de la justicia, peritos etc.; y principalmente de una mentalidad que no sea apenas tecnoburocratica, sino que este empeñada en la realización de los valores fundamentales del proceso y de la Constitución.

Por lo tanto, para obtener una efectividad calificada no basta apenas readaptar la acción procesal,[23] atípica por definición, sino establecer medios y procedimientos adecuados, de conformidad con técnicas mejor predispuestas a la realización de los derechos, y, principalmente, tutelas jusrisdiccionales seguras y eficientes en cuanto adecuadas. El actuar, la acción (o la reacción), será mucho más la consecuencia de todo eso, que su presupuesto. Además, tal modo de pensar olvida los actos propios del oficio del juez, aspecto que escapa al simple actuar de las partes. Considerados estos factores, entiendo mucho más correcto hablar de un derecho a un proceso adecuado y a una tutela adecuada, de que a una acción adecuada, porque solo así será posible llevar en consideración los elementos culturales, los valores (especialmente de orden constitucional) y los derechos

[23] Alvitre louvable, pero insuficiente a mi ver, de Luiz Guilherme Marinoni, *Da ação abstrata uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*, in: *Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, orgs. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 197-252.

fundamentales propios de cada agrupación social, con atención a las normas de principio de la seguridad y de la efectividad y el empleo de técnicas que permitan a una realización del derecho más apropiada al caso concreto.

La efectividad calificada, en una perspectiva dinámica, implica, en primer lugar, el derecho de la parte a la posibilidad seria y real de obtener del juez una decisión de mérito, alejándose, siempre que posible, de los obstáculos formales que impidan esa finalidad.[24] Además, la efectividad calificada exige que la tutela jurisdiccional se adapte a la naturaleza de las situaciones subjetivas tutelables, de manera que sea plenamente satishecha la "necesidad de proteción" manifestada en la demanda. Por tanto, es muy deseable que sean elásticas y diferenciables las formas de tutela, teniendo en cuenta las peculiaridades de las crisis sufridas por el derecho material y las exigencias del caso concreto. Incluso, es importante que concedan el máximo de efectividad, para que sean preservados otros derechos fundamentales, en especial el derecho al proceso justo, que es la concreción deontológica del valor de la seguridad en el Estado constitucional y demócratico de derecho.[25]

Eso significa no solo alejar en la medida del posible la tipicidad de las formas de tutela, sino también dar flexibilidad a su conjunto, a fin de incluir todas las formas de derecho material y las crisis por él sufridas (derecho individual o colectivo, condenación, declaración, mandamiento y ejecución),[26] así como asegurar formas represivas o preventivas, con o sin recelo de lesión, de modo de rellenar totalmente

---

[24] El tema fue examinado con gran sutileza por José Roberto dos Santos Bedaque, en su tesis de titularidad, *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, São Paulo, Malheiros, 2006, passim.

[25] Sobre el significado de Estado constitucional y especialmente las peculiaridades del sistema brasileño, Daniel Mitidiero, *Processo civil e Estado constitucional*, Porto Alegre, Livraria do Advogado ed., 2007, p. 15-30.

[26] Especificamente, el derecho procesal brasileño admite tutela de mandamiento, en la cuál prevalece el orden del juez, y la llamada tutela ejecutiva *lato sensu*, en que en la propia fase de conocimiento pueden ser adoptadas medidas de carácter

la exigencia de adecuación.[27] También es indispensable que la tutela pueda reflejarse efectivamente en el mundo social. No solo basta declarar la existencia del derecho, pero realizarlo de hecho, cuando sea necesario.

Teniendo presente esas coordenadas, el legislador reformador del proceso civil brasileño, inspirado, supongo, en la doctrina innovadora de Pontes de Miranda, con la convicción de una efectividad virtuosa, adoptó de manera expresa dos formas de tutela jurisdiccional ignoradas por la doctrina europea, la tutela de mandamiento (artículo 461 del Código Procesal Civil) y la tutela ejecutiva *lato sensu* (artículo 461-A del Código Procesal Civil). Constituyen elementos diferenciados del sistema jurídico brasileño en el confronto del derecho *civil law*, aspecto que de manera ninguna puede ser olvidado cuando se lee doctrina estranjera, condicionada por otras determinantes normativas y distintas realidades culturales.

En la perspectiva del derecho fundamental de efectividad, es necesario interpretar esos dispositivos con mirada amplia, aplicando las formas de tutela ahí previstas a otras situaciones semejantes. Por ejemplo: el citado artículo 461 debe incidir también en la protección de los derechos absolutos, en que no existe obligación de hacer o no hacer, y sí *deber* por parte de todos los miembros de la comunidad (ejemplo: respeto a los derechos de personalidad). De igual manera, el *deber* de restitución del bien que tercero el se apropió con ilegalidad, aunque no configure obligación de dar, está al abrigo de la tutela ejecutiva *lato sensu* asegurada en el artículo 461-A (ejemplo: la llamada acción "reivindicatória")

---

ejecutivo (v.g., Mandado de Seguridad contra actos del Poder Público, Ley 1.533, de 31/12/1951; arts. 14, 461 y 461-A del Código Procesal Civil).

[27] En la misma línea de pensamiento, observa con razón Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004, p. 30-31, que el juez debe estar atento a los derechos fundamentales y "así no puede cruzar los brazos delante de la primera impresión de insuficiencia de la ley procesal, aunque deba siempre considerar el derecho de defensa".

Tampoco puede ser rechazada a *priori* la aplicación de la técnica de las *astreintes* en la ejecución de obligación de pago; aún en el silencio de la ley procesal, es necesario su empleo en el caso concreto, para asegurar el núcleo esencial del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.[28] En realidad, la llamada máxima de la prohibición de insuficiencia, pauta del valor interpretativa que debe ser considerada, autoriza el juez, a rellenar las lagunas de protección, pues una vez impedido el derecho fundamental de ser hecho efectivo de modo eficaz, el núcleo esencial del derecho fundamental podría ser alcanzado.[29]

Es interesante constatar, teniendo presente la concepción del derecho fundamental, la línea evolutiva, en el ámbito de la tutela jurisdiccional ocurrida, en el derecho brasileño a partir de la idea de acción como acesorio de derecho material, de que era ejemplo en el plan normativo el artículo 75 del arcaico y revocado Código Civil brasileño de 1916, según el cual "a todo derecho corresponde una acción, que la asegura".

El artículo 83 del Código de Defensa del Consumidor brasileño (Ley n.º 8.078, de 11/09/1990) al estatuir que "para la defensa de los derechos e intereses protegidos por este código son admisibles todas las especies de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela", ya representa una concepción no solo unida a la acción abstracta, sino que anticipa de cierto manera las ideas defendidas aquí.

---

[28] Al tiempo que ejercía la judicatura, adopté ese entendimiento en el juzgamiento de la Acción Rescisoria 599263183, TJRS, 6ª Cámara Civil, j. en 26.4.2000. En el mismo sentido opina Luiz Guilherme Marinoni, *Técnica processual e tutela dos direitos*, cit., p. 216-217, mencionando la resolución y resaltando con propiedad que "la omisión del legislador en dar efectividad al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, como es muy claro, no puede ser interpretada en su disfavor".

[29] Pedro Scherer de Mello Aleixo, *O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira (a caminho de um "devido processo proporcional")*, separata de *Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 432-433, refiere, en abono de la tesis, decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán, al alertar que el núcleo esencial de los derechos fundamentales puede no ser alcançado "cuando for impedido de ser efectivado nel proceso de manera eficaz".

Esas ideas podrían ser sintetizadas de forma normativa por la siguiente prescripción: "para la efectiva realización de los derechos, son asegurados un proceso justo y las tutelas jurisdiccionales adecuadas". Trátase de norma constitucional que puede ser extraída de textos presentes en el sistema constitucional brasileño, vinculada a una comprensión de tutela jurisdiccional comprometida tanto con la efectividad cuanto con la seguridad; a esto se debe la mención a la "efectiva realización de los derechos", "proceso justo" y "tutela adecuada".

Con esa referencia al proceso justo, introduzco en el discurso la cuestión de la seguridad, que es la otra cara de la efectividad, como adelanté en el inicio de mi exposición.

Observo, en primer lugar, que el cambio de paradigma que transcurre del paso del normativismo legalista al derecho fundamental de carácter de principio, afeta de manera igual la seguridad jurídica, que deja de ser estática en la medida que pasa a conviver con un derecho mucho más flexible y menos rígido.

De tal forma, hoy la seguridad jurídica de una norma debe ser medida por la estabilidad de su finalidad, abarcada en caso de necesidad por su propio movimiento. No más se busca el absoluto de la seguridad jurídica, sino la seguridad jurídica afectada de un coeficiente de una garantía de realidad. En esa nueva perspectiva, la propia seguridad jurídica induce el cambio, al movimiento, visto que debe estar a servicio del objetivo mediato de permitir la efectividad del derecho fundamental, a un proceso imparcial.[30] En suma, la seguridad ya no es vista con los ojos del Estado liberal, en que tendía a prevalecer como valor, porque no sirve más a los fines sociales a que se destina el Estado. Dentro de estas coordenadas, el juez debe estar atento a las peculiaridades del caso, pues atendiendo incluso el formalismo establecido por el

[30] Cf., al respecto, la excelente elaboración doctrinaria de Marie-Emma Boursier, *Le principe de loyautè en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, n.º 679, p. 408.

sistema, de cara a las circunstancias de la especie, el proceso puede presentarse injusto o llevar a un resultado también injusto.

En realidad, la visión estática afirmaba la seguridad en la *garantía del "debido proceso legal"* (artículo 5º, inciso LIV, de la Constitución de la República). Sin embargo, en una visión dinámica, ligada a los principios y a los derechos fundamentales, parece más correcto hablar en *derecho fundamental a un proceso justo*. En semejante perspectiva, no se cuida más de un genérico derecho al proceso, asentado en derechos estáticos. Se trata de asegurar, a partir de los conceptos de ecuanimidad y de justicia, no solo la suficiencia cuantitativa mínima de los "medios procesales", sino también un "resultado" cualitativamente diferenciado. De esa manera, a partir de las premisas anteriormente establecidas, es posible extraer la consecuencia de que, en el cuadro de los derechos fundamentales constitucionales, el "derecho al proceso" no se caracteriza por un objeto únicamente formal o abstracto ("proceso" *tout court*), sino que asume un contenido modal calificado ("derecho al justo proceso"), que es exactamente la cara dinámica del "debido proceso legal".[31] En semejante contexto, la estricta perspectiva de un "debido proceso legal", correspondiente a una comprensión claramente liberal y que afirma como cierto el fenómeno jurídico, debe ser comprendida a partir de una visión dinámica en que todos los institutos y categorías jurídicas son leídos una vez más a la luz de la Constitución y en la cual el proceso civil es materialmente informado por los derechos fundamentales.[32]

De tal modo, el concepto del proceso justo proviene, en primer lugar, de la comprensión concreta de ciertos derechos fundamentales expresos, a ejemplo de la prohibición de juicios de excepción y del principio del juez natural

---

[31] Comoglio, *Lezioni Sul processo civile*, cit., p. 58-60.

[32] En el mismo sentido, Pedro Scherer de Mello Aleixo, *O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva*, cit., p. 428.

(artículo 5°, incisos XXXVII e LIII, de la Constitución brasileña), del contradictorio y de la amplia defensa, con los medios y recursos a ella inerentes (artículo 5°, inciso LV, de la Constitución brasileña), de la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas por medios ilícitos (artículo 5°, inciso LVI, de la Constitución brasileña), y del derecho fundamental la decisión verdaderamente fundamentada (artículo 94, inciso IX, de la Constitución brasileña). Además, la visión con carácter de principio, al contrario de la estática y garantista, no se limita a los derechos fundamentales expresos y puede elaborar normas a partir de otros derechos fundamentales de principios, contenidos en la Constitución, con vistas a la concreción de un proceso justo y una tutela jurisdiccional efectiva.

Un ejemplo emblemático es el principio de la igualdad (artículo 5°, *caput* de la Constitución brasileña), que permite establecer la noción de proceso ecuánime y, en consecuencia, la norma de principio o el derecho fundamental de la paridad de armas. Vale decir, la parte debe tener la posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones tales que no la ponga en situación de desventaja en relación a la otra.[33]

4 La Dimensión del Conflicto entre Efectividad y Seguridad y su Resolución. El Papel de la Adecuación. Conclusión

No puedo concluir mi ponencia sin abordar el tema principal de las líneas de confluencia entre los derechos fundamentales de la efectividad y de la seguridad.

La aceleración del proceso (una de las variables del valor efectividad) siempre implica riesgo para el resultado cualitativo que se ha de alcanzar. Por lo tanto, incrementar

[33] Esa comprensión es derivada de la jurisprudencia de la Corte Europea de los Derechos del Hombre. V.g., arestos Dombo Beheer B.V. vs. Países Bajos, de 27.10.1993, serie A, n° 274, § 33, Bulut v. Aústria, de 22.2.1996, *Recueil* 1996, II, § 47 Foucher vs. Francia, de 17.3.1997, § 34, Kuopila vs. Finlandia de 27.4.2000, apud Silvio Marcus-Helmons, *Quelques aspects de la notion d'égalité des armes (un aperçu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits del'homme)*, in *Le procès équitable et la protection juridictionnelle du citoyen*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 68.

la seguridad puede comprometer la efectividad, y, en contrapartida, incrementar la efectividad puede comprometer la seguridad. Basta pensar en las decisiones liminares, *inaudita altera parte*, para prevención de daño, en que la seguridad se queda en segundo plan, con vistas a posibilitar la efectividad del probable derecho de la parte.

De tal suerte, el gran desafío del legislador o del aplicador del derecho procesual es componer de manera adecuada esos dos valores en permanente conflicto, y no obstante complementarios. En efecto, los valores *se implican recíprocamente*, en el sentido de que ninguno de ellos se realiza sin influir, de forma directa o indirecta, en los demás. El mundo de la cultura es siempre un mundo *solidario*, en el sentido de la interdependencia necesaria de sus factores, pero no en el sentido de la coexistencia pacífica de los intereses, que es un ideal a ser alcanzado.[34] El ideal es que la efectividad virtuosa y calificada no venga a causar perjuicio al derecho al proceso justo (a la seguridad, en resumen). Cuando digo eso, estoy hablando de adecuación, que, en esa perspectiva, constituye un concepto básico.

Desde del punto de vista de la lógica jurídica, la adecuación exige una relación empírica entre el medio y el fin, en vista de que el medio debe ser capaz de llevar a la realización del fin. Para que se pueda establecer cuál es el medio adecuado para un determinado fin, es necesario examinar atentamente las especies de relación que existen entre los varios medios disponibles y el fin que se debe promover. Ese análisis puede ser realizado en tres aspectos: cuantitativo (intensidad), cualitativo (cualidad) y de probabilidad (certeza). En términos cuantitativos, un medio puede promover peor, de igual manera, o mejor el fin de que otro fin. Y, en términos de probabilidad, un medio puede promover con menos, igual o más certeza que otro medio.[35]

---

[34] Miguel Reale, *Filosofia do direito*, vol. 1, 5ª ed., revisada y aumentada, São Paulo, Saraiva, 1969, n.º 83, p. 173.

[35] Reproduzco las ponderaciones realizadas por Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007, p.

En el caso del proceso, el fin es el ideal de la justicia material del caso concreto, no siempre alcanzable, como sabemos; el proceso justo y la tutela jurisdiccional efectiva son los medios de que dispone el Estado democrático de derecho, por esencia constitucional, para la realización de aquel fin.

Delante del carácter normativo de los derechos fundamentales de la efectividad y de la seguridad, pienso que en el ámbito del proceso es posible definir la adecuación de la tutela jurisdiccional como la aptitud de ésta para realizar la eficacia ofrecida por el derecho material, con la mayor *efectividad* y *seguridad* posibles. Por lo tanto, en regla, la adecuación resulta de la ponderación de esos dos valores o derechos fundamentales, con vistas al resultado que se quiere obtener frente a la clase de derecho violado. Esas directivas deben comprometer al legislador, a la doctrina, y la aplicación práctica del derecho procesal por el órgano judicial, respetados, por supuesto, los dispositivos asegurados para la parte, pues ésta puede elegir la forma de tutela que más le conviene (autonomía de voluntad, otro derecho fundamental), salvo las excepciones consignadas expresamente en la ley.

Ha de reconocerse, todavía, que normalmente el conflicto entre los derechos fundamentales de la efectividad y de la seguridad está resuelto previamente por el texto legislativo, presumiblemente en consonancia con el sistema constitucional en que se incluye. La desobediencia al texto solo será posible cuando su aplicación conducir a una flagrante injusticia o en vista de conflicto con otro derecho fundamental, que merezca potencialidad en función de las características especiales del caso concreto. En la aplicación de los derechos fundamentales, solo en especies excepcionales podrá el juez, con el auxilio de postulados hermenéuticos — por ejemplo, la proporcionalidad, la razoabilidad, y la igualdad —, crear una norma que viole de manera flagrante el texto legal.

---

165. con base en la obra de Ota Weinberger, *Rechtslogik*, respecto de la adecuación en el examen inherente al postulado normativo que aplica la proporcionalidad.

Igual así, algunas precauciones deben ser tomadas, so pena de ser transgredido el derecho fundamental a la seguridad, cuya esencia es la previsibilidad.

Estamos aquí en el ámbito de la interpretación y creación del derecho, en el plan jurisdiccional, materia que viene siendo motivo de acentuada atención por parte de la filosofia del derecho actual. En este campo cada vez más se fortalece el entendimiento de que el intérprete, el aplicador del derecho — entre ellos el juez —, el llamado intérprete auténtico (Kelsen), interpreta no normas, sino textos normativos y representaciones fácticas. El producto de la interpretación es la norma; en el caso del juez: la norma de decisión.[36]

Acentúase, todavía que además del intérprete auténtico, también los demás integrantes del mundo producen norma, a partir de elementos cogidos en el texto normativo (mundo del deber ser) y de elementos del caso al cual ella será aplicada, a partir de datos de la realidad (mundo del ser). Y con base en esa interpretación aplican la norma producida fuera del proceso, ejerciendo las posiciones simple o complejas que se refieren al derecho subjetivo, aunque no produzcan normas de decisión, tarea exclusiva del órgano judicial.[37]

En ese contexto, la interpretación (= aplicación) del derecho "tiene carácter constitutivo – no meramente declaratorio – y consiste en la producción, por el intérprete, a partir de los textos normativos y de los hechos pertencientes a un determinado caso, de normas jurídicas que irán a ser ponderadas hacia la solución de este caso, mediante la definición de una norma de decisión. *Interpretar* es, así, dar concreción (= concretizar) al derecho. En ese sentido, la interpretación (= interpretación/aplicación) opera la inserción del derecho en la realidad, opera la mediación entre el carácter general

[36] Imposible aprofundar el examen del tema en esta sede. Ver, al respecto, Eros Roberto Grau, *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, passim, con amplia indicación bibliográfica.
[37] Eros Roberto Grau, *Ensaio*, cit., p. 85

del texto normativo y su aplicación particular, en otros términos: opera su inserción en la vida".[38]

Sin embargo, la transformación del texto en norma, y con mucho más razón, el alejamiento de la regla, no pueden ser efectivados de forma arbitraria por el órgano judicial.

En primer lugar, la actividad del juez es controlada por la red de derechos fundamentales procesales que componen el "proceso justo" (v.g. contradictorio, deber de motivación, juez natural, igualdad etc.). En segundo lugar, la aplicación debe encontrar encaminamiento dentro del discurso jurídico, proferido este con el lenguaje que le es propio. No se olvide que la aprehensión hermenéutica de la realidad, incluso la jurídica, solo es posible porque el sujeto perceptible conoce de antemano el lenguaje en juego y el alcanze de la instrumentación en ella empleada.[39] Y el discurso jurídico sólo obliga hasta donde conduzca su fuerza de intrínseca persuasión, fuerza vinculante que ha de ampararse en el sistema jurídico (constitucional e infraconstitucional), en los valores y principios de él originados, y en los valores sociales y culturales dominantes en el seno de la colectividad, en fin en el derecho como totalidad, para que todo no redunde al final en puro arbitrio.[40]

En la colisión entre derechos fundamentales, es necesario ponderar cuál de los intereses en conflicto, *en abstracto de la misma categoria*, posee *mayor peso en el caso concreto*. Teniéndose en cuenta las circunstancias específicas de la hipótesis, es posible establecer entre los principios

---

[38] Eros Roberto Grau, *Ensaio*, cit., p. XIII, que refiere, en ese paso, la exposición de Gadamer sobre el pensamiento de Aristóteles.

[39] Gadamer, *Waherheit und Methode*, 4ª ed. (1975), p. 250 e ss., apud A. Menezes Cordeiro, introducción al libro de Claus-Wilhem Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Gulbenkian, 1989, p. LIV.

[40] Ver al respecto el excelente prefacio del traductor portugués, J. Baptista Machado, a la obra de Karl Engisch, *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1968, cuando trata de la descubierta del derecho *praeter legem e contra legem*, esp. p. LVII y LVIII.

una *relación de precedencia condicionada*, con precisa indicación de las condiciones en que un precepto debe preceder al otro. Puede ocurrir, por eso, que, en otras condiciones, la precedencia se invierta.[41]

La eventual superación del conflicto entre regla y principio debe ser efectivada con prudencia, so pena de violación del derecho fundamental a la seguridad jurídica, esencial al Estado democrático de derecho.

La regla exhibe una "eficacia de trinchera", que solo puede ser superada por razones extraordinarias y mediante un ónus y fundamentación mayor, con consideración de los siguientes requisitos: a) justificativa adecuada; b) fundamentación adecuada; c) comprobación adecuada. [42]

Solo con esas precauciones podrá realizarse la justicia del caso. No es posible endosar decisiones escasamente funda-mentadas o fundamentadas de manera incorrecta, o aun con falsas motivaciones que, a pretexto de hacer justicia, no acaten derechos fundamentales del ciudadano.

Para concluir este discurso — que está más largo que yo deseaba —, quiero acentuar que el aspecto ahora enfocado es de la mayor importancia en el Estado democrático de derecho, tributario del buen uso que hace el juez de sus poderes, cada vez más incrementado por el fenómeno de la incertidumbre y complejidad de la sociedad actual y de la inflación legislativa, con aumento de las reglas de equidad y aplicación de los principios. Justamente, la lealtad en el empleo de esa libertad nueva atribuida al órgano judicial es lo que puede probar la confianza atribuida al juez en la construcción del derecho justo.[43]

---

[41] Cf. Roberto Alexy, *Teoria de los derechos fundamentales*, cit., p. 90-95, mencionando el interesante ejemplo de conflicto en la hipótesis de realización de una audiencia en que el reo en el proceso penal estaría impedido de comparecer por estar en riesgo de sufrir un infarto del corazón.

[42] Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios*, cit. p. 119-120.

[43] Marie-Emma Boursier, *Le principe de louyauté en droit processuel*, cit., p. 372-377, passim.

Y la seguridad constituye elemento esencial hacia la legitimación del Poder Judicial delante de la sociedad civil.

Referências

ALEIXO, Pedro Scherer de Mello. *O direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva na ordem jurídica brasileira (a caminho de um "devido processo proporcional")*, separata de *Direitos fundamentais e direito privado – uma perspectiva de direito comparado*, Coimbra, Almedina, 2006.

ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e Direito Ordinário. Justiça Constitucional e Justiça Especializada*. Trad. Luís Afonso Heck, *Revista dos Tribunais*, 799 (maio/2002).

_____. *Teoría general de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2007.

BAUR, F. *Der Anspruch auf rechtliches Gehör*, in *Beiträge zur Gerichtsverfassung und zum Zivilprozessrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1983.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual: tentativa de compatibilização*, São Paulo, Malheiros, 2006.

BOURSIER, Marie-Emma. *Le principe de loyautè en droit processuel*, Paris, Dalloz, 2003, n.º 679.

CASETTA, Elio. *Diritti pubblici subiettivi, Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 1964, vol. 12.

CHIOVENDA. *Della azione nascente dal contratto preliminare*. In: *Rivista di Diritto Commerciale*, compilado en los *Saggi di Diritto Processuale Civile*, Roma, Foro Italiano, 1930, vol. 1.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Lezione Sul Processo Civile* (en colaboración con Corrado Ferri y Michele Taruffo), 2ª ed., Bologna, Il Mulino, 1999.

COMPORTI, Marco. *Diritti reali in generale*, Trattato di diritto civile e commerciale (coord. de Cicu, Messineo e Mengoni), vol. 8, t. 1, Milano, Giuffrè, 1980.

GOMES CANOTILHO, J. J.. *Direito Constitucional*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do direito*, 3ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.

HESSE, Konrad. *Significado de los derechos fundamentales*. In *Manual de Derecho Constitucional*, 2ª ed., trad. Antonio López Pina, Madrid, Marcial Pons, 2001.

JELLINEK, G. *System der subjektiven öffentlichen Rechte*. Tübingen, J.C.B Mohr (Paul Siebeck), 2ª ed. 1905.

MACHADO. J. Baptista, en prefacio a la obra de Karl Engisch. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 2ª ed., Lisboa, Gulbenkian, 1968.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Da ação abstrata uniforme à ação adequada à tutela dos direitos*, in *Polêmica sobre a ação – A tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*, orgs. Fábio Cardoso Machado e Guilherme Rizzo Amaral, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2006.

_____. *Técnica processual e tutela dos direitos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.

MEIER, Isaak. *Auflösung des geschriebenen Rechts durch allgemeine Prinzipiennormen*. In: *Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen*, en colaboración con Rudolf Ottomann. Zürich, Schulthess Verlag, 1993.

MENEZES CORDEIRO, introducción al libro de Claus-Wilhem Canaris. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. A. Menezes Cordeiro, Lisboa, Gulbenkian, 1989.

MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado constitucional*. Porto Alegre, Livraria do Advogado ed., 2007.

NAKANO, Teichiro. *Das Prozessrechtsverhältnis, Zeitschrift für Zivilprozess*, 79 (1966).

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*, Coimbra, 1978, separata del volumen 24 del *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Del Formalismo en el Processo Civil (Propuesta de un formalismo valeroso)*. Trad. Prof. Juan José Monroy Palácios, 3ª ed., Lima, Palestra Editores, 2007.

PISANI, Andréa Proto. *Lezioni di diritto processuale civile*. 6ª ed., Napoli, Jovene, 2006.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. Vol. 1, 5ª ed., revisada y aumentada, São Paulo, Saraiva, 1969.

TROCKER, Nicolò. *Processo Civile e Costituzione – Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, Giuffre, 1974.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os Directos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1987.

As Origens da Condenação do Processo Civil Romano*

Guilherme Carneiro Monteiro Nitschke[1]

1 Introdução. 2 Antecedentes arcaicos. 2.1 O *votum*. 2.2 Os legados *per damnationem* e *sinendi modo*. 2.3 O *nexum*. 2.4 *Damnatio* como vínculo e execução *per manus iniectionem*. 3 A condenação pecuniária das fórmulas. 3.1 A *condemnatio* enquanto elemento da fórmula e o ofício do pretor. 3.2 A *condemnatio* enquanto espécie de sentença. 4 Da *damnatio* à *condemnatio*. 5 *Condemnatio* e *litis contestatio*. 6 Conclusão. Referências.

Resumo: Este trabalho visa a demonstrar que a condenação do processo formular romano se originou de uma paulatina evolução da damnatio, uma das antigas modalidades obrigacionais que tinham a submissão como elemento caracterizador e a garantia como centro do vínculo. Substituída a idéia de 'obrigação como garantia' pela idéia de 'obrigação como vínculo ideal', e considerando a natureza instrumental de que o processo se reveste, a damnatio foi internalizada ao sentenciamento e engendrou o que se conhece por condemnatio, a submeter o devedor não mais aos castigos sacrais, mas ao próprio populus Romanus. O texto, ademais, divide-se no exame dos aspectos externos e internos da sentença de condenação, ressaltando, neste último caso, suas relações com a obligatio, com a actio e com a litis contestatio, e sempre tendo por prisma o ofício que pretor e juiz assumiam no processo daqueles tempos.

Palavras-chave: Direito Romano. Processo Civil. Condenação. Obrigação. Ação. Litis Contestatio.

Abstract: This paper aims at demonstrating that condemnation of the Roman formular procedure originated from a regular evolution of damnatio, one of the old obligational modalities, which had submission as a characterizing element and warrant as the core of the bond. Once the idea of "obligation as warrant" was substituted for "obligation as ideal bond", and considering the instrumental nature of the procedure, damnatio was internalized to sentencing, originating what is known as condemnatio, submitting the debtor no longer to sacral punishments, but to the populus Romanus itself. The text, in addition, is divided into analyzing the internal and external aspects of the condemnation verdict, highlighting, in the latter case, its relationships to obligatio, to actio

---

* Pela confiança, pela ajuda, pelo incentivo e pelo exemplo indelével de professor, advogado e pessoa, não há como não dedicar este trabalho inteiramente ao Prof. Luís Renato Ferreira da Silva.

[1] Mestrando em Direito pela UFRGS.

and to litis contestatio, always considering the role that praetor and judge took on in the legal proceeding at that time.

Keywords: Roman law. Civil Procedure. Condemnation. Obligation. Action. *Litis Contestatio.*

"These rudimentary ideas are to the jurist what the primary crusts of the earth are to the geologist. They contain, potentially, all the forms in which law has subsequently exhibited itself".

Henry Sumner Maine**

1 Introdução

O conhecimento histórico faz-se pela segurança dos instrumentos que o tempo preservou. Extirpada a possibilidade de acesso direto aos fatos passados, essa cognição se processa por meio de vestígios, assim imputando certo grau de incerteza à almejada correspondência entre o resultado da pesquisa histórica e o fato outrora ocorrido. Como bem aponta o fundador da Escola dos *Annales*, "nenhum egiptólogo viu Ramsés; nenhum especialista das guerras napoleônicas ouviu o canhão de Austerlitz. Das eras que nos precederam, só poderíamos falar segundo testemunhas. Estamos, a esse respeito, na situação do investigador que se esforça para reconstruir um crime ao qual não assistiu; do físico, que, retido no quarto pela gripe, só conhece os resultados de suas experiências graças aos relatórios de um funcionário de laboratório".[2] Por isso, o passado é, por definição, um dado imodificável; seu conhecimento, porém, é coisa que progride, e que incessantemente se transforma e se aperfeiçoa,[3] pois fitados estão os olhos do pesquisador na busca pelo real – ainda que seja o real de outros tempos – e embebidos pela pertinácia de avistarem a verdade.

** MAINE, Henry Sumner. *Ancient law*. Londres: Aldine Press – Letchworth – Herts (Everyman's Library), 1965, p. 2.

[2] BLOCH, Marc. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (Cahiers des Annales). 2. ed. Paris: Armand Colin, 1952, p. 17.

[3] Idem, p. 22.

E que outros são os instrumentos para o conhecimento do direito pretérito senão as próprias palavras, senão a linguagem? "Amálgamas de pedaços dos espíritos" que perduram "indiferentes ao passar das gerações" – poetizou Pontes de Miranda[4] –, as palavras não passam de signos convencionais que representam *imediatamente* as concepções do intelecto e *mediatamente* – mas não necessariamente – a realidade. A linguagem, por ser convencional (lapidada pelo ser humano), é modo de expressão social e manifestação eminente da tradição,[5] e tanto por isso espelha e aponta para a realidade jurídica de épocas passadas. É, destarte, legítimo instrumento do historiador do direito, pois realiza a própria essência da tradição: o repasse, a transmissão, a *traditio* (de *trado, trans + do*, entregar) dos fatos de outros tempos.

Considerando que ao passado jurídico só se tem acesso por mediação de palavras, é possível desdobrar duas conclusões: que as palavras enquanto instrumentos de investigação histórica indicam à realidade de outras épocas, mas que, por também fazerem parte da cultura humana e por isso sofrerem iguais modificações por ação do tempo, a segurança de sua correspondência (identificação entre descrição por palavras e realidade) só brota se forem encaradas dentro da sistemática de dados já conhecidos.[6] A visão geral da realidade

---

[4] PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Garra, mão e dedo*. Campinas: Bookseller, 2002, p. 10.

[5] SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. 2. ed. Paris: Payot & Cie., 1922, p. 100-101. Como bem aponta Juan Cruz Cruz, "tradición es la línea de la transmisión de los caracteres adquiridos por libertad, es la continuidad del proceso operativo específicamente humano, en virtud de la cual se lega al futuro algo que pervive, una vez desapareciendo quien lo creó; el pasado es así un legado, del que el hombre *puede* disponer. (...) La tradición, desde el lado del emisor es *entrega*; desde el lado del receptor es *acogimiento*. La manera más alta en que se actualiza es en la *educación*; y su manifestación más inmediata es el *lenguaje*" (CRUZ, Juan Cruz. La historia como tradición. *Anuario filosófico*. Navarra: EUNSA, v. 13, n. 1, 1980, p. 75 e 95, respectivamente).

[6] As leis de modificação da linguagem não são muito diversas das apresentadas pelas demais criações da arte humana. Por ação do tempo, conjuntos gramaticais somem e aparecem, e outros têm seu uso modificado. Por isso que indica Giacomo Devoto ser impossível estudar certa palavra e perquirir a que realidade ela aponta apartando-a de sua dimensão histórico-cultural (DEVOTO, Giacomo. Ricostruzione e storia di lingue. In: *Scritti Minori*. Firenze: Felice le Monnier, 1967, v. 1, p. 35).

jurídica, social, econômica etc. da época investigada, assim, é vetor indispensável ao desvelar seguro de quais circunstâncias uma determinada palavra era representante. Nas trilhas desse método, o investigador há de ter uma dupla capacidade: *capacidade histórica* para colher com acerto tudo quanto há de característico no direito de cada época, e *capacidade sistemática* para considerar cada dado em íntima relação e em ação recíproca com o conjunto.[7]

A exposição dessas considerações preliminares se justifica quando a aproximação à temática deste trabalho é maior: tratará ele de perquirir as origens da condenação no processo civil romano, e para isso será indispensável viajar ao período arcaico de Roma e observar em quais circunstâncias era utilizado o vocábulo que a etimologia indica como ascendente direto da *condemnatio* – qual seja, a *damnatio*. Por serem escassas as fontes jurídicas desses tempos, apenas a observação sistemática da palavra (inserta no conjunto jurídico, social e econômico de então) é capaz de portar maior segurança ao investigador, de modo a fazê-lo defrontar com razoável probabilidade o conceito e a realidade aos quais se referia a palavra *damnatio*.

Nem se diga que o método perde justificativa quando o estudo passa a abordar períodos mais adiantados da história jurídica de Roma. A maior abundância de fontes e de escritos sobre o processo formular não retira da investigação do passado sua natureza cambiante (no sentido de evoluir a cada nova descoberta na trilha da evolução à verdade), mormente quando se tem em mente as recentes descobertas que a arqueologia patrocinou para o direito.[8] O desenvolvimento

---

[7] SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (trad. Adolfo G. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946, p. 80.

[8] Além da pesquisa tecnológica nos papiros de *Oxyrhynchus* (antiga cidade egípcia em que foi descoberto em 1896 um enorme amontoado de papiros milenares, contendo desde anotações do dia-a-dia dos antigos até obras literárias perdidas), basta recordar a rica *lex Irnitana*, que em 1981 foi encontrada na localidade de Saucejo, na Espanha (foram retiradas do local seis tábuas de bronze em que a lei está gravada), e que modificou sobremaneira o entendimento que se tinha acerca de alguns elementos do processo formular romano (época de Domiciano). Cf.

das pesquisas, aliás, tem revelado que muitas idéias lapidadas pelos romanistas dos séculos passados merecem ser atualizadas e desbastadas de sua bagagem ideológica, circunstância que reforça ainda mais a necessidade de retomarem-se velhas discussões e abordarem-se caracteres do processo romano que já pareciam descansar irretorquíveis.

Assim sendo, para que seja possível elaborar um esboço de proposta sobre as origens da condenação no processo civil romano, os seguintes degraus terão de ser galgados: em primeiro lugar, analisar-se-á a que realidade correspondia à palavra *damnatio* no tempo arcaico, avaliando-se, por outro lado, de que forma se operava a transição "conhecimento-execução" nesses mesmos idos; em segundo lugar, investigar-se-á a configuração da *condemnatio* formular, pulando-se temporariamente do período arcaico para o período clássico, e com isso traçando um comparativo de evolução entre *damnatio* e *condemnatio*; enfim, o estudo culminará na avaliação dos caracteres obrigacionais da condenação romana, a demonstrar que, de alguma maneira, seu uso determinava a submissão do réu ao cumprimento da sentença.

2 Antecedentes Arcaicos

Por meio da etimologia, o mergulho no arcaísmo é meramente superficial: revela uma série de possíveis ascendentes do vocábulo *damnatio* sem, porém, considerar o plexo que deve haver entre palavra e contexto cultural. Não indica com firmeza a que dado da realidade romana o termo fazia referência, e por isso serve de modesto acessório ao aprofundamento da dimensão cultural da linguagem. Uma pesquisa comprometida não pode se deter em meros comparatismos etimológicos.[9]

GONZALES, Julian; CRAWFORD, Michael. H. The *Lex Irnitana*: a new copy of the Flavian Municipal Law. *The Journal of Roman Studies*, 1986, v. 76, pp. 147-243.

[9] Apenas em tom exemplificativo, refira-se aqui que as pesquisas etimológicas relacionam *damnatio* com o indo-europeu (*dâ, da-p, *dap-nom*, de "ligar", "vincular". Cf. CRIFÒ, Giuliano. Danno (storia). In: *Enciclopedia Giuridica Italiana*. [s.l.]: A. Giuffrè, 1962, p. 167. GIOFFREDÌ, Carlo. *Diritto e processo nelle antiche forme*

No caso da *condemnatio*, em especial, por seu ascendente estar tão soterrado pelo tempo, mister se faz partir da palavra e verificar em que variados contextos ela tinha uso nas épocas mais distantes do direito de Roma, durante o denominado "período arcaico".[10] Sabe-se ser ela o resultado da junção de dois termos arcaicos: *cum* e *damnatio*. O primeiro deles (uma preposição) tem significado óbvio: "com", "em companhia de", "por meio de".[11] O segundo, porém (um substantivo), demanda investigação histórico-sistemática mais apurada, já que seu aparecimento é variado e envolto nas brumas de um passado longínquo. Dentre algumas ocorrências, é possível indicar o uso de *damnatio* como vinculado a quatro institutos jurídicos da época: o *votum*, os legados *per damnationem* e *sinendi modo*, e o *nexum*. A análise compartimentada de cada um deles fará brotar, ao final, o significado de *damnatio* que aqui se busca.

2.1 O *votum*

Relacionada ao *votum*, a palavra *damnatio* é mencionada por diversos autores romanos. Cornélio Nepo (*De viris illustribus*, XXII, 5), Virgílio (*Ecloga*, V, 79-80), Tito-Lívio (*Ab urbe condita*, V, 21 e 25) e Macróbio (*Saturnalia*, III, 2) são alguns dos exemplos mais marcantes. A chave está em descobrir o que se entendia por *votum*, e de plano salta aos olhos o

---

romane. Roma: Apollinaris, 1955, p. 168-169, nota n.º 20), com o sânscrito (*dâm-yâmi*, de "domar". Cf. BOPP, Franz. *Grammaire comparée des langues indo-européennes* (trad. Michel Bréal). 2. ed. Paris: Imprimerie Impériale, 1866, t. 1, p. 254), com o etrusco (*-mno, -mna*. Cf. ERNOUT, A. Les éléments étrusques du vocabulaire latine. *Bulletin de la société de linguistique de Paris*. Paris: Librarie Ancienne Honoré Champion, 1930, t. 30, pp. 98-99) e com o grego (*äÜðôù, äáðÜíç, äáøéèÞò*, etc., isto é, "divisão", "despesa" e "magnânimo". Cf. ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire etymologique de la langue latine: histoire des mots*. 3. ed. Paris: C. Klincksieck, 1951, p. 293).

[10] Período que vai desde os primórdios de Roma (apesar de juridicamente iniciar com a redação das XII Tábuas, no século V a.C.) até o fim da Segunda Guerra Púnica, no fechamento do século III a.C.

[11] São algumas das traduções indicadas por SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico etc*. 11. ed. Rio de Janeiro – Belo Horizonte: Garnier, 2000, p. 324.

acentuado caráter religioso que o instituto possuía. O próprio Cícero, na obra *De legibus* (II, 47), refere à sua feição sacral quando o inclui no rol exemplificativo de institutos jurídicos que partilhavam de relações com a religião: *de sacris credo, de votis, de feris et de sepulchris*. Em específico, a participação do *votum* na religião romana se operava por meio da *nuncupatio*, que nada mais era senão o proferimento rigoroso e solene, diante do público ou ao menos de algumas testemunhas, de certas palavras (*certa verba*) indicadas pelos pontífices e dirigidas ao deus Júpiter, capazes de gerar obrigações para quem as pronunciasse.[12]

Com isso, fica claro que pelo *votum* se implorava a alguma deidade que realizasse certa benesse, prometendo-se a ela, em contrapartida, certa retribuição caso o pedido fosse atendido (como a construção de um templo ou o sacrifício de animais). Virgílio narra a história de um sujeito que venceu um páreo de barcos apenas porque proferira *vota* aos deuses (*Eneida*, V, 230-240). Noutra passagem do texto, o mesmo autor fala sobre as orações de Ascânio a Júpiter antes que lançasse uma flecha na cabeça de Rêmulo, prometendo-lhe "bezerro cândido de fronte dourada" caso acertasse o alvo (IX, 625). Marcos Cato, enfim, em texto que trata do mundo campestre dos romanos, indica todas as formalidades que deviam ser atendidas para que se formulasse um *votum* em favor da saúde do gado (*De agri cultura*, 83). A partir desses exemplos, é tranqüilo concluir-se pela natureza do *votum*: uma declaração unilateral de vontade,[13] uma promessa feita a uma divindade, vinculante segundo o *ius sacrum*.[14]

---

[12] Sobre isso, cf. Julio César, *De bello civile*, I, 6; Suetônio, *Divus Augustus*, 97. Cf. também NOAILLES, Pierre. *Du droit sacré au droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1949, p. 302. *Nuncupare* vem de *nomen* e *capere*, isto é, "nome" e "apanhar", etimologia que reforça a idéia de que *nuncupatio* era exprimir à viva voz as palavras devidas, oferecidas pelos pontífices.

[13] WORMS, René. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*. Paris: A. Girard, 1891, p. 82. Cf. também D. 50.12.2.

[14] PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1991, p. 595.

Via de regra, os *vota* eram cumpridos por temor à ira dos deuses e à fúria de seus seguidores. Dizia-se *votum solvere* o implemento da promessa que tinha sido feita.[15] Mas antes desse cumprimento, o promitente podia se encontrar numa de duas situações: ou *voti reus*, ou *voti damnatus*.

É de Virgílio (*Eneida*, V, 235) uma passagem interessante sobre o ponto: *constitutam ante aras voti reus* ("em vossos altares, obrigo-me por esta promessa"); trecho que posteriormente foi comentado por Macróbio (*Saturnalia*, III, 2): *ut reus qui suscepto voto se numinibus obligat* ("de modo que diz-se *reus* o que em dirigindo a promessa se obriga"). Essas fontes tratam de momentos em que se tinha um *voti reus*, isto é, alguém que havia se obrigado pelo *votum* depois de ter proferido palavras solenes (*nuncupatio*). *Voti reus* era, assim, o sujeito que prometera determinada realização caso atendido seu pedido.

Por outro lado, quando a condição se implementava (*id est* quando o desejo do proferente se realizava) e o promitente se negava a cumprir sua promessa, dizia-se que ele havia se tornado *voti damnatus* (o contrário, portanto, de *votum solvere*). Nesse sentido, vejam-se as observações de Macróbio (*Saturnalia*, III, 2): *damnatus autem qui promissa vota non solvit* ("*damnatus*, porém, é o que não cumpriu os votos prometidos"). A expressão também é utilizada noutras fontes. Cornélio Nepo (*De viris illustribus*, XXI, 5), por exemplo, assim escreveu: *dixit nunc demum se voti esse damnatum: namque hoc a diis immortalibus semper precatum, ut talem libertatem restitueret Syracusanis, in qua civis, de quo vellet, impune dicere* ("disse em tal momento estar *damnatus* a uma promessa: já que por sempre pedir isto aos deuses imortais, para que fosse restituída a liberdade dos Siracusanos, na qual fosse lícito a qualquer um falar do que quisesse sem ser castigado").

---

[15] *Votum solvere* era "s'acquiter d'un voeu" (ERNOUT, A.; MEILLET, A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., p. 634). *Solvo* originaria, posteriormente, as palavras *absolvo*, *absolutus*, *absolutio*, e significava "romper", "quebrantar", "satisfazer", "livrar-se de", "saldar", "liquidar", etc. (SARAIVA, F. R. dos Santos, *Novíssimo dicionário latino-português etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico etc.*, cit., p. 1.111).

Já de Virgílio (*Ecloga*, 79-80) pode ser citado o seguinte: *Ut Baccho Cererique, tibi sic vota quotannis agricolae facient: damnabis tu quoque votis* ("Como, para Baco e Ceres, todos os agricultores fazem para ti as promessas: *damnabis* tu também a elas"). E de Tito-Livio (*Ab urbe condita*, V, 25): *Camillus identidem omnibus locis contionabatur: haud mirum id quidem esse, furere civitatem quae damnata voti omnium rerum potiorem curam quam religione se exsolvendi habeat* ("nos discursos que repetia continuamente em todos os lugares, Camilo dizia que não era então tão estranho se abandonasse a tais excessos uma cidade que, em sendo *damnata* ao cumprimento de um voto, fazia de tudo para se liberar do vínculo religioso").

Os trechos revelam o sentido em que *damnatio* e suas derivações eram utilizadas pelos romanos quando se referiam ao *votum*: *damnatum*, *damnabis* e *damnata* indicavam a situação de um indivíduo que descumprira uma promessa – era, portanto, o antípoda de *votum solvere*, de cumprir o voto – e que, assim, estava submetido à sua realização sob pena de sofrer sanções religiosas. No plano do *fas*, parece que o promitente ficava submetido à ira divina (danação); no plano do *ius sacrum*, provavelmente os veneradores da deidade desrespeitada pudessem perseguir em juízo o cumprimento do prometido.[16] *Damnatio* enquanto relacionada ao *votum*, destarte, espelhava *vinculação por não cumprimento de promessa feita* e, assim, *submissão aos castigos divinos e religiosos*.[17]

2.2 Os legados *per damnationem* e *sinendi modo*

Outra aparição arcaica da palavra *damnatio* se dá quando relacionada aos legados *per damnationem* e *sinendi modo*. O

---

[16] FIRPO, Giulio. Votum. In: *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 20, p. 1.060.

[17] É importante notar desde já a dicotomia havida entre *solvere* e *damnatio*: *votum solvere* (*solvere* que mais tarde originaria *absolvere*, absolver) era "desligar-se da promessa" e "ficar imune das penas religiosas", ao passo que *voti damnatus* (expressão com o termo *damnatio*, que depois engendraria *condemnatio*, condenar) era "submeter-se às penas religiosas por ter descumprido uma promessa".

legado, no direito romano, resultava da faculdade que possuía o *paterfamilias* de destinar suas coisas *mortis causa* a quem lhe aprouvesse, materializado por meio de testamento ou de codicilo confirmado, imposto aos herdeiros em favor de um terceiro (legatário). Segundo registros dos *Tituli ex Corpore Ulpiani* (XXIV, 2) e das *Institutiones* de Gaio (II, 192), havia quatro modalidades de legado nos tempos mais antigos: *per damnationem*, *sinendi modo*, *per vindicationem* e *per praeceptionem*; os dois primeiros gerando efeitos pessoais, os dois últimos gerando efeitos reais.[18] Tendente à unificação, o *Senatus Consultum Neronianum* (64 d.C.) fez com que a interpretação de legados impróprios (aqueles que não cumpriam com os requisitos de nenhuma das modalidades) convergisse para um só: na dúvida, deviam ser vistos como se *per damnationem* fossem (Gaio, *Institutiones*, II, 197-198; 212-218; 220-222; *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XXIV, 11a; *Fragmenta Vaticana*, 85); e o período pós-clássico, por fim, observou derrocar a divisão entre legados *per damnationem* e legados *per vindicationem*, unificando estes àqueles.

Pouco a pouco, o legado *per damnationem* foi expandindo seus lindes e acabou por englobar todos os outros, dada a carapaça obrigacional da qual se revestia. Caracterizava-se por impor ao herdeiro algum dever em favor de um terceiro, seja de dar ou de fazer. Legado "que gerava em favor do legatário um simples direito de crédito contra o herdeiro",[19] e, por conseguinte, que fazia nascer no próprio herdeiro determinada dívida. Sua principal característica decorria de seu objeto: uma espécie de obrigação entre legatário e herdeiro. Tanto por isso diferenciava-se do legado *per vindicationem*, utilizado para repasse direto de coisas e, portanto, com efeitos tipicamente reais, prescindindo inclusive de qualquer intervenção do herdeiro.

---

[18] Álvaro D'Ors acrescentou outras duas modalidades às já conhecidas: o legado *optio servi* (legado de opção) e o legado *partitio* (legado de partição), sem, porém, indicar em que fontes se baseava (D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 9. ed. Navarra: EUNSA, 1997, p. 373-375).

[19] BIONDI, Biondo. *Corso di diritto romano. Diritto ereditario*. Milano: A. Giuffrè, 1934, p. 241.

Outro legado revestido de caráter obrigacional era o *sinendi modo*, tanto que abarcado pelo *per damnationem* mesmo antes do *anno Domini*. Ele, porém, impunha ao herdeiro uma obrigação de "não impedir" (*sinere*); fixava um dever de permitir que o legatário tomasse o que o *de cujus* lhe havia deixado. A simples diferença do *per damnationem* repousava na espécie de obrigação gerada por um e por outro, conforme assinala Biondo Biondi: num, uma obrigação positiva; noutro, uma obrigação negativa.[20]

Esse caráter obrigacional que a ambos era intrínseco tinha como marca a presença da cláusula *damnas esto*. Senão, basta que se cotejem as fórmulas indicadas por Gaio (*Institutiones*, II) quando faz referência às quatro modalidades de legado: *201. Per damnationem hoc modus legamus: HERES MEVS STICHVM SERVVM MEVM DARE DAMNAS ESTO. 209. Sinendi modo ita legamus: HERES MVS DAMNAS ESTO SINERE LVCIVM TITIVM HOMINEM STICHVM SVMERE SIBIQVE HABERE. 193. Per vindicationem hoc modo legamus: TITIO verbi gratia HOMINEM STICHVM DO LEGO. 216. Per praeceptionem hoc modo legamus: LVCIVS TITIVS HOMINEM STICHVM PRACIPITO* (também nos *Tituli ex Corpore Ulpiani*, XXIV, 4 e 5, podem ser achadas passagens similares). De todas essas frases (repetidas pelos testadores em verdadeiro *nuncupare*), apenas nas duas primeiras – as referentes aos legados *per damnationem* e *sinendi modo* – consta a declaração *damnas esto*, não por acaso naqueles ditos "obrigacionais".

A tradução literal dessa expressão, mantido por ora o *damnas* em sua configuração latina, fica: "esteja *damnas* a dar" (*dare damnas esto*, referente ao legado *per damnationem*) e "esteja *damnas* a não impedir" (*damnas esto sinere*, referente ao legado *sinendi modo*). Não é difícil concluir que o vocábulo *damnas* era usado para deduzir a vontade do testador em termos formais, qual seja, a de que seu próprio herdeiro ficasse comprometido a seguir determinada conduta, beneficiando

[20] BIONDI, Biondo. Legato (diritto romano). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 9, p. 559-560.

terceiro. *Damnas*, assim, representava de certa maneira a submissão do herdeiro à vontade do *de cujus*, e configura o indício mais agudo da obrigacionalidade dos legados *per damnationem* e *sinendi modo*. Tanto que as fórmulas citadas podem muito bem ser traduzidas por "esteja vinculado ou submetido a dar" e "esteja vinculado ou submetido a não impedir"; tanto que "legado *per damnationem*" nada mais é do que "legado por vinculação", ou "legado por submissão".[21]

2.3 O *nexum*

Foi o romanista alemão Philipp Eduard Huschke, através da obra "Ueber das Recht des nexum und das altrömischen Schuldrecht" (Leipzig, 1846), quem encetou as célebres discussões sobre o *nexum*, um misterioso instituto do direito romano. Tão controvertida quanto sua própria natureza era a presença da palavra *damnatio* como a ele vinculada. Huschke, por exemplo, acabou deduzindo o uso de *damnatio* a partir do próprio efeito executório que parecia brotar do *nexum*, sendo supostamente pronunciada pelo credor contra o devedor durante o cerimonial do cobre e da balança (*per aes et libram*).[22] O romanista partiu do pressuposto de que o ato do cobre e da balança gerava uma dualidade de efeitos: um real, implicando a transferência por mancipação de um bem; e outro obrigacional, através do qual o contrato era criado pelo *nexum*, isto é, pelo engajamento pessoal dos serviços do contratante. Este último seria efetivado depois de pronunciada (via *nuncupatio*) uma *damnatio*, a dar azo imediato a uma execução (*manus iniectio pro iudicato*).

É interessante verificar que os anos conseguintes reservaram uma diversidade de desdobramentos da teoria de

---

[21] A idéia de vínculo e de obrigação que brota da expressão *dare damnas* é tão forte que alguns autores chegaram às raias de considerar dita cláusula como predecessor da *dare oportet* dos tempos clássicos. Cf. THOMAS, Paul. La nature de la damnatio. *Revue historique de droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, série 4, ano 10, 1931, p. 232.

[22] SENN, Félix. Nexum: contract de prêt du trés ancien droit romain. *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, ano 29, 1905, p. 52.

Huschke. O alemão Ludwig Mitteis, através de trabalho publicado na "Zeitschrift der Savigny – Stiftung für Rechtgeschichte, Romanistische Abteilung" (1901), foi o primeiro a combatê-la. Afirmando não haver qualquer fonte a atestar a presença da *damnatio* como vinculada ao *nexum*, e também por isso descartando a possível *manus iniectio pro iudicato*, Mitteis procurou diferenciar *nexum* de *nexi*: enquanto aquele seria contrato de empréstimo *per aes et libram*, implementável forçadamente por uma *legis actio sacramento in personam*, os *nexi* seriam os aprisionados por quaisquer dívidas impagas que houvessem decorrido do mútuo (forma de auto-mancipação), perseguidos através de uma *rei vindicatio*. Em sua compreensão, não havia espaço para uma *damnatio* e menos ainda para a possibilidade de execução direta.

Os autores sucessivos a Huschke e Mitteis a um ou a outro se filiaram – com exceção de Otto Lenel, que acabou negando a própria existência do *nexum*.[23] Sem prejuízo de que uma ou que outra teoria esteja correta, o importante aqui é verificar que feição assumia a *damnatio* se vinculada ao *nexum*, e ter-se por pressuposto, evidentemente, o acerto dos estudos de Huschke e seus seguidores.

Conforme já adiantado, para essa corrente, o *nexum* era um contrato de empréstimo, celebrado *per aes et libram*, com a pronúncia solene (*nuncupatio*) de uma *damnatio*, em que o devedor submetia sua força de trabalho como garantia da dívida. Isso é exatamente o que parece espelhar um dos fragmentos da Lei das XII Tábuas (VI, 1): *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto* ("quando se realize um *nexum* ou uma mancipação, o que se declare verbalmente de forma solene seja direito"). O *nexum*, portanto, era negócio formal, cumprido mediante a pesagem do metal e na presença de cinco testemunhas, tal como na

[23] Para análise das três correntes derivadas de Huschke, Mitteis e Lenel, bem como de seus seguidores, veja-se NOAILLES, Pierre. *Fas et ius: études de droit romain*. Paris: Les Belles Lettres, 1948, p. 49-57.

mancipatio.[24] Fazia com que o mutuante adquirisse um poder sobre a pessoa de quem recebesse a utilidade econômica, caso a contraprestação não fosse efetuada: frustrada a *fiducia* que dava impulso ao negócio, o devedor respondia diretamente com seu corpo.[25]

É de Pierre Noailles a preciosa indicação de que era o labor do mutuário, e não sua liberdade, que ficava submetido ao poder do mutuante caso o empréstimo não fosse recompensado.[26] Chamado, assim, de *liber homo bona fide serviens* (expressão colhida da *lex Cincia*, conforme revelam os *Fragmenta Vaticana*, 307), o *nexus* tinha sua força laborativa escravizada sem que sua pessoa se revestisse dessa mesma condição. Até que a dívida estivesse quitada, ficava ele sob o senhorio de seu credor.[27] O mutuante podia apanhar o devedor e levá-lo para exercer atividades laborativas até que seu crédito fosse satisfeito; podia exercer diretamente, como está subentendido, uma *manus iniectio* diferenciada.

A corrente de romanistas por fim indica a *damnatio* como responsável por atar o devedor ao credor e à realização do labor empenhado. O vocábulo pronunciado, portanto, representava a vinculação e a submissão do mutuário caso não pagasse o que tomara por empréstimo. Por isso a

---

[24] Em tempos posteriores (em torno de 260 a.C., época que sabe-se ter sido de significativo crescimento da cunhagem de moedas de prata, com o exaurimento das fontes de cobre), a pesagem do metal se transformou em mero ato simbólico: as partes se detinham a tocar a balança com pedaços de cobre (JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano* (trad. L. Pietro Castro). Barcelona: Labor, 1965, p. 131).

[25] IMBERT, Jean. Fides et nexum. *Studi in onore di Vicenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 1, p. 358.

[26] NOAILLES, Pierre, *Fas et ius: études de droit romain*, cit., p. 114.

[27] A condição de *nexus* parece ter surgido como solução à paupérrima realidade que assolava algumas classes da sociedade romana da época, que, não possuindo bens às garantias de seus débitos, tinham de submeter suas próprias pessoas como penhor (GIOFFREDÌ, Carlo. Nexum. *Novíssimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipográfico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 11, p. 271). De outro lado, como credores, os patrícios usavam o empréstimo de dinheiro e cereais como meio de acumular homens e mão-de-obra para seus latifúndios, sistemática peculiar à Antigüidade que contribuía para o ininterrupto domínio da classe patrícia e faziam-na perpetuar como senhora de Roma (WEBER, Max. *Historia económica general* (trad. Manuel Sánchez Sarto). México: Fondo de Cultura Económica, 1997, p. 62-63).

importância de sua presença na face obrigacional do *nexum*: pela força da *nuncupatio*, a *damnatio* representava a garantia de que o mutuante teria seu patrimônio recomposto, já que submetia de per si o devedor ao poder de seu credor e ao cumprimento de seus trabalhos até que a dívida estivesse quitada.

2.4 *Damnatio* como vínculo e execução *per manus iniectionem*

Não escapa do leitor qual uso era dado, nos tempos arcaicos, ao vocábulo *damnatio*: ele exprimia espécie de "vínculo" e "submissão", derivados de uma declaração solene de palavras certas (*nuncupatio*), indicando a instituição de uma garantia e com força suficiente para submeter o indivíduo, em caso de descumprimento, a um procedimento de execução imediato; ela representava a constituição de uma garantia dirigida à asseguração de que certos deveres seriam cumpridos de maneira voluntária ou, na pior das hipóteses, por meio de coação. É isso que se viu nos três exemplos recém-trazidos: no *votum*, a presença da *damnatio* espelhava vinculação por não cumprimento de promessa feita e, assim, submissão a castigos divinos e religiosos; nos legados *per damnationem* e *sinendi modo*, a cláusula *damnas esto* impunha ao herdeiro um dever de fazer ou de não fazer em prol de um terceiro; e no *nexum*, a *damnatio* submetia o devedor ao poder de seu credor e ao cumprimento de certos trabalhos até que o débito restasse pago. Nos três, a *damnatio* operava por meio de uma *nuncupatio*, e, também nos três, o inadimplemento dos deveres acarretava uma espécie de execução sem procedimentos de conhecimento que lhe fossem anteriores. Por isso, a palavra parece ser mais bem traduzida por espécie de "vinculação", por "submissão".[28]

---

[28] Prova complementar do sentido de *damnatio* como espécie de "vínculo" é revelada por certa passagem das XII Tábuas (VIII, 16): *SI ADORAT FURTO, QUOD NEC MANIFESTUM ERIT, DUPLIONE DAMNUM DECIDITO*. No trecho, *damnum decidere* pode ser traduzido por "decidir o vínculo", a exprimir a função do juiz quando examinava alguma relação conflituosa posta sob seus olhos. Expressão, por sinal, que não pode andar desacompanhada de seu antônimo da época: a palavra

Ainda outro aspecto pode ser destacado. É que a *damnatio*, nesses primeiros tempos de Roma, não era vocábulo que se relacionasse diretamente com o processo civil. À diferença da *condemnatio* das épocas posteriores, ela – a *damnatio* – pertencia exclusivamente ao âmbito material do direito, e não consistia em instrumental de magistrados ou de juízes como na posteridade se tornaria. A única relação que desde já pode ser apontada com o processo é sua capacidade de oportunizar execuções caso não observados os deveres cujo cumprimento era por ela garantido. E é justamente dessa aptidão que tratar-se-á a partir de agora.

A *manus iniectio* – execução do período arcaico – foi definida da seguinte maneira pelo jurista Gaio (*Institutiones*, IV, 21): *Qui agebat, sic dicebat: QUOD TU MIHI IUDICATUS SIVE DAMNATUS ES SESTERTIUM X MILIA, QUANDOC NON SOLVISTI, OB EAM REM EGO TIBI SESTERTIUM X MILIUM IUDICATI MANUM INICIO; et simul aliquam parte corporis eius prehendebat* ("quem agia, assim dizia: "já que tu és *iudicatus* ou *damnatus* a dez mil sestércios e não pagaste, agarro-te por isso a título de julgado pelos dez mil sestércios"; e em seguida prendia uma parte de seu corpo"). Ou um *iudicium*, ou uma *damnatio*: a execução dependia da presença de um ou de outro para ser encetada, já que ambos transmitiam a segurança de que um dever fora descumprido e portanto carecia de salvaguarda. Há que se analisar, assim, no que consistia uma *manus iniectio ex iudicium* e uma *manus iniectio ex damnatio*, pois indispensável para diferenciar-se a causa de cada uma das espécies – não obstante a similitude de seu procedimento, como se verá no final do ponto.

A *manus iniectio ex iudicium* é a mais conhecida modalidade de execução, já que desdobrada a partir de um pronunciamento judicial que nos primórdios assumia feição bastante sacral. Nos dizeres de Scialoja, quem tinha declaração da

---

solvere, que, desde então, já significava "desobrigar-se", "desvincular-se". Não é por acaso que o processo civil dos séculos posteriores acabou tendo de um lado *condemnare* (*cum* + *damnare*) e de outro *absolvere* (*ab* + *solvere*).

estirpe ao seu favor tinha aptidão à execução sobre a pessoa do devedor,[29] e tanto por isso a causa de uma *manus iniectio ex iudicium*, nesses tempos mais arcaicos, era a decisão de um julgador (inspirado por deuses) que dizia se certa conduta estava ou não de acordo com o direito (normas religiosas) reconhecido da época.[30] O juízo desta primeira época, portanto, era oblíquo e indireto, pois tinha por precípua função detectar a conformidade de alegações e fatos e daí, em nome dos deuses desrespeitados, punir aqueles que tivessem incorrido em perjúrio.

O *iudicium* do período arcaico, porém, não apresentava feições perenes e duradouras. Não se pode dar a ele uma definição única, separando-a em absoluto do que depois o período formular ofereceria. Pelo contrário, o *iudicium* – como todo o direito romano da época – participava de uma sociedade que se abria a outras culturas e aos poucos se laicizava, trocando o revestimento sacral de suas instituições por um de cunho mais racional e adequado à cosmopolitização que as conquistas bélicas ensejavam. Tanto foi assim que aos poucos

---

[29] SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano; ejercicio y defensa de los derechos* (trad. Santiago Santis Melendo e Marino Ayerra Redin). Buenos Aires: EJEA, 1954, p. 149.

[30] Importante aludir que o *iudicium* era alcançado por meio da *legis actio sacramento*, ação tão arcaica que parece ter derivado da prática jurídica grega dos tempos heróicos (SCIALOJA, Vittorio, *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, cit., p. 140). O *sacramentum* como procedimento não tinha por escopo o adimplemento de obrigações não cumpridas, mas a punição daqueles que houvessem prestado juramento falso perante as divindades. Ainda que a declaração do que era o justo concreto fosse decorrência do juízo sacral, a finalidade deste era puramente ordálica; a decisão do *sacramentum* representava nada mais do que a vontade divina (LEVY-BRUHL, Henri. Le sacramentum in personam. In: *Studi in onore di Vicenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 2, p. 17). Caso restasse provada a falsidade de seu juramento, o sujeito, nos primeiros tempos, tornava-se *homo sacer*, e podia inclusive ser morto em sacrifício (*sacer facio*) aos deuses para que a fúria destes fosse apaziguada (MEIRA, Sílvio A. B. O *homo sacer* no antigo direito romano. *Romanitas: Revista de Cultura Romana (língua, instituições e direito)*. Rio de Janeiro: Romanitas, 1959, ano 2, v. 2, p. 94-96). A garantia pelo próprio corpo foi substituída ainda na idade régia pelo depósito de animais: aqueles que haviam sido dados pelo sucumbente eram consagrados e sacrificados às divindades. Em tempos mais adiantados, o *sacramentum* tornou-se pecuniário e servia de soma expiatória, para, já no período helênico, transformar-se em mera *poena* que revertia ao erário em punição à sucumbência.

o processo civil da época passou a ser o nascedouro de ações da lei cada vez mais voltadas à realização prática do justo (a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* e a *legis actio per condictionem* constituem exemplos típicos do que ora se diz), desenraizado do assoreamento religioso que lhe travava um resultado mais efetivo e humano.[31]

É a partir desses dados, casados com um notável desenvolvimento do cobre e depois da moeda como instrumentos do comércio, que a *manus iniectio* passou a se desdobrar apenas se o *iudicium* fosse expressado com referência a quantias pecuniárias.[32] Caso não o fosse, fazia-se necessário seguir um *arbitrium liti aestimandae* – procedimento autônomo, consistente na liquidação da decisão –, e só então os *triginta dies* para o pagamento voluntário passavam a correr, sob pena de dar-se início à execução (Lei das XII Tábuas, III, 1).[33]

---

[31] Para ilustrar, recorde-se que nesta época Roma começava sua dilatação bélica, guerreando contra os montanheses, a partir de 430 a.C., e contra a Etrúria, de 387 a 347 a.C. (PIGANIOL, André. *Histoire de Rome*. Paris: Presses Universitaires de France, 1939, p. 51-67). Também nestes idos, *Cneus Flavius* – secretário de um jurisconsulto – publicou o calendário pontifical e um livro com as fórmulas processuais que até então eram detidas apenas pelos colégios pontificais, abrindo aos profanos o estudo e o desenvolvimento do direito (D. 1.2.2.7). Esses e outros acontecimentos contri-buíam para que uma idéia de *Populus Romanus* brotasse com cada vez mais força e, de certa forma, em substituição à religião que antes tudo impregnava.

[32] É o que confirma a Lei das XII Tábuas, III, 1, na senda da legislação que à época instituía o sistema capitalista da Antigüidade romana (*lex Aeternia Tarpeia*, de 454 a.C.; *lex Menenia Sestia*, de 452 a.C.; *lex Papiria Julia*, de 430 a.C.), dando ensejo à execução por barras de metal (*aes*), depois por lingotes (barras de metal fundido grafados com o termo *ROMANOM*), e depois por moedas (MOMMSEN, Theodore. *Histoire de la monnaie romaine* (trad. Duc de Blacas). Paris: [s.n.], [s.d.], t. 1, p. 173-178). Isso não afasta, entretanto, que, em tempos anteriores (quando inexistia a prática do cobre e da moeda), a execução fosse feita pela própria coisa (*in ipsam rem*), como menciona Gaio em suas *Institutiones* (IV, 48), a mitigar inclusive uma suposta divisão original de ações *in personam* e ações *in rem* (ROMANO, Angela. Condanna "in ipsam rem" e condanna pecuniaria nella storia del processo romano. *Labeo: rasegna di diritto romano*. [s.l.]: [s.n.], 1989, n. 28, p. 145).

[33] Diga-se, aliás, que o mês que antecedia a execução só valia para quem estivesse sujeito a determinada obrigação por conta de um *iudicium* ou de uma confissão (conforme noticia a Lei das XII Tábuas, III, 1-2), e não por uma *damnatio*, que podia dar azo à direta *manus iniectio* a qualquer tempo.

Visto, portanto, que a *manus iniectio ex iudicium* tinha por causa uma decisão judicial com feição pecuniária e descumprida pelo devedor, há que se passar agora à segunda espécie de execução que Gaio menciona em suas *Institutiones* (IV, 21): a *manus iniectio ex damnatio*. Considerando que o significado de *damnatio* já foi explicitado em linhas anteriores, o importante agora é observar de que maneira seus caracteres interagiam com a execução arcaica a ponto de configurarem mais um requisito à instauração daquela ação da lei. E aqui é indispensável adiantar-se uma diferenciação que nos parágrafos mais abaixo ficará clara: a *damnatio* não é o equivalente arcaico de *obligatio*, e por isso mesmo não representa a existência de uma obrigação incontroversa, mas de uma garantia ao cumprimento de promessas proferidas.

Para entender-se bem a execução arcaica, deve-se saber que a noção de obrigação não tinha sido desenvolvida na época da *damnatio*.[34] Os romanos trabalhavam com promessas e com a garantia de que elas seriam cumpridas, e não com *obligationes*. Aqui entra o essencial papel da *damnatio*: ela não tornava obrigação alguma incontroversa, pois sequer a noção de "obrigação" fazia-se presente na prática mais antiga a oportunizar adjetivação da estirpe. O que a *damnatio* representava – e isso tem tudo a ver com a ponte que a conecta à execução – era uma submissão do devedor aos deuses e ao credor, e uma garantia de que as promessas feitas de maneira solene (*nuncupatio*) seriam cumpridas. Mais do que isso. A necessidade em ter-se por incontroverso o descumprimento da obrigação só adveio – como se verá mais adiante – num período em que (i) a noção de *obligatio* já se encontrava lapidada, (ii) a declaração do juiz já substituía a certeza religiosa fornecida pela *nuncupatio* e (iii) a execução

[34] Fritz Schulz adverte que mesmo o surgimento do vocábulo *obligatio* é tardio, concomitante à lapidação de sua noção como *vinculum iuris*. Como as palavras evoluem atadas à contingência que representam, o antecedente *obligare* aparecia com o significado de "atar". (SCHULZ, Fritz. *Derecho romano clásico* (trad. José Santa Cruz Teijeiro). Barcelona: Bosch, 1960, p. 435).

não era mais realizada privadamente pelo credor, mas sob a coordenação total do magistrado.

Pela *damnatio*, a submissão era essencialmente religiosa, e por isso o descumprimento do prometido ensejava de per si a execução do credor, mormente por já haver a submissão pelas promessas proferidas.[35] Aliás, é bem isso que se viu quando analisado o aparecimento da palavra *damnatio*, sempre atrelada a atos praticados solenemente (com a pronúncia de fórmulas certas: *nuncupatio*) e diante de testemunhas (*testis*). A presença de terceiras pessoas observando a prática da solenidade tinha por exato fito dar publicidade (perante os deuses, o credor e a comunidade) às promessas feitas e à garantia instituída. A violação das promessas, portanto, era agressão à própria sociedade romana e desrespeito às divindades citadinas.[36] Por isso se pode dizer que a *damnatio* configurava, de certo modo, "causa substancial notória" à *manus iniectio*, ainda que o descumprimento de ditas promessas fosse a verdadeira causa eficiente da execução.

Tanto que, num primeiro momento histórico, a sanção que derivava da *damnatio*, motivada pelo descumprimento das promessas proferidas, era apenas religiosa: quem não cumpria os deveres se tornava herege (*impius*) e sofria diversas restrições em sua colocação social[37] – até, pelo menos, que um sacrifício expiatório lhe retirasse a pecha de blasfemo.

---

[35] Já em tempos posteriores, a religião cedeu espaço para noções secularizadas, sem que os institutos jurídicos perdessem, porém, o arraigamento cultural que lhes era intrínseco. Especificamente no caso da *damnatio*, a submissão que antigamente era religiosa parece ter sido substituída por uma submissão ao *populus Romanus*, ao esboço de Estado que se formara com a evolução da República; e por isso essa submissão não poderia mais ser o ponto de partida, mas o ponto de chegada de um processo de conhecimento judicial que culminasse na instituição dessa submissão, numa sentença *cum damnatio*, depois de detectada que uma obrigação (aqui sim no sentido de *vinculum iuris*) havia sido descumprida.

[36] JHERING, Rudolf von. *L'Esprit du droit romain* (trad. O. de Meulenaere). 3. ed. Paris: [s.n.], 1886-1888, t. 1, p. 151.

[37] Era, por exemplo, afastado das cerimônias religiosas citadinas (WORMS, René, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, cit., p. 71).

Foi a paulatina laicização dos institutos que portou a necessidade de uma sanção não sacral, seja porque o papel hiperbólico da religião encolhia, seja porque, com bastante probabilidade, o próprio prejudicado não se contentava mais com meras penalizações beatas; e daí, então, foram abertas as portas para que a *manus iniectio* se instalasse como conseqüência ao *damnatus*.

Mas disso não resulta que a *manus iniectio ex damnatio* possa ser vista como espécie de *manus iniectio pro iudicato* (isto é, uma *manus iniectio* que se equiparava àquela cuja causa era o *iudicium*), conforme compreenderam alguns conhecidos estudiosos do processo civil romano.[38] Não levaram em conta a contraposição feita por Gaio (*Institutiones*, IV, 21), e não notaram que a execução a partir de uma *damnatio* antecedeu historicamente a execução por um *iudicium*. Noutras palavras, não pode ser considerada *pro iudicato* uma execução que, quando surgida, não tinha um *iudicium* paralelo para que fosse comparada. É muito mais crível que o tempo tenha feito com que diminuíssem aos poucos as "causas substanciais notórias", a ponto de introduzir cada vez mais a necessidade de um juízo anterior que servisse de causa à execução e que, assim, homenageasse o valor "segurança" com necessários e indispensáveis procedimentos de cognição judicial. Como se verá em linhas posteriores, a culminação desse processo de eliminação de "causas substanciais notórias" se deu com a publicação da *lex Poetelia Papyria* (326 a.C.), que parece ter sido o coveiro da *manus iniectio ex damnatio*.

Destarte, seja no *votum*, seja nos legados *per damnationem* e *sinendi modo*, seja no *nexum*, a presença da *damnatio* servia de "causa substancial notória" à instauração de uma *manus*

---

[38] Dentre eles, pode-se dar destaque a Giovanni Pugliese (*Il processo civile romano: le legis actiones*. Roma: Ricerche, 1961-62, p. 309), Carlo Augusto Cannata (*Profilo istituzionale del processo civile romano: le legis actiones*. Torino: Giappichelli, 1980, p. 38, nota 1) e Bernardo Albanese (*Il processo privato romano delle legis actiones*. Palermo: Palumbo, 1993, p. 49-50).

iniectio, pois indicava que uma garantia para cumprimento de certas promessas havia sido instituída – pela solenidade de que se revestia e pela presença de testemunhas que lhe davam publicidade –, nada obstante ser o descumprimento das juras a causa motriz da execução. Sobra, apenas, a necessidade de darem-se breves pinceladas sobre os passos da execução arcaica.

Ela iniciava – seja *ex iudicium*, seja *ex damnatio* – com a apreensão do devedor (Lei das XII Tábuas, III, 1-4): o exeqüente tinha a faculdade de apanhá-lo diante do magistrado (*iniecere manum*), depois que este proferia seu *addico*,[39] e levá-lo preso para sua residência, caso não houvesse indicação de garante (*vindex*). Lá, devia sustê-lo com o alimento necessário, colocá-lo para trabalhar durante os sessenta dias seguintes, ou então portá-lo diante do pretor por três vezes seguidas, para que fosse noticiado publicamente, em dias de comício, o débito ainda existente. Eram essas as oportunidades para que alguém pagasse o *quantum* devido pelo aprisionado, sob pena de ser morto ou vendido como escravo (Lei das XII Tábuas, III, 5). As fontes ainda noticiam que se existissem vários credores, o corpo do devedor podia ser dividido em tantas partes quantos fossem os créditos (Lei das XII Tábuas, III, 6).

---

[39] Era necessário que o magistrado pronunciasse o *addicere*, um dos *tria verba legitima*, para que imantasse a conduta executória de legitimidade. É que *addictio* exprimia idéia de sobreposição ao *dicere* do privado de um outro *dicere* por parte do magistrado, que confirmava autoritativamente as últimas palavras da *legis actio* pronunciada pelo autor (*tibi manum inicio*), e assim permitia o apossamento do réu por parte do autor (ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 44). A função pretoriana na *manus iniectio*, portanto, era autorizar o credor e mandar o devedor não resistir. Ao lado disso, a lei exercia papel de limitador da conduta humana, ao dispor, com rigidez, as exatas formalidades que o atuante devia obedecer para que pudesse implementar forçadamente a prestação acertada. Dentre os romanos, assim como nos primórdios da evolução jurídica germana, o poder coercitivo da forma era chamado para representar esse papel, que em tempos mais avançados seria incorporado como dever de um vigoroso e onipotente Estado (ENGELMANN, Arthur; et alii. *History of continental civil procedure* (trad. Robert Wyness Millar). Nova Iorque: Rothman Reprints e Augusts M. Kelley, 1969, p. 373).

3 A Condenação Pecuniária das Fórmulas

As considerações introdutórias deste trabalho já haviam antecipado: seu intento principal é verificar de que maneira a *damnatio* arcaica passou à *condemnatio* dos tempos clássicos. Seu fim imediato é abordar a evolução da palavra e o engendramento da condenação formular, interessando-se precisamente pela fração de transição que se posta no entremeio dos períodos históricos, e que revela – sem sombra de dúvida – a verdadeira feição jurídica (prática e teórica) que o instituto possuía para os romanos. A análise dessa evolução, porém – e por questões de método –, pressupõe que se tenha em mente a situação da palavra em ambos os períodos: a *damnatio* na fase das ações da lei e a *condemnatio* na época das fórmulas. Visto o arcaísmo, cabe agora empurrar os portões dos tempos clássicos de Roma e adentrar na era do bem acabado processo *per formulas*, e dele extrair a configuração da condenação como elemento da fórmula e da sentença.

Esse duplo sentido que o vocábulo *condemnatio* assumia está presente em certa passagem das *Institutiones* gaianas (IV, 43): *Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absolvendive potestas permittitur* ("a condenação é a parte da fórmula com a qual se atribui ao juiz o poder de condenar ou absolver"). Não que seja petição de princípio, mas a *condemnatio* era indissociável tanto da arte do *praetor* (como parte da fórmula) quanto do ofício do *iudex* (como sentença antagônica à absolutória); ela era *pars formulae* e *sententia* ao mesmo tempo, e por isso utilizada em sentidos e para fins diversos. É isso que será visto individualmente a partir de agora.

3.1 A *condemnatio* enquanto elemento da fórmula e o ofício do pretor

O texto gaiano menciona a *condemnatio* como sendo a parcela formular responsável por outorgar ao juiz o poder de proferir uma sentença. Acabou que à fração da fórmula, por evolução do direito e pela tendência crescente a abstrações,

foi dado o mesmo nome da própria sentença de condenação. E tanto é assim que a parte da fórmula denominada *condemnatio* é a parte em que está presente a previsão da sentença de *condemnatio*, como se vê dos seguintes exemplos deixados por Gaio (IV, 43): (...) *velut haec pars formulae: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DUMTAXAT X MILIA CONDEMNA, SI NON PARET, ABSOLVITO; idem haec: IVDEX, NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO CONDEMNATO et reliqua, ut non adiciatur DVMTAXAT X MILIA* ("como a seguinte parte da fórmula: tu, juiz, condena Numerio Negidio a pagar dez mil sestércios a Aulo Agerio, e se assim não parecer, absolve-o; ou também: tu, juiz, condena Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio até a quantidade de dez mil sestércios, e se assim não parecer, absolve-o; ou também: tu, juiz, condenarás Numerio Negidio a pagar a Aulo Agerio, etc., sem adicionar: até a quantidade de dez mil sestércios"). Como se vê, todas as citações que o jurista romano efetuou não plasmam fórmulas inteiras, mas apenas suas parcelas conclusivas, em que o núcleo é a expressa alusão à sentença condenatória ou absolutória que o *iudex* devia proferir.[40]

Se a definição de *condemnatio* como *pars formulae* por um lado não chega a revelar a completa aplicação da palavra na época formular, por outro fornece indicações de que é a sentença de *condemnatio* que deve constituir o objeto da investigação mais detida. Ainda assim, o conceito que Gaio traz à tona contém alguns elementos que merecem breves explanações, seja para dissecar a que contingência processual o jurista se referia, seja para colher o ensejo e desde já

[40] Para que se perceba o enquadramento da *condemnatio* na universalidade da fórmula, basta citar passagem de Arthur Engelmann em que há exemplificação e classificação de todas as partes formulares (de acordo com as definições gaianas): "Octavius judex esto. Quod Ao. Ao. Cum No. No. fundus Titianus communis est, quo nomine A. A. Num. Num. communi dividundo provocavit, qua de re agitur (*demonstratio*), quantum paret ob eam rem alteri ab altero adjudicari alterumve alteri condemnari oportere ex fide bona (*intentio*), tantum, judex, alteri ab altero adjudicato (*adjudicatio*) tantique alterum alteri condemnato, si non paret absolve (*condemnatio*)" (ENGELMANN, Arthur, *History of continental civil procedure*, cit., p. 294).

suscitar alguns pontos que terão de estar frescos à mente em momentos posteriores deste trabalho. Quando ele escreveu que "a condenação é a parte da fórmula com a qual se atribui ao juiz o poder de condenar ou absolver" (IV, 43), tinha como pressuposições o conceito de fórmula, o sujeito do qual partia a atribuição de poder e a própria consistência desse poder que era repassado ao juiz. E é exatamente sobre essas pressuposições que falar-se-á a partir de agora, vendo-as da maneira entrelaçada com que se apresentavam nos idos formulares do processo romano.

O nascimento do pretor e da fórmula foi resultado de um período histórico em que nítida laicização era operada nas instituições de Roma. Direito e religião se divorciavam; influxos helenizantes incutiam idéias de sistematicidade e racionalidade de forma a modificar sobremaneira a maior parcela dos institutos jurídicos romanos.[41] A própria criação do pretor, no ano de 367 a.C., (*leges Licinniae Sextae*) é mostra nítida desses tempos de renovação: as ações da lei mais e mais se tornavam insuficientes à resolução de conflitos cada vez mais complexos e variados, e ficaram como que um "insuportável casaco apertado" cuja libertação só viria com a outorga de amplos poderes à novel magistratura.[42]

---

[41] Trata-se do período dito 'helenístico', durante o qual houve verdadeiro movimento intelectual em prol das idéias de proveniência grega. No sentido racionalizante, parece ter tido a dialética cabal importância às distinções e sínteses que *paulatim* sistematizavam o direito romano e lhe incutiam cada vez mais uma tez científica (SCHULZ, Fritz. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon Press, 1967, p. 62-69).

[42] A divertida metáfora é de Arthur Engelmann (*History of continental civil procedure*, cit., p. 386). Não é errado, mas enriquecedor, atribuir a criação do pretor também ao afastamento cada vez mais seguido dos cônsules, que tinham de batalhar no *front* e não mais possuíam tempo para permanecer em Roma exercendo a *iurisdictio* (D. 1.2.2.27). Somam-se a isso os movimentos populares da época, que mais e mais clamavam por espaço na política citadina. De fato, a criação da pretura parece ter sido pertinente ao patriciado romano, uma breve amenização aos anseios da plebe em acessar o consulado. Sobre isso, veja-se Tito-Livio, *Ab urbe condita*, V, 42, 10, com interpretações de Vittorio Scialoja (*Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos*, cit., p. 108) e Mario Talamanca et alii (*Lineamenti di storia del diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1989, p. 131).

Conforme indicação da romanística, o antigo processo das *legis actiones* apresentava duas gravíssimas insuficiências e por isso clamava por mudanças: (a) nenhuma das ações possibilitava a tutela de um *incertum*, isto é, dos novos contratos que brotavam das relações comerciais desenvolvidas; e (b) das ações da lei só podiam participar os cidadãos romanos.[43]

Nesse sentido, o aparecimento do pretor casa bem com os anseios da época em preservar as antigas instituições (as ações da lei), mas, por outro lado, em estendê-las de modo que pudessem se readequar à nova realidade. É interessante notar que através das mesmas *leges Licinniae Sextae* foi introduzida a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, instrumento que possibilitava a quantificação pecuniária de um *incertum* e que – como se verá no decorrer deste trabalho – teve magna importância para a engendração da *condemnatio* clássica e para o próprio aparecimento das fórmulas.[44]

Já a segunda insuficiência das *legis actiones* foi suprida com a criação do *praetor qui inter peregrinus ius dicit*,[45] em 242 a.C., conforme revela trecho do *Digesto* (D. 1.2.2.28). Acudindo a inacessibilidade dos estrangeiros ao antigo procedimento, essa nova magistratura revestia-se de um todo novo

---

[43] CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo civile romano: il processo formulare*. Torino: Giappichelli, 1982, p. 50-51.

[44] É bastante ilustrativo apontar que nesses mesmos tempos um romano de nome *Cneus Flavius*, secretário do jurisconsulto *Appius Claudius Caecus*, publicou o calendário pontifical e um livro com as fórmulas processuais detidas pelos sacerdotes (D. 1.2.2.7), circunstância que é considerada um marco na secularização das instituições jurídicas de Roma. Por isso, pode-se dizer com Greenidge: "Procedure is always a symbolic manifestation of right. (...) When the initial difficulties have been overcome – when the religion has been relegated to its proper place, when *fas* has a sphere distinct from *ius*, when the exclusive privileges of the legal guild or other interpreter have been broken down, and writing can be used for documentary evidence and for instruction – then the development of procedure is one of the surest signs of the development of law" (GREENIDGE, Abel H.J. *The legal procedure of Cicero's time*. Oxford: Clarendon Press, 1901, p. 3-5).

[45] A conhecida denominação '*praetor peregrinus*' só apareceu nos primeiros anos do Principado, conforme indicações de Feliciano Serrao (SERRAO, Feliciano. *La iurisdictio del pretore peregrino*. Milano: Giuffrè, 1954, p. 19).

modus agendi, muitíssimo mais livre, adaptável à mentalidade e aos costumes de povos diversos (já que seus destinatários eram estrangeiros), desatrelado do rígido *ius civile* que dava sustento às ações da lei.[46] Nele parece ter brotado o primeiro ramo efetivo do que mais tarde seria o processo formular: a atuação do pretor peregrino era livre de leis e formas pré-determinadas, baseada tão-somente no caso concreto que as partes lhe apresentavam.

"É natural que sob as influências do novo *modus agendi*", afirma Serrao, "com o qual litigavam os estrangeiros excluídos dos institutos civilísticos, o formalismo do *lege agere* começasse a parecer inadequado à regulação das relações entre os membros de uma sociedade mais evoluída".[47] Assim, não tardou muito e ambas as magistraturas – pretor urbano e pretor peregrino – se fundiram numa só, principalmente depois de possibilitada a *intercessio* entre elas (Cícero, *In Verrem*, II, 1, 46, 119; Júlio César, *De bello civile*, III, 20). A irreversível decadência das *legis actiones* culminou com a publicação da *lex Aebutia* (entre 149 e 126 a.C.) e das *leges Iuliae iudiciorum* (17 a.C.), a uniformizarem os procedimentos, revogarem ações da lei e reconhecerem como universalizado o *modus agendi* do pretor peregrino.[48]

---

[46] SERRAO, Feliciano, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit., p. 37. Aqui ressaltam as diferenças entre *iudicium legitimum* (processo instaurado em Roma, com juiz singular na fase *apud iudicem* e tendo cidadãos romanos como partes) e *iudicium quod imperio continetur* (ante a falta de qualquer dos elementos que lapidavam o *iudicium legitimum*). O pretor peregrino, logicamente, exercia seu ofício dentro dos lindes do *iudicium quod imperio continetur* (SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p.17).

[47] SERRAO, Feliciano, *La iurisdictio del pretore peregrino*, cit., p. 51.

[48] Por óbvio que não se deve imputar a ditas leis as modificações que outrora se acreditava terem delas derivado. Os romanos não legislavam para modificar o estado de coisas, mas para reconhecer e oficializar costumes desde muito em voga. Nesse sentido, "il processo formulare è preso in considerazione come entità già esistente, di consistenza tale da poter concorrere con le *legis actiones*, imponendo, a poco a poco (*paulatim*) le sue migliore qualità, la sua idoneità ad una tutela dei diritti "*commodius et plenius*"; le leggi ebuzia e giulia sono leggi che abrogarono *legis actiones*, non que introdussero o sanzionarono azioni formulari" (CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., pp. 51-52). Cf. também Gaio, *Institutiones*, IV, 30.

Observados alguns traços de sua evolução, é hora de verificar em que consistia propriamente o ofício do pretor no processo formular. Parecia estar ele embasado em dois imprescindíveis fatores: no *imperium* outorgado pelo povo e na *auctoritas* partilhada pelos jurisconsultos.[49] Pela circunstância de ser eleito por assembléia popular (*Comitium Centuriatum*), o magistrado não exercitava um poder próprio, mas o poder recebido pelo povo, e para o povo devia atuá-lo.[50] Era o chamado '*imperium*', do qual participava com especialização na *iurisdictio* (ou *mixtum imperium*, conforme D. 2.1.3), e que historicamente brotou do reinado etrusco sobre Roma e fracionou-se nas diversas magistraturas que com a República tiveram advento. Pela circunstância de ser auxiliado por um *consilium* de jurisconsultos, o pretor adquiria embasamento técnico para o exercício de suas funções: revestia-se de *auctoritas*, princípio gerador de obediência, ordem e disciplina dentre os destinatários de seus provimentos.[51]

---

[49] Disso fazem prova duas passagens de Cícero: a primeira (*De legibus*, III, 1, 2), abordando a natureza essencial do *imperium*, bem como descrevendo o magistrado como *legem loquentem* ("a lei que fala") e a lei como *mutum magistratum* ("o magistrado silencioso"); a segunda (*De legibus*, III, 2, 5), indicando aos cidadãos que não devem apenas obedecer aos magistrados, mas amá-los e respeitá-los como às próprias leis.

[50] GALLO, Filippo. *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*. Torino: P. Giappichelli, 1997, p. 28. Uma bela passagem de Isidoro relaciona com primor os elementos que fundamentavam o *imperium*: *ex innocentia nascitur dignitas, ex dignitate honor, ex honore imperium, ex imperio libertas* (Isidorus Hispalensis, *E libris originum s. etymologiarum*, II, 21, 4). "Here personal virtue (*innocentia*), once recognized (*dignitas*), leads, by in the state by way of the magistracy voted to the individual by the people (*honor*), to the acquisition of power in the state by the individual (*imperium*); and thus to the culmination of the list with the freedom which guarantees not only the position of the state with regard to other states, but also the position of the individual within it. The crucial link in the ascending sequence is that between the individual and the state, and that is represented by *honor* and *imperium*, magistracy and power" (RICHARDSON, J. S. *Imperium Romanum*: empire and the language of power. *The Journal of Roman Studies*, 1991, v. 81, p. 4).

[51] SCHULZ, Fritz. *Principles of roman law* (trad. Marguerite Wolff). Oxford: Clarendon Press, 1956, p. 164. Conforme bem resume Levy-Bruhl, "rien ne permet de supposer que le Préteur, conscient de son infériorité technique, n'ait suivi docilement les conseils du Prudent consulté" (LEVY-BRUHL, Henri. Prudent et préteur. *Revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, 1926, ano 5, p. 36).

O exercício pelo pretor do nicho jurisdicional aglutinava três deveres sucessivos: (i) detectar a tutelabilidade das pretensões expostas pelo autor, (ii) prestar orientações na redação da fórmula e (iii) autorizar a instauração de um juízo posterior. Cada um desses deveres receberá apreciação pontual nos parágrafos que seguem.

Num primeiro momento, o pretor tinha de verificar se os relatos do autor eram tuteláveis, tomando-os como se fossem absolutamente verdadeiros e verificando se um juízo imparcial era necessário e harmônico ao direito reconhecido. Não sendo digna de proteção processual, a *actio* era denegada pelo magistrado (*denegare actionem*).[52] Fica claro, portanto, que ao pretor não interessava se o autor tinha ou não razão nas alegações que expunha; seu ofício era observar, apenas, se as pretensões cumpriam com alguns requisitos formais, bem como se não estavam em desacordo com o direito reconhecido.

Superada a admissibilidade, passava-se à redação da fórmula, da qual participavam os disputantes – futuros autor e réu – e principalmente o magistrado, aqueles apresentando e modificando a narrativa fática, e este introduzindo correções e adaptações de cunho técnico – por força do auxílio dos jurisconsultos – ao bom norteamento do procedimento *apud iudicem*.[53] A fórmula, como se vê, era fixada para o

---

[52] Max Kaser indica uma série de circunstâncias que poderiam redundar numa *denegatio*. São elas: (i) não previsão no Edito e impertinência de se deferir uma *actio in factum*; (ii) exposição defeituosa dos fatos; (iii) requerimento de uma *actio* inadequada; (iv) ilegitimidade de partes; (v) falta de um dos requisitos processuais, quais sejam, pertinência legal do processo (a pretensão do autor devia pertencer ao campo próprio do processo formular, e não à seara penal ou administrativa), competência do magistrado por razão da matéria, competência do magistrado por razão do lugar e capacidade das partes (KASER, Max. *Derecho romano privado* (trad. José Santa Cruz Teijeiro). 5. ed. Madrid: Réus, 1968, p. 363-364). Sobre *actio*, este trabalho adota as percepções de Fritz Schulz (SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 23-24), e presta ainda homenagens à ótima crítica que faz ao conceito celsino (D. 44.7.51), que assoma hoje como espúrio e desconexo da realidade clássica (SCHULZ, Fritz, *Principles of roman law*, cit., p. 44-45).

[53] Cf. SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 18. Na esteira, o romanista tece ótimas críticas ao falido modelo arbitral de Moriz Wlassak, do qual decorria a visão da fórmula e da *litis contestatio* como um contrato ou um quase-contrato (p. 15-16).

caso concreto: redigida a partir da narrativa fática das partes e orientada à resolução do conflito específico. O escopo disso tudo não era a elaboração de noções jurídico-abstratas, mas simplesmente a justa pacificação das relações supostamente em turbulência. Sobre isso, as seguintes palavras de Filippo Gallo configuram ótima suma: "o direito romano, em virtude da *iurisdictio* pretória, não corresponde nem a um sistema de estirpe normativista, nem a um sistema de estirpe casuísta; ele oferece um terceiro modelo (...), no qual a base normativa se conjuga à criação do direito no caso concreto (quando isso for resultado da própria finalidade do direito, consistente na atuação, em nível concreto, do *bonum et aequum*)".[54] Exsurge a atividade pretória como indicativa do justo abstrato, modelo orientador do juiz à realização concreta do bom e do eqüitativo.[55]

Ao pretor, portanto, não interessava qual das partes estava com a razão, pois a perquirição dos fatos fazia parte do procedimento *apud iudicem*. Seu ofício era de índole legislativa concreta: ouvia a narrativa das partes e com elas compunha a fórmula, indicando o justo abstrato que serviria de modelo ao juiz quando no conhecimento do conflito e na lapidação da sentença,[56] tanto quanto apontando para os

---

[54] GALLO, Filippo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 55, nota n.º 6.

[55] Novamente, são as brilhantes afirmações de Filippo Gallo que complementam o tópico: "L'aspetto o elemento essenziale del diritto non è ravvisato nella norma, nel comando imperativo munito di sanzione, bensì nell'*ars*, nell'insieme delle conoscenze e tecniche ocorrenti per realizzare, nei rapporti umani, il *bonum et aequum*. L'*ars* mette in luce il ruolo dell'uomo nella produzione, come nell'applicazione, del diritto, che non viene visto, in contrasto con la realtà, come un fenomeno statico, bensì, in aderenza ad essa, come un fenomeno in divenire. La posizione delle norme e la *iurisdictio*, entrambe rientranti nel *ius*, mirano congiuntamente all'indicata realizzazione" (GALLO, Filippo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, cit., p. 55). O elogiável trecho vai na esteira de conhecida disposição de Celso (D. 1.1.1): (...) *nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* ("...porque, como define elegantemente Celso, o direito é a arte do bom e do eqüitativo"). O pretor dizia o direito, isto é, indicava a arte (conjunto de técnicas) de realizar concretamente o bom e o eqüitativo.

[56] Tanto que das fórmulas constava a expressão '*si paret*' ('se é manifesto') antecedendo a enunciação da causa segundo a qual se agia – *causa ex quo agebatur* (CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., p. 74).

instrumentos pelos quais esse conflito deveria receber pacificação. Destarte, ao contrário da situação hodierna, em que há prévia e reconhecida separação teórica entre direito material e processo, no direito romano, ambos eram manifestados concomitantemente pela fórmula, pois o escopo da atividade pretória não era científico, mas prático. Porém, ainda assim, sob a óptica atual, pode-se identificar (como recém-feito) os campos em que se manifestavam o substancial e o instrumental no direito romano, pois como componentes da natureza das relações humanas, pertencem à parcela invariável do jurídico.

Esse "formalismo funcional"[57] do processo *per formulas* estava todo centrado no papel da *intentio*, isto é, na parte da fórmula que exprimia a pretensão do autor (Gaio, *Institutiones*, IV, 41), a *causa ex quo agebatur*. Era *pretensão* enquanto descrevia a situação ideal que o autor perseguia caso a iniqüidade concreta restasse comprovada; mas também era *causa de agir* enquanto norteava todo o procedimento posterior, a fazê-lo convergir para a confirmação ou à negação do que nela vinha descrito. Por isso diz-se que a *intentio* era o único fragmento do qual não se podia prescindir na redação de uma fórmula; por isso que sua confirmação gerava uma sentença de *condemnatio*, e sua negação, uma *absolutio*.

Redigida a fórmula, era hora de se pensar na fase julgadora, e daí brotava a necessidade de escolher-se um *iudex* para a condução do procedimento conseguinte.[58] Parece que a seleção incumbia às partes, desde que referendada pelo pretor. Se houvesse concórdia, ela recaía ou sobre uma

---

[57] A expressão é de Dario Mantovani, que afirma ser o formalismo formular eminentemente "funzionale a conservare il punto di equilibrio fra le istanze di adattamento dell'ordinamento, cui dava voce il pretore (e, più in generale, i magistrati giusdicenti), e l'esigenza, consapevole o meno, di certezza del diritto" (MANTOVANI, Dario. *Le formule del processo privato romano*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1999, p. 22).

[58] Sobre o ponto, vale indicar que diversos romanistas divergem sobre a necessidade em anotar-se expressamente na fórmula o nome do juiz que julgaria o feito. As recentes descobertas arqueológicas pouco contribuíram à solução do problema. Para resumo dessas discussões sob a luz da *lex Irnitana*, veja-se METZGER, Ernest. *A new outline of the roman civil trial*. Oxford: Clarendon Press, 1997, p. 71-75.

pessoa pré-eleita pelos disputantes, ou sobre um dos nomes constantes do *album iudicum*, fazendo-se indispensável sua presença já no ato de *litis contestatio*. Daí porque o procedimento *in iure* já pudesse ser encerrado se o *iudex* estivesse presente, mas o corriqueiro era que o pretor, depois da indicação de um dos nomes constantes no *album*, deferisse três dias de intervalo (*intertium*) para que fosse verificada a disponibilidade do futuro juiz.[59] Comprometidas por promessas (*vadimonia*), as partes retornavam no dia marcado para a nomeação magistratural do *iudex* (por meio de *addicere*, que simbolizava a transferência de *imperium* judicativo), realizavam a *litis contestatio*, davam por encerrado o procedimento *in iure* e adentravam no julgamento propriamente dito.

Caso não houvesse concórdia entre as partes acerca do nome do juiz, era necessário que se observasse um procedimento através do qual chegava-se à conclusão por exclusões e rejeições (por isso o nome de *reiectio*). Porém, se alguma das partes se recusasse a seguir dito procedimento, a indicação do *iudex* passava ao arbítrio do pretor, que o fazia a partir do *album iudicum*.[60] Por força da lógica, também aqui o deferimento de *intertium* fazia-se necessário. E, enfim, depois da *litis contestatio*, ao julgamento se passava.

Em poucas palavras, parece ter sido esse o ofício do pretor na época formular de Roma. Seguindo um movimento natural, sua liberdade criadora foi paulatinamente substituída por generalizações e abstrações, ante a repetição dos

---

[59] É dessa maneira que relata Ernest Metzger, baseado principalmente no capítulo 90 da *lex Irnitana*. Segundo o autor, "the interruption is made necessary by the inherent awkwardness in selecting judges: unless the parties have agreed on a person to serve and he is amenable to selection as a judge, that person cannot be appointed as judge on the spot. The person whom the parties might wish to select, or the person whom the *reiectio* procedure produces, could be dead, ill, absent from the town, or have suffered a loss of status. An interruption before *litis contestatio* gave an opportunity to consider his availability to serve as a judge" (METZGER, Ernest. Interrupting proceedings *in iure*: *vadimonium* and *intertium*. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, n.º 120, 1998, p. 217).

[60] Para esses apontamentos, veja-se METZGER, Ernest, *A new outline of the roman civil trial*, cit., p. 62.

conflitos e de suas soluções: primeiro se lhe impuseram os editos anuais (*lex Cornelia*, 67 a.C.); depois, adveio um *Edictum Perpetuum* que petrificou seus provimentos (elaborado pelo jurisconsulto Sálvio Juliano, em 117 d.C., às ordens do imperador Adriano)[61]; e por fim, Constâncio e Constante, por meio de suas constituições (342 d.C.), proibiram expressamente o uso das fórmulas processuais, reconhecendo, com atraso, a morte de um magistrado que há tempos já figurava apenas como relíquia dos velhos tempos. Pois fórmula e pretor nasceram e pereceram juntos.[62]

3.2 A *condemnatio* enquanto espécie de sentença

À instauração do procedimento *apud iudicem*, com a celebração da *litis contestatio* e com a escolha de um *iudex*, sucediam-se os atos de julgamento, nestes inclusos a exposição ao juiz da *causa ex quo agebatur* (*causae coniectio*), a produção de provas e o efetivo sentenciamento. Todos esses passos estavam centrados na *intentio* formular, já que *pars formulae* expressiva da situação examinanda, ou seja, da obrigação que supostamente existia em benefício do autor e que fora descumprida pelo réu. Se fosse manifesta sua existência, o juiz tinha de condenar o requerido; caso contrário, absolvê-lo (*si paret, condemnato; si non paret, absolvito*). Por isso, era mister das partes tornar manifesta ou improvável a existência de uma obrigação descumprida (aludida na

---

[61] Abel H. J. Greenidge consegue explicitar ainda melhor o início dessas abstrações, afirmando que o pretor, no aperfeiçoamento de seu *ius honorarium*, procedia do particular para o geral. Quando alcançado o estágio de editos, não remanescia qualquer dúvida acerca de sua preponderância sobre a simples fórmula (GREENIDGE, Abel H. J., *The legal procedure of Cicero's time*, cit., p. 89).

[62] As seguintes observações de Arthur Engelmann são bastantes apropriadas ao ponto: "The day finally came when the magistrate was no longer in position to command by his formula that the judge apply a principle not already known to him. The judge now would not only have known the principle but would have been independently bound to apply it, because it was part of the statutory law. The formula thus lost its significance as an expression of the law willed by the State for application to the case in hand I regulation of the transaction there involved. (...) it was inevitable that the formula should be looked upon as an antiquated and superfluous institution and the separation of the proceeding into *jus* and *judicium*" (ENGELMANN, Arthur, *History of continental civil procedure*, cit., p. 318).

intentio), e isso era feito por meio da produção de provas perante o *iudex*. O procedimento *apud iudicem* era todo embasado na verificação da correspondência entre *intentio* e fatos.

Para alcançar um convencimento suficientemente seguro, o juiz não se municiava apenas das alegações e das provas, mas também do auxílio de um *consilium* de jurisperitos e de seus próprios conhecimentos técnicos que, com o passar dos séculos, iam se aprimorando.[63] Todos esses compostos formavam a solução final do litígio: uma *condemnatio*, uma *absolutio* ou a declaração de que *rem sibi non liquere*.[64] Ao presente trabalho interessa eminentemente o primeiro desses desdobramentos: a sentença de *condemnatio*.

Antes de tudo, é importante observar que a sentença do *iudex* romano era talhada como documento escrito, apesar de a escritura não ser um de seus requisitos formais, e depois de pronta era pronunciada oralmente na presença das partes.[65] Era motivada, não obstante a motivação não ser exigência dos tempos de *ordo iudiciorum*, mas impulsionada pelo medo que tinham os juízes de contra si ser processada uma *actio si iudex litem suam fecerit*.[66]

Como aponta Max Kaser já na análise interna da sentença, ela possuía 'força jurídica formal' (pois definitiva, inalterável, irrecorrível) e 'eficácia jurídica material' (pois influía na seara jurídico-material, colocando termo ao conflito e realizando concretamente o justo abstrato descrito na fórmula).[67] Nada mais era do que o resultado da cognição do juiz: se positiva (a *intentio* de fato procedia, havia uma obrigação descumprida), lapidava-se uma condenação; se

---

[63] É o que confirma Aulo-Gélio em trecho das *Noctes Atticae* (XIV, 2).

[64] O *non liquet* se dava quando, para o juiz, a causa não estava suficientemente esclarecida a ponto de assegurar uma sentença justa. Por isso, ele jurava não estar apto para decidir definitivamente o feito (Aulo-Gélio, *Noctes Atticae*, XIV, 2).

[65] Conforme apontamentos e fontes citadas por VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de historia del derecho*. Madrid: Complutense, 1995, n.º 2, p. 13.

[66] VILLAR, Alfonso Murillo, La motivación de sentencia en el proceso civil romano, cit., p. 19.

negativa (o dever não existia ou, então, ele fora corretamente cumprido), uma absolvição. Mas não consistia em mero silogismo, como acreditavam noutros tempos alguns romanistas alemães: mormente porque existia uma variedade considerável de escolas jurídicas, o ofício do juiz não tinha como ficar adstrito a atuações robóticas, já que, diante de conflitantes interpretações, ele tinha de optar pela que lhe parecia oportunizar de maneira mais adequada a realização do justo concreto.[68] Como aponta Ernest Metzger, as falhas da romanística alemã nessa matéria resumem-se na crença de que o juiz só decidia fatos e nunca matéria jurídica, e que era ele absolutamente ignorante em questões técnicas.[69] Felizmente, descobertas posteriores da arqueologia andaram cada vez mais em sentido diverso.[70]

Essa sentença, portanto, que não resultava de um silogismo, mas do cotejo balanceado de *intentio*, alegações, material de prova, pareceres de jurisconsultos e conhecimento técnico prévio, e que decorria da detecção do descumprimento

---

[67] KASER, Max, *Derecho romano privado*, cit., p. 378.

[68] Dois dos mais importantes representantes da Escola Histórica do Direito, Savigny e Puchta, se opunham à participação dos juízes na construção e no desenvolvimento jurídico de Roma, posicionamento imantado de carga ideológica, como demonstra James Q. Whitman (WHITMAN, James Q. *The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change*. Princeton: Princeton University Press, 1990, p. 130-131).

[69] METZGER, Ernest. Roman judges, case law, and principles of procedure. *Law and history review* (separata), 2004, n.° 22/2, p. 17-18.

[70] Faz-se aqui alusão aos papiros descobertos no Egito durante o século XX, na área que fazia parte da antiga cidade de *Oxyrhynchus*. Como noticia H. F. Jolowicz, eles denunciam a prática de citar precedentes adotada por diversos *iudices* romanos (JOLOWICZ, H. F. Case law in roman Egypt. *The journal of the Society of Public Teachers of Law*. [s.l.]; [s.n.], 1937, n. 14, p. 2). Mas quando se fala em precedentes, não se está querendo dizer que as sentenças exaradas faziam direito às futuras decisões. Nesse ponto, a doutrina tradicional parece estar correta, já que a criação do direito não era ofício dos *iudices*, e tanto por isso qualquer manifestação comparativa ao *case law* anglo-saxônico é no mínimo absurda. Porém, como assevera Ernest Metzger, não é impossível a existência de juízes que, após a laicização do direito e com a crescente liberdade interpretativa, pudessem optar por posicionamentos jurisprudenciais diversos, escolher para sua *sententia* uma dentre as tantas opiniões dos jurisperitos à época existentes (METZGER, Ernest, Roman judges, case law, and principles of procedure, cit., p. 11).

de uma obrigação, era denominada *condemnatio*, e é ela que interessa especialmente a este trabalho e compõe seu núcleo central. Por ora, o importante é analisar o que causava seu proferimento e as conseqüências mediatas que era capaz de engendrar na esfera processual. Sua natureza obrigacional, porém (e portanto sua substância), será objeto de apontamentos nos últimos capítulos deste trabalho.

Sendo a *condemnatio* a culminação positiva da cognição do *iudex*, apresentava não apenas a confirmação de que existia um dever, mas principalmente de que de fato ele fora descumprido pelo réu, e que assim merecia ajustes forçados. Configurava a conseqüência inequívoca da manifesta correspondência entre causa (*intentio*) e realidade (injusto concreto). Enquanto estivesse previsto na fórmula, por exemplo, que N.N. devesse ser condenado *caso fosse* manifesto o inadimplemento de um aluguel (uma formulação condicional), na sentença de *condemnatio*, dizia-se que N.N. *era* devedor e por isso *estava* condenado ao pagamento da quantia faltante (uma formulação imperativa) – se, por acaso, a instrução do processo pendesse nesse sentido, por óbvio.

Sobre seu aspecto externo (porque o interno, tocante à sua obrigacionalidade, será visto em ponto posterior), é pertinente lembrar que nos idos formulários toda sentença condenatória trajava vestimenta pecuniária. Isso porque o nível de abstração jurídica desses idos – conseqüência de uma sociedade mercantil e urbanizada, tendente a transformar todo valor em moeda – admitia como idônea a compensação em dinheiro da lesão sofrida, e por isso é possível dizer que o escopo da condenação no processo civil da época era "restabelecer o equilíbrio econômico entre as partes, interrompido por abuso anterior", como fez Angela Romano.[71] A pecuniariedade da sentença assumia alguns aspectos relevantes conforme se delineasse o caso concreto, e é isso que agora será visto em breves comentários.

---

[71] ROMANO, Angela, Condanna "in ipsam rem" e condanna pecuniaria nella storia del processo romano, cit., p. 145.

A regra era a *condemnatio certae pecuniae*, decorrente obviamente de uma *intentio* também *certae pecuniae*. De uma *intentio incertae pecuniae* (dirigida a uma *res* ou a um *facere*) nunca poderia decorrer uma *condemnatio incertae pecuniae*; era pressuposição que antes de sua prolação se fizesse a transformação da coisa ou do fazer em dinheiro (Gaio, *Institutiones*, IV, 48), e isso era feito por meio dos expedientes de estimação da lide (antigo *arbitrium liti aestimandae*, que com o tempo transformou-se em incumbência do próprio julgador, sobretudo depois da *legis actio per iudicis atrbitrive postulationem* e da conseqüente fusão entre *iudex* e *arbiter*). O momento dessa transformação, portanto, postava-se depois da cognição judicial completa e antes da exaração da sentença de *condemnatio*, e tinha por limitações as seguintes circunstâncias: (a) havia fórmulas que previam um máximo do qual o julgador não podia ultrapassar na estimação da lide (*taxatio*), sob pena de *litem suam facere*; (b) noutros casos, o *iudex* estava investido de ampla liberdade para quantificar o objeto da demanda, e devia fazê-lo com fundamento na boa-fé (*ex fide bona*) e na eqüidade (*bonum et aequum*);[72] (c) e, enfim, havia hipótese em que a estimação e a conseqüente condenação deviam ser feitas *in id quod facere potest*, isto é, limitada naquilo que fosse a concreta possibilidade do réu em prestar com efetividade o que devia para o autor, sem onerá-lo para além de suas capacidades.[73]

O procedimento de estimação da lide poderia ser evitado se, na fórmula, constasse a expressão *nisi restituetur* ou *neque restituetur*, que ensejava ao réu que restituísse a própria

---

[72] É o que consta nas *Institutas* de Justiniano (4.6.30): *In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut, si quid invicem praestare actore oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnati* ("mas nas ações de boa-fé se entende que se atribui ao juiz a livre faculdade para estimar, segundo o bom e o eqüitativo, quanto se deva restituir ao autor. No que se compreende também que se a sua vez deve o autor pagar alguma coisa, feita a compensação, deva ser ordenado pelo resto contra quem se reclamou").

[73] Assim noticia GUARINO, Antonio. *La condanna nei limiti del possibile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1978, p. 8.

coisa antes da quantificação pecuniária e da exaração da *condemnatio*. Diante de dita cláusula (também denominada *arbitraria*), o juiz podia exarar uma ordem (*pronuntiatio*) para a entrega específica da *res*; somente se desobedecida é que a sentença era prolatada (I, 4.6.31). Operada a restituição, a sentença era de *absolutio*, excetuadas custas e penas processuais, que corriam por conta do réu.[74]

Verificada a causa do proferimento de uma *condemnatio* e também seu revestimento exterior, cabe ainda neste ponto inquirir sobre as conseqüências mediatas que na esfera processual seu descumprimento era capaz de gerar, e aqui assoma apropriado tecer algumas rápidas considerações sobre a execução de sentença da época formular. Em idos remotos, já a regra decemviral (Lei das XII Tábuas, III, 1-3) estabelecia que, passados trinta dias da sentença sem seu cumprimento voluntário, o autor poderia comparecer em juízo e requerer o início da execução. A disposição – que tratava da *manus iniectio* – parece ter perdurado imune ao tempo: a *actio iudicati* (execução da época formular) também pressupunha a passagem dos mesmos trinta dias.

Perante o pedido do autor, o executado podia assumir alguma das seguintes condutas: (a) ceder voluntariamente seu patrimônio ao credor (*cessio bonorum*), usufruindo dos benefícios da *condemnatio in id quod facere potest*;[75] (b) submeter-se passivamente à execução, que era coordenada pelo pretor e se baseava na *bonorum venditio*;[76] (c) ou contestar a existência do título executivo, determinando a inauguração de um novo *iudicium* cognitório que poderia resultar ou na

---

[74] Essa a opinião dos sabinianos, baseada no brocardo *omnia iudicia absolutoria esse* (Gaio, *Institutiones*, IV, 114), que garantiu sucesso frente ao entendimento dos proculeianos.

[75] O devedor só teria seus bens constritos nos limites que pudesse suportar, sem que seus mínimos meios de sobrevivência fossem prejudicados (D'ORS, Álvaro, *Derecho privado romano*, cit., p. 164).

[76] No processamento da *bonorum venditio*, o pretor expedia quatro diferentes ordens: em primeiro lugar, outorgava ao credor o poder de se apossar dos bens do devedor (decreto de *missio in bona*, mas com posse meramente conservadora e

acolhida de seus argumentos, ou numa nova *condemnatio*, mas, desta vez, dobrada (litiscrescência, *in duplum*) pela negação falsa de uma dívida de fato existente.[77]

É pertinente aludir que a radicalidade da *bonorum venditio* foi se amainando com o passar dos anos. Conta-se que por volta do ano 100 d.C., um *senatusconsultum* de Nerácio introduziu o procedimento da *distractio bonorum*, consistente na venda de bens singulares até que satisfeitos os créditos existentes. O então novel procedimento era centrado na figura do *curator bonorum* (administrador interino dos bens) e excluía de pronto a venda universal do patrimônio do executado.[78]

4 Da *Damnatio* à *Condemnatio*

Como se vê, a existência de uma sentença de *condemnatio* era pressuposto ao processamento de posterior execução, mas isso não quer dizer que sua mera presença fosse suficiente. A *actio iudicati*, em verdade, tinha como causa uma condenação *descumprida*, e não apenas uma sentença condenatória; seu elemento determinante, portanto, era a *desobediência* à

---

administradora dos bens, *rei servandae causa*); depois, determinava que os credores se reunissem e elegessem quem procederia à venda do patrimônio (o *magister bonorum venderorum*); a seguir, autorizava a venda; e, por fim, ordenava que a universalidade fosse transferida ao comprador depois que sua venda houvesse sido feita (Gaio, *Institutiones*, III, 79). Entre a primeira e a segunda ordens pretorianas, incumbia ao credor dar publicidade da tomada da posse e de sua futura alienação (ato chamado de *proscriptio*), para que a universalidade de credores do mesmo devedor se habilitasse ao recebimento da parcela que lhes incumbisse. De se assinalar, ainda, que o dinheiro da venda era repassado ao *magister*, que o dividia eqüitativamente entre os credores, de acordo com a quota de cada um.

[77] A possibilidade de oposição à execução (*infitiatio*) desdobrou-se historicamente da figura do *vindex* arcaico, que adentrava na relação processual enquanto garante, excluía o réu do feito e tomava seu lugar, já naquela época sujeito a uma sentença com *duplum* de *condemnatio*. Extirpado o *vindex* e universalizada a possibilidade de defesa própria do réu (com o desenvolvimento da chamada *manus iniectio pura*, em que o réu se colocava como *vindex* de si mesmo, *manum sibi depellere et pro se lege agere*), especialmente depois do advento de uma *lex Vallia* (Gaio, *Institutiones*, IV, 25), remanesceu a oportunidade de o executado se opor diretamente ao título executivo (ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 43-44).

[78] ENGELMANN, Arthur, *History of continental civil procedure*, cit., p. 380.

sentença, não só a *existência* dela. Basta referir que na prática processual nem sempre uma *condemnatio* gerava uma execução, pois ao réu era facultado efetuar o pagamento da soma pecuniária nos trinta dias que se seguiam (Lei das XII Tábuas, III, 1-3). A sentença de condenação daqueles tempos, portanto, não pode ser definida como aquela que gerava posterior execução.

Por outro lado, dizer que ela consistia em mera declaração é insuficiente. É certo que o reconhecimento de uma obrigação não cumprida era seu pressuposto, mas essa não parece ter sido sua finalidade. Tal seria desprezar o espírito prático do qual estiveram imantados todos os instrumentos processuais formulares e considerar a verdade como sendo o escopo do processo romano, e não imediatamente a realização do justo concreto. Ter-se-ia um procedimento voltado exclusivamente à cognição do juiz, que exararia declarações sem estabelecer qualquer liame direto com a situação concreta. Se no processo civil hodierno já se tecem sérias reticências a concepções da estirpe, imagine-se o absurdo de interpretar-se dita realidade como sendo a do processo de Roma, que – como sabido – era desligado da noção de direitos subjetivos e voltado para a praticidade de seus instrumentos.

É preciso descer da superfície à profundidade da *condemnatio*, e isso passa necessariamente pelo prisma histórico-evolutivo do instituto. De plano, e dado o *imperium* de que se revestia a atuação do *iudex* (afinal, ele o recebia do pretor por meio da cláusula formular que "coincidentemente" Gaio chamou de *condemnatio*), a sentença condenatória parece ter sido um 'pronunciamento que submetia'. É o que se poderá confirmar na evolução da *damnatio* para a *condemnatio*, a ser abordada nas próximas linhas, desenvolvimento este que é ilustração e conseqüência da laicização institucional de Roma e da paulatina dessacralização da prática dos magistrados.

Nessa linha, parece ter sido a tendência expansionista dos romanos o elemento que mais contribuiu para o desenvolvimento de suas instituições. A partir do século V a.C.,

quando Roma estabeleceu contatos mais constantes com outros povos e encetou a conquista de territórios que a cercavam (mais como forma de proteger-se das agressões externas do que para suprir anseios de domínio),[79] influxos culturais estrangeiros adentraram pelas portas frontais da cidade, infirmando pouco a pouco os antigos mitos tribais e racionalizando a visão-de-mundo de seu povo. A erupção do desenvolvimento parece ter culminado no século IV a.C., quando tornaram-se fortes as influências helênicas e a conseguinte adoção do método dialético, baseado no estudo dos tipos (gêneros e espécies), via distinção e síntese, e dos princípios que os governam.[80] Toda essa contingência evolutiva trouxe a Roma o cosmopolitismo do mundo antigo, fazendo com que a religião assumisse um papel secundário e que em seu lugar exsurgissem institutos que se justificavam não mais pela sacralidade, mas por encontrarem sua origem e seu fim na soberania do *populus Romanus*.[81]

Desse entremeio evolutivo, pode-se destacar alguns institutos jurídicos que especialmente interessam a este trabalho, e que também sofreram e sentiram em sua essência os efeitos da secularização operada em Roma. Despidos de suas vestes sacrais, alguns deles se extinguiram, outros se adaptaram, e outros, ainda, lograram ser mantidos praticamente

---

[79] Basta lembrar, como faz André Piganiol, que Roma iniciou protegendo-se de pequenos povos das cercanias (como os montanheses), para depois se atirar em combates contra civilizações maiores (*e.g.* a Etrúria), sempre saindo-se vitoriosa, anexando os territórios de seu entorno (PIGANIOL, André, *Histoire de Rome*, cit., p. 50-51). Sobre as conquistas de maior expressão nos últimos séculos da República, veja-se ROSTOVTZEFF, Mijail. *Historia social y económica del Imperio Romano* (trad. Luis López-Ballesteros). Madrid: Espasa Calpe, 1998, t. 1, p. 31-101.

[80] As considerações podem ser achadas em obra de Fritz Schulz, que ainda acrescenta ter sido a dialética o principal vetor de transformação da jurisprudência romana em ciência sistemática (SCHULZ, Fritz, *History of roman legal science*, cit., p. 62-68).

[81] Como bem leciona Fergus Millar, ressalta aqui o poder crescente e influente das assembléias populares durante o período republicano (aprovação de leis, eleição de magistrados e judicatura nas *comitia centuriata* e *comitia tributa*), em eqüipotência aos líderes e ao Senado, circunstância que acabou permitindo que Roma tivesse muito dos elementos democráticos apresentados pela Atenas clássica (MILLAR, Fergus. The political character of the Classical Roman Republic, 200-151 B.C. *The Journal of Roman Studies*, 1984, v. 74, p. 2).

nos mesmos trajes que o arcaísmo lhes envolvia, conforme estivessem ou não enroscados à religião. E nesse sentido, já que elementos vinculados à lapidação da *condemnatio* formular, proceder-se-á à análise do destino dado à *damnatio* arcaica, das novéis ações da lei e do primeiro uso de sentenças *cum damnatio*.

Na época arcaica da história romana, a *damnatio* representava a 'garantia por submissão' aos deuses e ao credor de que certas promessas proferidas solenemente (via *nuncupatio*) seriam cumpridas, sob pena de coação particular do credor (*manus iniectio*). Como se viu anteriormente, a publicidade das promessas e da garantia à sua realização (*damnatio*) era avalizada pela solenidade do ato e pela presença de testemunhas, de maneira a submeter o devedor à efetivação do que prometera ou à coerção religiosa e creditória exercida pelos beneficiários da declaração em caso de não cumprimento.

Essa concepção de *damnatio* como garantia e submissão coaduna perfeitamente às observações de alguns estudiosos que se detiveram em investigar as origens da *obligatio* romana. Na época arcaica, segundo eles, uma outra espécie de vínculo conectava os sujeitos e se caracterizava principalmente pela religiosidade e pela sujeição pessoal do devedor ao credor. Essa 'obrigação primitiva' (se assim possa ser dito) expressava unicamente a idéia de afetação de pessoas como garantia ao cumprimento de uma prestação;[82] ela se restringia, portanto, a garantir o cumprimento do que fora prometido. Como bem resume Giovanni Pugliese, tratava-se de vínculos conectados imediatamente a um 'resultado': permaneciam indefinidamente se esse 'resultado' não se verificasse, e se dissolviam, com a conseqüente liberação

[82] BARREIRO, Alejandrino Fernández. Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico. In: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 29.

do sujeito passivo, se o 'resultado' se desdobrasse.[83] Eram relações com eficácia diretamente coercível sobre a pessoa do submetido, e por isso podiam dar ensejo imediato à *manus iniectio*.[84] Falar de *damnatio*, assim, é o mesmo que falar dessa primitiva obrigação, caracterizada pela garantia ao cumprimento de promessas via submissão do próprio promitente.

É nítido que a *damnatio* tirava sua razão de ser da *nuncupatio*: ela existia para garantir que as promessas proferidas solenemente seriam cumpridas. O passar do tempo, porém, fez com que a *nuncupatio* se esvaziasse de sentido, pois a religiosidade romana que a imantava pereceu diante dos contatos de Roma com outras culturas, com o crescimento da cidade e com o florescimento de novas percepções da realidade. Esvaziada a *nuncupatio*, esvaziou-se a *damnatio*. Cedeu pouco a pouco à noção de obrigação como "vínculo ideal", a significar que o *obligatus*, para dela se libertar e não ser submetido à servidão corporal, devia proceder simplesmente à prestação do devido;[85] a garantia deixava de ser o centro do vínculo interpartes. Como bem resume Arnaldo Biscardi, a obrigação não mais era uma ou outra das figuras de sujeição materialística do indivíduo em garantia de um comportamento devido, sujeita à discricionariedade do credor; ela passava a ser, ao contrário, um *vinculum iuris*, ou seja, uma relação jurídica meramente ideal.[86]

---

[83] PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 140.

[84] BARREIRO, Alejandrino Fernández, Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico, cit., p. 30.

[85] Giovanni Pugliese oferece passagem pertinente sobre o ponto, ao ensinar que o *obligatus*, "per liberarsi dal vincolo ideale e non vederlo convertirsi in asservimento corporale, "*aveva la necessità*", non solo sul piano psicologico, ma anche su quello giuridico, di procurare la "prestazione" al "creditore". E "avere la necessità" aveva cominciato a essere tecnicamente indicato come *oportere*" (PUGLIESE, Giovanni, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 141).

[86] BISCARDI, Arnaldo. La genesi del concetto classico di "obligatio". In: BISCARDI, Arnaldo et alii. *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, p. 25.

A iniciar pelas primeiras aparições de *sponsio* na Lei das XII Tábuas, o golpe fatal à predominância da garantia (e, por conseguinte, do reinado da *damnatio*) adveio com a *lex Poetelia Papyria*, em 326 a.C., fazendo prevalecer o *debitum* como essencial ao vínculo obrigacional e enxergando as garantias pessoais e reais como mero reforço da obrigação. Diz-se que esse diploma representa "il colpo di grazia" da primitiva *damnatio*, ao passo que foi o prelúdio da posterior jurisprudência republicana e clássica no que tange à nova construção dogmática das relações obrigacionais como tais.[87] A *damnatio* cedia espaço mais e mais à *obligatio*.[88]

Não se sabe com plena certeza de que maneira a *damnatio* foi incorporada ao processo civil de modo a ensejar o posterior surgimento de sentenças *cum damnatio* e depois de *condemnatio*. O estudo da evolução do processo, contudo, oferece algumas pistas desse desenvolvimento, mormente por ser ele instrumento da realização concreta do justo abstrato e por isso em intenso câmbio.[89]

A presença de sentenças condenatórias na época arcaica – tal qual lapidadas no período formular – era incerta e até mesmo improvável.[90] Elas só passaram a existir com a laicização do direito e coincidem exatamente à mutação

---

[87] BISCARDI, Arnaldo, La genesi del concetto classico di "obligatio", cit., p. 26.

[88] Prova do que se diz é a própria abolição da *manus iniectio ex damnatio*, também por obra da *lex Poetelia Papyria*. Esse diploma legal – no mesmo contexto de introdução da *obligatio* – extirpou do processo civil a execução pessoal, proibiu a escravidão, o flagelo corporal e a morte como decorrência de dívidas, e eliminou, assim, a possibilidade de execução *ex damnatio*, exigindo cognição judicial anterior para que a *manus iniectio* pudesse ser processada.

[89] Como afirma Abel H. J. Greenidge, "procedure is always a symbolic manifestation of right": direito material e processo evoluem em ritmos distintos, de modo que o desenvolvimento do processo, por sua natureza instrumental, é o indício mais aparente do desenvolvimento do direito material (GREENIDGE, Abel H. J., *The legal procedure of Cicero's time*, cit., p. 3-5).

[90] Diz Pugliese sobre o ponto: "nel processo *per formulas* la *condemnatio* del convenuto soccombente era normale; nelle *legis actiones* invece l'esistenza di una *condemnatio* non è precisamente attestata e quindi è incerto se essa trovasse luogo in tutte le *legis actiones* contenziose o solo in alcune o solo a partire da una certa epoca" (PUGLIESE, Giovanni, *Il processo civile romano: le legis actiones*, cit., p. 25, nota 31).

do termo *damnatio* para *condemnatio* – prova, aliás, de que as palavras não sofrem modificações arbitrárias, mas acompanham o caminhar evolutivo das sociedades, e, por estarem imersas no todo cultural, experimentam mudanças paralelas, relacionadas e concomitantes às mutações gerais. O juízo das *legis actiones* resultava da *legis actio sacramento*, e consistia em decisão de um julgador inspirado por deuses que dizia se certa conduta estava ou não em conformidade ao direito reconhecido da época. Seu escopo não era o adimplemento de deveres descumpridos, e sim a punição dos sujeitos que houvessem jurado em falsidade perante as deidades citadinas.[91] Nos primeiros tempos, as partes respondiam com seu próprio corpo depois de ofertado juramento (*per Iovem lapidem*), e o sucumbente tornava-se *homo sacer*, sujeito a sacrifício (*sacer facio*) para apaziguamento da ira divina.[92] Seguindo a dinâmica evolutiva do *iudicium*, em pouco tempo (ainda na época da Monarquia), a garantia pessoal foi substituída pelo depósito expiatório (*piaculum*) de animais e depois pelo cobre, para, nos tempos decemvirais – com o assentamento do sistema capitalista romano e com o aparecimento das moedas (leis do século V a.C.) –, ter-se de depositar quantia pecuniária. No período helênico, o *piaculum* transformou-se em mera *poena*, o que demonstra, de certa forma, a decadência do *sacramentum* e de todo o universo de ações da lei frente à laicização das instituições.

É que as conquistas bélicas, o crescimento de Roma e o corte entre religião e direito surtiram efeitos imediatos também na realidade das *legis actiones*, de maneira a minorar paulatinamente a relevância da *legis actio sacramento* e oportunizar o nascimento de novos instrumentos processuais, bem melhor adequados aos novos tempos. Nesse sentido,

---

[91] Indica Albanese que "un tal meccanismo rinvia ad una fase storica nella quale la soluzione delle liti non si cercava attraverso criteri di indagine razionale e tecnico-giuridica, bensì attraverso mezzi volti a stabilire la conformità, o non conformità, alla volontà divina, d'una affermazione controversa" (ALBANESE, Bernardo, *Il processo privato romano delle legis actiones*, cit., p. 11).

[92] MEIRA, Sílvio A. B., O *homo sacer* no antigo direito romano, cit., p. 94-96.

a época das XII Tábuas, na senda da introdução da moeda (nota 31), gerou o novel expediente do *arbitrium liti aestimandae*, que consistia na indicação de um *arbiter* (no sentido de 'perito') e na transformação de uma *res* ou de um *facere* em pecúnia. Originariamente, o procedimento era externo ao *sacramentum* e à *manus iniectio*, mas servia de ponte para que a execução pudesse ser processada. A *aestimatio* era contratada pelo litigante vencedor, que, sob a obrigação de executar por quantia certa, tinha de transformar a "coisa" ou o "fazer" em dinheiro.

Aos poucos, essa e outras circunstâncias foram internalizando a *aestimatio* e determinaram o surgimento de uma nova ação da lei: a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, criada por uma das *leges Licinniae Sextae* (século III a.C.), tendo em tempos iniciais a participação de um *arbiter* e posteriormente de um *iudex*. Diz-se que essa *legis actio* é amostra exemplar da dessacralização que a época portava ao direito romano, sobretudo porque foi a pioneira em introduzir a importante figura do *iudex*, na senda da recente criação do magistrado pretório (367 a.C.) e da abertura das fórmulas processuais ao estudo de jurisconsultos profanos (D. 1.2.2.7). Ao contrário da *legis actio sacramento*, a *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, além de utilizar-se do *iudex*, estava desprovida de quaisquer valorações sacrais, não obstante ainda perdurar a formalidade de pronunciarem-se palavras solenes (*certa verba*) à sua admissibilidade. O *sacramentum*, por seu turno, mais e mais diminuía de importância, restando relegado a simples pena patrimonial, como já se viu anteriormente.

O juízo que essa nova ação da lei engendrava era absolutamente direto: pronunciava-se a existência ou a inexistência de uma obrigação violada, e de já lançava-se mão, pela primeira vez na história processual romana, de uma legítima *condemnatio* pecuniária.[93] Se, de fato, a condenação como

[93] Complementa bem Gioffredi: "erede dell'*arbitrium* inteso alla valutazione della pretesa, essa non si chiude con una pronuncia di valore puramente formale, come il

sentença era conseqüência lógica do exercício dos poderes decisórios outorgados ao *iudex* e por isso pressupunha que seu ato final estivesse revestido de império e autoridade, tal só poderia ser possível em tempos que estivessem destituídos das permeações religiosas e que fornecessem uma noção mínima de Estado, de maneira que um juízo direto e imperativo fosse de possível exaração. A *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* parece ter oferecido de forma pioneira todas as condições para que uma sentença da estirpe pudesse ser proferida.

Resuma-se o que até aqui foi dito. O desenvolvimento de Roma, a partir do século V a.C., surtiu efeitos tanto na seara material quanto na seara processual do direito. A influência da religião nas instituições não era mais a mesma, e a noção de *populus Romanus* fortificou-se pouco a pouco de modo a ocupar as lacunas que a secularização deixava. Especialmente no que interessa, e como decorrência dessa evolução cultural, o plano material do direito observou a paulatina substituição da idéia de 'obrigação como garantia' (*damnatio*) pela idéia de 'obrigação como vínculo ideal' (*obligatio*), de forma a fazer prevalecer o liame interpartes e tornar acessória a asseguração de sua regular mantença.

Por sua natureza instrumental, o processo teve de acompanhar esse desenvolvimento jurídico-material. A antiga *legis actio sacramento*, por mais que tivesse sofrido modificações para se adaptar à nova contingência, não estava mais dando a resposta apropriada à realização dessas novéis obrigações descumpridas. E não era de se esperar algo diferente: sua formatação era adequada aos vínculos com índole religiosa, em que o centro era a garantia, e não o débito. Daí que se explica o surgimento da *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, primeira ação da lei a patrocinar de forma mais completa a realização desses novos liames, a adiantar a

---

sacramentum iudicare, ma con la *condemnatio pecuniaria*, che a quella pretesa dà diretta soddisfazione: il giurato non soltanto *iudicat*, ma, con ciò stesso, *condemnat*" (GIOFFREDI, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme romane*, cit., p. 168).

própria formação do processo formular dos tempos clássicos. Não é à toa que a *lex Poetelia Papyria*, por consagrar a noção de *obligatio* e excluir a escravidão por dívidas, aboliu em absoluto a execução *ex damnatio*, seja porque o sumiço da *nuncupatio* não lhe dava mais razão de existência, seja porque a 'obrigação como garantia' cedia espaço à 'obrigação como vínculo ideal', e daí, por já não existir a força da garantia e a *manus iniectio* eminentemente particular, impunha a necessidade natural de proceder-se a uma cognição judicial prévia que desse azo ao conhecimento da obrigação e de seu descumprimento.

A universalização da necessidade de cognição prévia deu-se basicamente pelo perecimento da 'obrigação como garantia': a *damnatio* – que era uma de suas espécies e que ensejava, particularmente, uma *manus iniectio* direta, sem *iudicium* anterior – cedeu lugar à noção de 'obrigação como vínculo ideal', e seu poderio de submeter antecipadamente o devedor ao cumprimento de suas promessas assim desapareceu da praxe jurídico-material. No mesmo passo, a declaração do juiz passou a substituir a certeza religiosa fornecida pela *nuncupatio*, e a execução não podia mais ser realizada privadamente pelo credor, mas tão-somente sob a condução estrita e atenta do magistrado pretório. Todos esses elementos explicam, de alguma maneira, por que a *damnatio* deixou de existir, ao passo que fornecem indícios de como ela teria sido absorvida pelo processo e mais tarde se desenvolvido em sentenças de *condemnatio*.

Mas não há como saber com absoluta certeza de que maneira a *damnatio* tornou-se *condemnatio*. Na linha recém-esboçada, cabe suscitar uma hipótese prática: que os julgadores romanos desenvolveram o costume de expressar a força de submissão que suas sentenças possuíam por meio do vocábulo *damnatio*; seriam, assim, sentenças *cum damnatio*, com submissão do réu ao *populus Romanus*.[94] Veja-se bem que o

[94] Como já mencionado em linhas anteriores, a noção de *populus Romanus* de alguma forma substituiu o papel da religião nas instituições de Roma, com importantes desdobramentos no âmbito do direito.

uso da palavra não sofreu essencial modificação: ela continuou representando a idéia de submissão do devedor ao cumprimento do prometido, e prosseguiu sendo proferida solenemente, mas agora pelo *iudex* e perante as partes e eventuais terceiros que assistissem ao julgamento. Ao revés de submeter o devedor à religião e aos castigos sacrais pelo inadimplemento, a presença de uma *damnatio* na sentença (ou de uma sentença *cum damnatio*) o submetia ao *populus Romanus* por conseqüência da determinação judicial: se descumprisse a sentença, estaria em desrespeito à soberania do povo de Roma, mormente pela dose de *imperium* que vinha repassada ao julgador através da fórmula.

A conclusão aportada é coincidente a certas observações de Carlo Gioffredì, que assim enxerga a *condemnatio*: "se trata antes de 'responsabilidade', do vínculo que nasce da *litis contestatio*, o qual porém não se concretiza numa *obligatio*: com a *litis contestatio* o réu não se empenha a um comportamento qualquer, mas este nasce, ao revés, de uma sanção social".[95] Essa interação entre *condemnatio* e *litis contestatio* restará melhor analisada no capítulo seguinte, quando o objetivo precípuo será analisar ambos os institutos sob os entendimentos bosquejados até agora.

Por ora, resuma-se que a *condemnatio* sentencial submetia o réu ao cumprimento da determinação do *iudex*, detectada que estava a correspondência entre *intentio* formular e fatos de maneira a revelar que uma obrigação concreta fora desrespeitada. Por outro lado, ela servia de garantia ao crédito do autor, pois, de alguma maneira, o justo concreto seria preservado: ou pelo cumprimento voluntário da sentença, ou pela execução, se passados trinta dias. A submissão aqui mencionada, contudo – por força da *humanitas*, representada com força máxima na *lex Poetelia Papyria* –, não dizia com o corpo do devedor, mas com seu labor e mais normalmente com seus bens.

---

[95] GIOFFREDÌ, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., p. 159.

5 *Condemnatio* e *Litis Contestatio*

A *condemnatio* formular foi fruto de uma evolução paulatina da *damnatio* arcaica, de maneira que alguns de seus aspec-tos originais se mantiveram e outros se adaptaram e se moldaram com o passar dos séculos e com o desenvolvimento da civilização romana. É o que se viu até agora, sobretudo para aquilo que contribui à análise do aspecto interno da condenação do processo *per formulas*. Tomando-se por pressuposto as conclusões dos pontos anteriores, algo mais pode ser dito sobre a feição da *condemnatio*, e isso a partir do estudo de sua relação com a *litis contestatio*, conforme larga interpretação da romanística, ainda que ao fim e ao cabo vá se discordar do posicionamento adotado pela maioria.

Os estudiosos costumam extrair das *Institutiones* de Gaio a índole obrigacional da *condemnatio*, na qual ela recebe menção na condição de relacionada à solenidade da *litis contestatio* (III, 180): *Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. Nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit aiutem teneri réus litis contestatione; sed si condemnatus sit, sublata litis contestatione incipit ex causa iudicat teneri. Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitore oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere* ("a extinção de uma obrigação é também efetuada pela *litis contestatio*, ao menos quando estatuído um *iudicium legitimum*. Então, a obrigação original é dissolvida, e uma nova obrigação é imposta ao réu, por causa da *litis contestatio*. Mas se ele é condenado, a obrigação exsurgente da *litis contestatio* é desconsiderada, e uma nova obrigação surge do julgamento. Como diziam os antigos juristas, antes da contestação da lide o devedor deve dar, depois da contestação da lide deve ser condenado, e depois da condenação deve cumprir o julgado").

Antes que se examine a relação havida entre os institutos, há que se dar breves pinceladas sobre o conceito de *litis contestatio*. A doutrina mais tradicional, com assoreamento básico nas obras de Friedrich Keller e Moriz Wlassak, enxergava-a como espécie de contrato, firmado por autor e réu, e de necessária celebração para que o processo *apud iudicem* pudesse ser instaurado. Como bem resume Giovanni Pugliese – um aderente da tese clássica –, a *litis contestatio* resultava de um acordo entre as partes, que consistia na proposta da fórmula por parte do autor e na sua aceitação por parte do réu.[96] Segundo ele, o instituto estava imantado de natureza contratual privatística por conta de três fatores: seu caráter negocial, a natureza arbitral do *iudex* e a feição privada de alguns outros atos que a ele sucediam.[97]

Esse posicionamento, porém, foi também rechaçado ao longo do último século. Uma das vozes mais autorizadas a lhe fazerem oposição saiu de Fritz Schulz, ao apontar ser equivocado raciocinar o processo e o direito romano de acordo com institutos hodiernos (*id est* ver a *litis contestatio* como se um *contractus* fosse).[98] Também é erro imantar o *iudex* de um caráter arbitral que ele não possuía. Segundo Schulz, "o *iudex* pode ser equiparado a um árbitro, mas a um árbitro especial, isto é, um árbitro autorizado pelo magistrado e, por conseguinte, um delegado deste".[99] Para complemento, basta lembrar que os *iudices* romanos eram prováveis componentes

---

[96] PUGLIESE, Giovanni. Processo privato e processo pubblico: contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Milano, 1948, v. 3, p. 67.

[97] Idem, p. 68-70.

[98] "La teoría de Wlassak es sostenida con argumentos endebles, con interpretaciones faltas de crítica y con deducciones incorrectas" (SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 15).

[99] SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 15-16. A função judicativa era um múnus público: por ser imprescindível à cognição e à solução da demanda, não importava a individualidade da pessoa investida, mas tão-somente que fosse capaz de resolver da melhor maneira o litígio; e tanto era assim que o pretor podia substituir o titular quantas vezes fossem necessárias, até que achasse um que exercesse as funções com o apuro exigido.

do conselho do rei e, como continuação histórica, do próprio Senado de Roma.

Quanto aos outros dois fatores que Pugliese aponta como sendo evidências da natureza contratual-privatística da *litis contestatio* (o caráter negocial e a feição privada de atos sucessivos), algo mais pode ser dito. É certo que o procedimento *apud iudicem* só podia ser instaurado se ambas as partes estivessem presentes, mas isso não quer dizer que inexistissem maneiras de fazer com que a marcha processual prosseguisse. O *indefensus* das *actiones in personam* (aquele que se negava a concluir a *litis contestatio*) podia ser conduzido à força (*ductio*) à casa do autor para daí decidir se aceitava a fórmula ou se trabalhava para pagar a dívida quantificada no decreto do magistrado. A partir do século II a.C., a *ductio* foi substituída pela *missio in bona*, atribuindo-se a posse dos bens do *indefensus* ao autor e procedendo-se via imediata execução (*actio iudicati*).[100] Noutras palavras, aquele que não aderia à fórmula e não participava da *litis contestatio* estava admitindo que as alegações do autor eram verdadeiras, fato que dispensava a instauração do procedimento *apud iudicem* e ensejava a execução. Não se pode falar, portanto, que a *litis contestatio* era um contrato, visto que a não aderência do requerido à fórmula trazia sanções: o reconhecimento das alegações autorais, a supressão do procedimento cognitório e a imediata execução via *actio iudicati*. Ademais, não é correto imputar como inteiramente privadas as atuações que sucediam à *litis contestatio*. No período formular, toda conduta das partes era regulamentada pela autoridade investida de *imperium*, através de leis ou de ordens suas.

Na verdade, a *litis contestatio* pouco ou nada possuía de contratual. Era apenas um momento de transição do procedimento *in iure* ao procedimento *apud iudicem*.[101] Certamente

---

[100] CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., p. 170-175. Cf. também Gaio, *Institutiones*, III, 79.
[101] SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 14.

abarcava desafios mútuos e assinalava que ambos estavam dispostos a litigar; "mas apenas em sentido impróprio se poderia dizer que ambos estavam 'de acordo' sobre a constituição da lide; seu agir era um agir conservatório, necessário para que fosse alcançado determinado fim: qual seja, o acertamento da demanda".[102] Ainda que, no período arcaico, ela estivesse revestida de maior solenidade (já que então era ato de caráter tipicamente religioso, como demonstram certas passagens da obra *De verborum significatione*, escrita por Festo), a *litis contestatio* jamais teve feições contratuais. Era simplesmente a instauração do contraditório através da exposição das pretensões inconciliáveis (*litis*), com a invocação de testemunho (*cum testatio*) para incutir solenidade ao ato.[103] Secularizado o direito de Roma e maximizada a escritura, prescindível tornou-se a presença das testemunhas, e a *litis contestatio*, então, perdurou como simples momento de transição entre procedimentos *in iure* e *apud iudicem*.[104]

A visão tradicional de ter-se a *litis contestatio* como um contrato também surtiu conseqüências no tangente ao estudo de seus efeitos, e aqui já se adentra no problema central deste capítulo: a análise das relações havidas com a *condemnatio*, tendo como ponto de partida o trecho gaiano citado linhas acima (*Institutiones*, III, 180). Dentre outros menos importantes, os principais efeitos da *litis contestatio* que a doutrina tradicional costuma apontar são três: o conservativo, o preclusivo e o extintivo-novatório. Os dois primeiros receberão abordagem resumida, pois é o terceiro que porta maior relevância e relação com a *condemnatio*.

Em primeiro plano, a *litis contestatio* assinalava que o conflito estava sendo colocado à apreciação de um terceiro

---

[102] GIOFFREDI, Carlo, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., p. 153.
[103] A obra de Festo foi consultada da edição de BRUNS, Carolus Georgius. *Fontes iuris romani antiqui*. Tübingen: Lauppiana, 1871, p. 180.
[104] GREENIDGE, Abel H. J., *The legal procedure of Cicero's time*, cit., p. 244.

imparcial a cuja decisão ambas as partes obrigatoriamente submeter-se-iam. Diz-se que tal efeito era 'conservativo', já que determinava a dedução da controvérsia ao juízo (*rem in iudicium deducere*), vetava quaisquer modificações que se quisesse efetuar na fórmula e fazia da discussão o objeto de uma decisão.[105] Noutros termos, a *litis contestatio* assinalava que as partes aceitavam os termos da fórmula, a indicação do juiz e a instauração do procedimento conseguinte.

Estando a *res in iudicium deducta*, o objeto do litígio se tornava pendente de decisão do *iudex*, que era incorporado como parte na relação processual, de modo, inclusive, a fazer sua a lide (*litem sua facere*) nos casos de patente erro e/ou injustiça. Mas a influência de um terceiro imparcial só poderia se dar uma única vez sobre um mesmo conflito; a *causa actionis*, a partir da celebração da *litis contestatio*, não poderia ser repetida, e a esse efeito se atribuiu o nome de 'preclusivo'. É o que se conhece pelos brocardos latinos *bis de eadem re agere non licet* ou apenas *ne bis in idem*. Em suma, só se podia litigar uma única vez por uma mesma causa.

Enfim, o terceiro efeito que a doutrina tradicional costuma imputar à *litis contestatio* é o chamado 'extintivo-novatório', e baseia-se principalmente na passagem de Gaio em que uma hipotética linha de obrigações está descrita. Era entendimento do jurista que a litiscontestação tinha a capacidade de extinguir uma *obligatio* anterior e determinar a formação de uma nova (a *condemnari oportere*, *i.e.* a obrigação de ser condenado), que só seria substituída com o advento da sentença, formadora de uma outra obrigação (a *iudicatum facere oportere*, *i.e.* o dever de cumprir o julgado). Relembre-se o trecho gaiano que melhor resume a idéia (*Institutiones*, III, 180): *Et hoc est quod apud veteres scriptum est, ante litem contestatam dare debitore oportere, post litem contestatam condemnari*

---

[105] CANNATA, Carlo Augusto, *Profilo istituzionale del processo privato romano: il processo formulare*, cit., p. 165.

oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere ("como diziam os antigos juristas, antes da contestação da lide o devedor deve dar, depois da contestação da lide deve ser condenado, e depois da condenação deve cumprir o julgado"). Em suma, a linha obrigacional descrita por Gaio possui dois momentos extintivos-novatórios: (i) o momento em que a obrigação anterior é extinta e substituída pelo dever de condenar; (ii) e o momento em que o dever de condenar extingue-se e dá lugar à sentença de *condemnatio*, gerando o conseguinte dever de que seja cumprida.

Como tantas vezes já foi dito, a doutrina tradicional firmou pilares nessa passagem para explicar boa parte do processo civil romano. O efeito extintivo-novatório da *litis contestatio* é largamente explicado através da seguinte linha: *obligatio* à *actio* à *litis contestatio* à *condemnatio*. Quem assim procede é um natural seguidor da noção de litiscontestação como contrato, já que, para que fosse operada uma novação de obrigações, fazia-se necessária a presença da figura privada de uma avença. Por isso que Friedrich Keller, um dos primeiros defensores desse entendimento, afirma, sem receios, em uma de suas obras: "o fundamento da *actio* era uma *civilis obligatio*".[106] Desvelado também está o fundamento da idéia de *actio*, que, ao longo de todo o século XIX e em boa parte do século XX, prendeu-se ao imanentismo de uma obrigação anterior, bem casada à definição que lhe deu Celso (D. 44.7.51) e que já recebeu tantas críticas da romanística mais desenvolvida.[107] Como se vê, essas noções

---

[106] KELLER, Friedrich Ludwig. *De la procédure civile et des actions chez les romains* (trad. Charles Capmas). Paris: Ernest Thorin, 1870, p. 265.

[107] *Ad exemplum*, vejam-se as observações de SCHULZ, Fritz, *Principles of roman law*, cit., p. 44-45. Na seara pátria, são admiráveis as críticas feitas por Pontes de Miranda, ainda que em breve trecho: "Os romanizantes, um pouco para salvar a materialização (ou, mais restritamente, a privatização celsiana), recorreram, ainda no século XIX e no século XX, a vários "expedientes". Com isso, insistiam no êrro do proculeiano P. Juvêncio Celso. Peripatético, portanto: a aplicação do direito, que seria forma, e a incidência, matéria, tornar-se-iam o mesmo, porque, no ser, o que importa é a forma; de modo que o direito privado e o processo eram um só direito" (PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo:

de *actio* e de *litis contestatio* casam com perfeição, já que a *condemnari oportere* e a *iudicium facere oportere* nada mais eram do que um 'perdurar' da primitiva *civilis obligatio* dentro do processo, extinta por conta da instauração do litígio mas substituída por novas modalidades obrigacionais.

Emilio Betti talvez tenha sido um dos representantes mais eminentes desse entendimento, ainda que com algumas adaptações. Segundo o jurista italiano, a *litis contestatio* criava no lugar da primitiva *obligatio* (deduzida em juízo) não uma nova e imediata obrigação de direito substancial, mas uma sujeição processual de caráter hipotético que futuramente poderia engendrar uma possível segunda obrigação de direito substancial, nascida da sentença condenatória. Noutras palavras, "uma responsabilidade inerente à *obligatio principalis* é absorvida na relação processual. Porém, é verdade que em tal relação vive, como conseqüência disso, o *gérmen* de uma *obligatio* de segundo grau. Mas tal gérmen chegará à maturação somente com a condenação".[108]

Essa disseminada doutrina, que tinha a *litis contestatio* como se fosse um contrato e que lhe incutia efeitos extintivos-novatórios, pode ser refutada nos dias atuais com alguma tranqüilidade. Comece-se pela própria natureza do instituto, como já se viu em linhas anteriores. Ele nada tinha de contratual, mormente por faltar às partes a liberdade de não se submeterem a um processo caso assim não desejassem. Deixar de participar da litiscontestação (e tornar-se, assim, *indefensus*) implicava prescindir-se de um processo cognitório e partir-se de imediato à execução pela *actio iudicati*. Noutras palavras, a liberdade esbarrava na existência de uma

---

Revista dos Tribunais, 1972, v. 1, p. 91). Basta lembrar que os romanos não eram afeitos a definições, o que de plano retira toda a importância que, durante muitos anos, foi atribuída à definição de Celso (*omnis definitio in iure civili pericolosa est; rarum enim est, ut non subverti posset*). Cf. SCHULZ, Fritz. The invention of the Science of Law at Rome. In: JAKOBS, Horst Heinrich. *De similibus ad similia bei Bracton und Azo*. Frankfurt: Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1996, p. 107.

[108] BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: A. Giuffrè, 1955, p. 14.

verdadeira sanção à não prática do ato. Ademais, comparar a *litis contestatio* a um *contractus* já é um equívoco de per si, como demonstrou Fritz Schulz:[109] não se pode interpretar institutos de outrora sob o prisma do direito atual; a analogia aqui é sempre perniciosa.

A litiscontestação, ao revés, era mero momento de transição do procedimento *in iure* ao procedimento *apud iudicem*, e só esteve revestida de maior importância em tempos arcaicos porque consistia em atos de natureza religiosa (recorde-se: *cum testatio*, com a presença de testemunhas), portanto sem qualquer índole privatística-contratual. A razão de sua celebração – como se viu anteriormente – era instaurar o contraditório: por meio dela, expunham-se as teses conflitantes (*litis*) e preparava-se, dessa maneira, o procedimento guiado pelo *iudex*. Já se vê que não era sua finalidade extinguir ou criar quaisquer obrigações, mas apenas inaugurar o julgamento da causa.

Poder-se-ia cogitar que, independentemente de sua natureza, a *litis contestatio* tivesse o dom de gerar efeitos extintivos-novatórios; mas aí a hipótese esbarraria noutras considerações críticas. Apanhe-se, em primeiro lugar, a passagem de Gaio que tantas vezes já foi mencionada (*Institutiones*, III, 180). Do que está a tratar o jurista nesse breve fragmento? De obrigações. Aliás, boa parte do Livro III de sua obra tem como temática as obrigações (ao lado das sucessões): obrigações contratuais, fontes das obrigações, extinção das obrigações e obrigações *ex delicto*. São temas de direito material; o processo só passa a ser abordado no Livro IV, e isso de maneira intencional (ou seja, o jurista deliberadamente procurou não misturar os dois campos). Mais que isso: ao mencionar a *litis contestatio* (III, 180), Gaio a observa como modo de extinção das obrigações ao lado de outras modalidades – como o simples pagamento (III, 168), a *accepilatio* (III, 169-172) e a novação (III, 176-179). Ou seja, ele não estava

[109] SCHULZ, Fritz, *Derecho romano clásico*, cit., p. 15.

descrevendo a natureza da *litis contestatio* ou mencionando que efeitos ela gerava, mas expondo uma das formas de extinção das obrigações que ele considerava como existentes no direito de sua época.

Sua análise, portanto, é toda feita no plano do direito material, a partir da visão de quem é devedor: há uma *obligatio* que, com o processo, acaba substituída por uma *condemnatio*. Tanto que no começo, antes da contestação da lide, o devedor *deve* adimplir a obrigação (pois esta existe independentemente de reconhecimento judicial); depois da *litis contestatio*, ele *está obrigado* a acatar a futura sentença de condenação (ou seja, é certo que ele será condenado, pois é devedor); e, enfim, por força da condenação, o sujeito deverá prestar a obrigação que lhe incumbe. Vê-se bem que o devedor nunca deixa de ser devedor, mesmo com a instauração do processo. E isso porque, nessa parte de sua obra, Gaio não estava explicando como funcionava o processo, mas apenas descrevendo de que maneira uma obrigação se extinguia pelo cumprimento forçado via sentença de condenação. Para ele, o respeito à obrigação via *condemnatio* sentencial era uma das modalidades de extinção das obrigações.

Por não estar tratando do processo ou da *litis contestatio*, chega a ser uma obviedade dizer que Gaio sequer cogitou a possibilidade de ter-se uma sentença de absolvição. Ele estava dissertando sobre as obrigações e sobre as maneiras que levam-nas à extinção, e dentro desse prisma a *condemnatio* exsurgia como típica forma de cumprir-se forçadamente um dever assumido. Aqui parece repousar o erro capital da doutrina tradicional: não ter enxergado que o jurista não tratava da litiscontestação, da condenação ou dos efeitos que elas geravam, mas simplesmente abordava as maneiras pelas quais extinguiam-se as *obligationes*. É certo que houve incorreção na própria construção de Gaio quando atribuiu à *litis contestatio* o dom novatório, mal-interpretando a passagem dos *veteres* que ele mesmo citou. A lógica geral do processo civil romano, contudo, não permite que se propugne pela prevalência dos equívocos dessa passagem, mas pelo sucesso

de simplesmente ter descrito a *condemnatio* como um dos veículos de cumprimento e extinção obrigacional.

Mas há ainda outros argumentos que demonstram fraqueza na interpretação tradicional, sobretudo quando se apanha para análise cada um dos dois momentos que a doutrina aponta como extintivos-novatórios.

O primeiro momento diz com a prática da *litis contestatio*. Como já se viu, a hermenêutica equivocada do trecho gaiano (III, 180) conduziu à crença de que o ato de litiscontestação extinguia a *obligatio* antes dela existente, substituindo-a pelo dever em obedecer-se à futura *condemnatio*. Nítido está que a visão é tipicamente imanentista: ela parte não da perspectiva processual do ato (que demandaria enxergarem-se os momentos do processo a partir da perspectiva do pretor e do juiz), mas do prisma de quem é devedor, da visão do sujeito que sabe estar obrigado a determinada prestação. Enfim, direito material e processo acabam misturados, e ao invés de analisar-se o ato de *litis contestatio*, o raciocínio parte da certeza de que uma obrigação existe. A confusão entre os campos é típica da doutrina do século XIX, e já por isso se entende o porquê do surgimento, nessa época, de idéias imanentistas.[110]

O processo romano deve ser observado da perspectiva do pretor e do juiz, e, por isso, a partir da incerteza da qual a própria expressão formular *si paret* é representante. É exatamente dessa maneira que Gaio procede quando aborda o processo no Livro IV de suas *Institutiones*: sem qualquer referência à existência prévia de obrigações. Tal seria não apenas misturar os planos e enxergar o processo sob o prisma do direito material, mas remontar à desgastada teoria civilista e acreditar que uma ação processual é desdobramento de uma *obligatio* descumprida.

---

[110] Dê-se apenas um destaque à tese de Friedrich Karl von Savigny, que de seus entendimentos fez derivar o que hoje se conhece por "teoria civilista da ação", a pressupor a existência de um direito subjetivo e sua inflamação para que uma ação processual pudesse ser inaugurada (SAVIGNY, Friedrich Karl von. *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Vittorio Scialoja). Torino: UTET, 1886, v. 5, §§ 204 e 205).

O estudo das fases do processo romano e da atribuição de funções já revela que a seqüência *obligatio* → *actio* → *litis contestatio* → *condemnatio* é de todo equivocada. Quando ouvia as partes e as auxiliava na redação da fórmula, ao pretor não interessava se o autor tinha ou não razão naquilo que pronunciava. Não era sua preocupação – pois não era seu ofício – examinar se *intentio* e fatos tinham correspondência e se, portanto, havia uma obrigação descumprida. Seu labor (o de redigir a fórmula e dar uma ação) era exercido independentemente da existência de uma *obligatio*. É bem isso que se viu no capítulo 3.1: que o pretor não averiguava se o exposto pelo requerente correspondia à verdade, mas aceitava-o provisoriamente como verdadeiro e decidia se aos fatos expostos cabia um direito que se pudesse fazer valer pela via processual.[111] Como se disse, ao magistrado pretório incumbia: (i) verificar se as pretensões do autor eram tuteláveis (analisando se um juízo era necessário e harmônico ao direito reconhecido, sob pena de *denegare actionem*), (ii) auxiliar na redação da fórmula e (iii) autorizar a instauração do procedimento *apud iudicem*. Isso implica dizer que a *actio* não pressupunha uma *obligatio* para que fosse concedida pelo pretor, mas apenas a narrativa das partes.[112]

Era assim, aliás, que o direito material (o já denominado 'justo abstrato') penetrava e influenciava de maneira cabal o processo: por meio das alegações de autor e réu. Era a partir delas que o pretor dizia o direito e auxiliava os envolvidos

---

[111] Essas são palavras de KASER, Max, *Derecho romano privado*, cit., p. 355.

[112] Desde que entenda-se '*actio*' como conduta, procedimento, ação genericamente dita, conforme razoável interpretação de Fritz Schulz (cf. nota 51). Acredita-se aqui que os romanos do período formular não imputaram à *actio* a importância de uma categoria jurídica a ser formulada e discutida. Para eles, *actio* era simplesmente 'agir', 'conduzir-se de determinada maneira'. Tanto que a palavra nunca vinha desacompanhada: para os romanos, *actio* nunca era apenas *actio*, mas *actio* para o exercício de determinada conduta. Era, portanto, proceder em sentido lato (seja material, seja processual) carente de complemento, e não uma categoria jurídica. Essas observações são pertinentes para que não se atribua a este trabalho o erro de observar a *actio* romana a partir da teoria abstrata da ação. O trato que aqui se dá, conforme recém-visto – e que acredita-se tenha sido o uso romano da palavra –, é no sentido da não adoção de entendimentos modernos para a explicação do processo romano.

para que fosse redigida uma fórmula adequada à solução do caso, em que constasse abstratamente o modelo de justo (direito material) para servir de paradigma à verificação do liame existente entre as partes e ao eventual ajuste caso houvesse iniqüidade.[113] E aqui já se adentra também no ofício do *iudex*: exatamente o de detectar se correspondiam *intentio* e fatos, isto é, se realmente havia uma obrigação descumprida que carecesse de reforço. Em caso positivo (*si paret*), uma condenação haveria de ser lapidada; em caso negativo (*si non paret*), uma *absolutio* era proferida. É isso que foi visto com amplitude no capítulo 3.2 e que aqui merece apenas referência.

Veja-se que isso exclui de plano a possibilidade de ver-se a *litis contestatio* como um ato que extinguia uma obrigação anterior. Tal seria admitir que uma *actio* é desdobramento de uma *obligatio*, e isso, como se vê, não coaduna à lógica geral do processo romano e sobretudo ao ofício do pretor e do juiz.

Ainda no primeiro momento extintivo-novatório, sequer é possível sustentar que uma nova obrigação era gerada pela solenidade da litiscontestação, e isso independentemente de aceitarem-se ou não as teses imanentistas ora criticadas. A conclusão do ato submetia as partes ao julgamento do *iudex*, mas de maneira alguma representava o surgimento de uma *obligatio*. Bem ao contrário, o novo vínculo não apenas ligava um sujeito ao outro, mas os submetia ao *imperium* do *populus Romanus*, outorgado ao *praetor* pelos cidadãos e repassado

[113] 'Justo abstrato' porque espelhado na fórmula (*ius dicere*, *iurisdictio*, dizer o direito, dar a descrição abstrata, a partir das alegações concretas, do que seria uma relação equilibrada e isonômica, descrição esta que servia de instrumento – por isso *ius* era visto como técnica – ao juiz para realizar o bom e o eqüitativo no caso concreto), e posteriormente nos editos e nas legislações dos períodos mais avançados do direito romano (que decorreram, por lógica, da repetição empreendida pelos pretores de um mesmo justo abstrato, de uma mesma técnica para a resolução de casos similares). Sobre isso, vejam-se as interessantíssimas considerações de GALLO, Filippo. Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana. *Rivista di diritto romano*, v. 4, 2004. Acessível em: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>.

ao *iudex* através da fórmula. Ademais, argumentar que a *litis contestatio* era 'fonte de obrigações' é posicionamento só harmônico à doutrina que enxerga o ato como se um contrato fosse. A análise do instituto como 'momento processual de transição' entre um e outro procedimentos extirpa a possibilidade de vê-lo como um instituidor de *obligationes*. Nada existia de extintivo e menos ainda de novatório na *litis contestatio*.

Ao segundo momento extintivo-novatório (*id est* à condenação) também é imputado o condão de eliminar e criar obrigações. De tudo que já se viu nos capítulos anteriores, contudo, não parece ter sido essa a causa e a função da sentença de *condemnatio*. Bem ao contrário, a sentença de per si (fosse ela condenatória, fosse absolutória) era um ato de *imperium*: sua força decorria da competência judicativa outorgada pela fórmula pretória; era a culminação do cotejo entre *intentio* formular e fatos; e quando condenatória, consubstanciava-se não na geração de uma nova *obligatio*, mas no reforço de obrigações que já existiam antes do próprio processo, via submissão do *condemnatus* ao *imperium* do *populus*. Nos moldes de outrora (idos da *damnatio*), a condenação representava a idéia de submissão do devedor ao cumprimento do prometido, mas também à sentença que por sua própria natureza espelhava a vontade e o império do povo romano. Descumprida a decisão, desrespeitado estava o *populus*.

Portanto, sequer esse segundo momento do processo romano estava imantado de caráter extintivo-novatório. A *condemnatio* sentencial não tinha nem por causa nem por efeito a existência de obrigações. Ao revés, o que lhe dava ensejo era o *imperium* magistratural e a lógica de correspondência entre *intentio* e fatos, e o que ela gerava não eram novas *obligationes*, mas a submissão do condenado ao cumprimento de deveres descobertos como inadimplidos (por conta da instrução processual), com a garantia de que seu patrimônio responderia pelas dívidas caso o descumprimento perdurasse mesmo à ordem judicial.

6 Conclusão

De tudo o que foi visto, pode-se sugerir que as origens da condenação sentencial do processo civil romano repousam em duas circunstâncias básicas: na figura da *damnatio* arcaica e nas condições históricas favoráveis que desenvolveram tanto a noção de obrigação quanto os instrumentos processuais utilizados para sua efetivação. Conforme já visto nos capítulos deste trabalho, a algumas conclusões logrou-se chegar.

1. A *condemnatio* tem como antecedente arcaico a palavra *damnatio*, que aparecia na condição de relacionada ao *votum*, aos legados *per damnationem* e *sinendi modo*, e ao *nexum*, e expressava basicamente a instituição de uma garantia para o cumprimento de certas promessas proferidas solenemente (*nuncupatio*), diante de testemunhas (*testis*). Imantada de índole religiosa, sua presença submetia o promitente às penas pelo descumprimento, que se resumiam, basicamente, em punições religiosas e na servidão de seu próprio corpo ou de seu labor ao poderio do beneficiário (*manus iniectio ex damnatio*). A *damnatio* parece ter sido uma das modalidades antigas de obrigação, já que nesses idos, dada a permeação total da religião às instituições romanas, o centro do vínculo era a garantia, e não o *debitum* (como mais tarde seria, com o surgimento da *obligatio*).

2. Pulando-se ao período formular do processo romano, a *condemnatio* aparecia como parte da fórmula e como sentença. Como *pars formulae*, a *condemnatio* representava a outorga de *imperium* judicativo ao juiz, que tinha como origem o próprio *populus Romanus* e as atribuições de que o pretor era investido. Sua função, aliás, deve ser vista dentro do prisma evolutivo de pretor e fórmula, que nasceram e pereceram unidos na história processual de Roma. Como *sententia*, a *condemnatio* pode ser vista sob seu aspecto externo e sob seu aspecto interno. No que tange ao primeiro, pode-se dizer que ela resultava do cotejo positivo entre *intentio* formular e fatos (via instrução processual), que revelava haver no caso concreto uma iniqüidade que dependia de ajuste. Com o

tempo, passou a ser escrita e fundamentada, sobretudo por conta do perigo de *litem suam facere*, mas invariavelmente expressa em termos pecuniários.

3. No que tange ao aspecto interno da *condemnatio*, é possível afirmar que o desenvolvimento das instituições como um todo acabou por substituir *paulatim* a idéia de 'obrigação como garantia' (*damnatio*) pela idéia de 'obrigação como vínculo ideal' (*obligatio*), determinando, por outro lado, o desenvolvimento dos instrumentos processuais em diversos de seus princípios. Minorada a influência da religião, esvaziou-se a *ratio* da *damnatio*, e ela, de alguma forma (provavelmente por uma prática adotada pelos julgadores romanos), foi internalizada ao sentenciamento, fazendo perdurar, no entanto, a idéia de submissão do devedor ao cumprimento do prometido e boa parte da solenidade de que antes se revestia. Ao revés de submetê-lo à religião e aos castigos sacrais, a *damnatio* sentencial (ou a sentença de *cum damnatio*) o submetia ao *populus Romanus* (ao *imperium*) por conseqüência da determinação judicial: caso descumprisse a sentença, a soberania do povo é que estava sendo desrespeitada.

4. Enfim, o aspecto interno da sentença de *condemnatio* ressalta ainda mais quando cotejada à *litis contestatio* e aos momentos extintivo-novatórios que a doutrina deduziu de um trecho de Gaio (*Institutiones*, III, 180). Se já a litiscontestação não possui como causa e como efeito a existência de obrigações, menos ainda a *condemnatio*. Esta, como se viu, não era desdobramento de uma *obligatio*, mas da competência judicativa outorgada ao *iudex* e daquilo que era resultado do cotejo entre *intentio* formular e fatos; e por outro lado, não se consubstanciava na formação de obrigações, mas no reforço de deveres que existiam antes mesmo do processo, via submissão do condenado ao *imperium* do Estado romano (melhor dizendo, do *populus Romanus*).[114]

[114] Como antes já foi dito, parafraseando-se Marc Bloch, o passado é, por definição, um dado imodificável; seu conhecimento, porém, é coisa que progride, e que

Referências

ALBANESE, Bernardo. *Il processo privato romano delle legis actiones*. Palermo: Palumbo, 1993.

BARREIRO, Alejandrino Fernández. Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en derecho clásico. In: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

BETTI, Emilio. *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*. Milano: A. Giuffrè, 1955.

BIONDI, Biondo. *Corso di diritto romano. Diritto ereditario*. Milano: A. Giuffrè, 1934.

_____. Legato (diritto romano). *Novissimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 9.

BISCARDI, Arnaldo. La genesi del concetto classico di "obligatio". In: BISCARDI, Arnaldo et alii. *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Murga Gener*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1994.

BLOCH, Marc. *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien* (Cahiers des Annales). 2. ed. Paris: Armand Colin, 1952.

BOPP, Franz. *Grammaire comparée des langues indo-européennes* (trad. Michel Bréal). 2. ed. Paris: Imprimerie Impériale, 1866, t. 1.

BRUNS, Carolus Georgius. *Fontes iuris romani antiqui*. Tübingen: Lauppiana, 1871.

CANNATA, Carlo Augusto. *Profilo istituzionale del processo civile romano: le legis actiones*. Torino: Giappichelli, 1980.

_____. *Profilo istituzionale del processo civile romano: il processo formulare*. Torino: Giappichelli, 1982.

CRIFÒ, Giuliano. Danno (storia). In: *Enciclopedia Giuridica Italiana*. [s.l.]: A. Giuffrè, 1962.

CRUZ, Juan Cruz. La historia como tradición. *Anuario filosófico*. Navarra: EUNSA, v. 13, n. 1, 1980.

---

incessantemente se transforma e se aperfeiçoa (BLOCH, Marc, *Apologie pour l'histoire ou métier d'historien*, cit., p. 22). Sob esse pressuposto, sabe-se que muitos dos pontos deste trabalho estão crivados de diversas imperfeições e lacunas, que só com o tempo, com pesquisas mais aprofundadas e com as críticas que advirão poderão ser sanadas – e ainda assim não em seu *totum*. Fica a esperança de que, mesmo no erro, sirva ele de impulso adicional à pesquisa e à discussão histórica.

DEVOTO, Giacomo. Ricostruzione e storia di lingue. In: *Scritti Minori*. Firenze: Felice le Monnier, 1967, v. 1.

D'ORS, Álvaro. *Derecho privado romano*. 9. ed. Navarra: EUNSA, 1997.

ENGELMANN, Arthur; et alii. *History of continental civil procedure* (trad. Robert Wyness Millar). Nova Iorque: Rothman Reprints e Augusts M. Kelley, 1969.

ERNOUT, A. Les éléments étrusques du vocabulaire latine. *Bulletin de la société de linguistique de Paris*. Paris: Librarie Ancienne Honoré Champion, 1930, t. 30.

ERNOUT, A.; MEILLET, A. *Dictionnaire etymologique de la langue latine: histoire des mots*. 3. ed. Paris: C. Klincksieck, 1951.

FIRPO, Giulio. Votum. In: *Novíssimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 20.

GALLO, Filippo. *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*. Torino: P. Giappichelli, 1997.

_____. Aspetti peculiari e qualificanti della produzione del diritto nell'esperienza romana. *Rivista di diritto romano*, v. 4, 2004. Acessível em: <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>.

GIOFFREDÌ, Carlo. *Diritto e processo nelle antiche forme romane*. Roma: Apollinaris, 1955.

_____. Nexum. *Novíssimo Digesto Italiano*. Torino: Unione Tipográfico – Editrice Torinese, [s.d.], v. 11.

GONZALES, Julian; CRAWFORD, Michael. H. The *Lex Irnitana*: a new copy of the Flavian Municipal Law. *The Journal of Roman Studies*, 1986, v. 76.

GREENIDGE, Abel H.J. *The legal procedure of Cicero's time*. Oxford: Clarendon Press, 1901.

GUARINO, Antonio. *La condanna nei limiti del possibile*. 2. ed. Napoli: Jovene, 1978.

IMBERT, Jean. Fides et nexum. *Studi in onore di Vicenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 1.

JHERING, Rudolf von. *L'Esprit du droit romain* (trad. O. de Meulenaere). 3. ed. Paris: [s.n.], 1886-1888.

JOLOWICZ, H. F. Case law in roman Egypt. *The journal of the Society of Public Teachers of Law*. [s.l.]: [s.n.], 1937, n. 14.

JÖRS, Paul; KUNKEL, Wolfgang. *Derecho privado romano* (trad. L. Pietro Castro). Barcelona: Labor, 1965.

KASER, Max. *Derecho romano privado* (trad. José Santa Cruz Teijeiro). 5. ed. Madrid: Réus, 1968.

KELLER, Friedrich Ludwig. *De la procédure civile et des actions chez les romains* (trad. Charles Capmas). Paris: Ernest Thorin, 1870.

LEVY-BRUHL, Henri. Prudent et préteur. *Revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, 1926, ano 5.

_____. Le sacramentum in personam. In: *Studi in onore di Vicenzo Arangio-Ruiz*. Napoli: Jovene, [s.d.], v. 2.

MAINE, Henry Sumner. *Ancient law*. Londres: Aldine Press – Letchworth – Herts (Everyman's Library), 1965.

MANTOVANI, Dario. *Le formule del processo privato romano*. 2. ed. Padova: CEDAM, 1999.

MEIRA, Sílvio A. B. O *homo sacer* no antigo direito romano. *Romanitas: Revista de Cultura Romana (língua, instituições e direito)*. Rio de Janeiro: Romanitas, 1959, ano 2, v. 2.

METZGER, Ernest. *A new outline of the roman civil trial*. Oxford: Clarendon Press, 1997.

_____. Interrupting proceedings *in iure: vadimonium* and *intertium*. *Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik*, n.º 120, 1998.

_____. Roman judges, case law, and principles of procedure. *Law and history review* (separata), 2004, n.º 22/2.

MILLAR, Fergus. The political character of the Classical Roman Republic, 200-151 B.C. *The Journal of Roman Studies*, 1984, v. 74.

MOMMSEN, Theodore. *Histoire de la monnaie romaine* (trad. Duc de Blacas). Paris: [s.n.], [s.d.], t. 1.

NOAILLES, Pierre. *Fas et ius: études de droit romain*. Paris: Les Belles Lettres, 1948.

_____. *Du droit sacré au droit civil*. Paris: Recueil Sirey, 1949.

PIGANIOL, André. *Histoire de Rome*. Paris: Presses Universitaires de France, 1939.

PONTES DE MIRANDA, F. C. *Garra, mão e dedo*. Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *Tratado das ações*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1972, v. 1.

PUGLIESE, Giovanni. *Istituzioni di diritto romano*. 3. ed. Torino: G. Giappichelli, 1991.

_____. *Il processo civile romano: le legis actiones*. Roma: Ricerche, 1961-62.

_____. Processo privato e processo pubblico: contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano. *Rivista di diritto processuale*. Padova: Milano, 1948, v. 3.

RICHARDSON, J. S. *Imperium Romanum*: empire and the language of power. *The Journal of Roman Studies*, 1991, v. 81.

ROMANO, Angela. Condanna "in ipsam rem" e condanna pecuniaria nella storia del processo romano. *Labeo: rasegna di diritto romano*. [s.l.]: [s.n.], 1989, n. 28.

ROSTOVTZEFF, Mijail. *Historia social y económica del Imperio Romano* (trad. Luis López-Ballesteros). Madrid: Espasa Calpe, 1998, t. 1.

SARAIVA, F. R. dos Santos. *Novíssimo dicionário latino-português etimológico, prosódico, histórico, geográfico, mitológico, biográfico, etc.* 11. ed. Rio de Janeiro – Belo Horizonte: Garnier, 2000.

SAUSSURE, Ferdinand de. *Cours de linguistique générale*. 2. ed. Paris: Payot & Cie., 1922.

SAVIGNY, Friedrich Karl von. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del derecho* (trad. Adolfo G. Posada). Buenos Aires: Atalaya, 1946.

_____. *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Vittorio Scialoja). Torino: UTET, 1886, v. 5.

SCHULZ, Fritz. *Principles of roman law* (trad. Marguerite Wolff). Oxford: Clarendon Press, 1956.

_____. *Derecho romano clásico* (trad. José Santa Cruz Teijeiro). Barcelona: Bosch, 1960.

_____. *History of roman legal science*. Oxford: Clarendon Press, 1967.

_____. The invention of the Science of Law at Rome. In: JAKOBS, Horst Heinrich. *De similibus ad similia bei Bracton und Azo*. Frankfurt: Vittorio Klostermann Frankfurt am Main, 1996.

SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano: ejercicio y defensa de los derechos* (trad. Santiago Santis Melendo e Marino Ayerra Redin). Buenos Aires: EJEA, 1954.

SENN, Félix. Nexum: contract de prêt du trés ancien droit romain. *Nouvelle revue historique du droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, ano 29, 1905.

SERRAO, Feliciano. *La iurisdictio del pretore peregrino*. Milano: Giuffrè, 1954.

TALAMANCA, Mario *et alii*. *Lineamenti di storia del diritto romano*. 2. ed. Milano: Giuffrè, 1989.

THOMAS, Paul. La nature de la damnatio. *Revue historique de droit français et étranger*. Paris: Recueil Sirey, série 4, ano 10, 1931.

VILLAR, Alfonso Murillo. La motivación de sentencia en el proceso civil romano. *Cuadernos de historia del derecho*. Madrid: Complutense, 1995, n.º 2.

WEBER, Max. *Historia económica general* (trad. Manuel Sánchez Sarto). México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

WHITMAN, James Q. *The legacy of Roman Law in the German Romantic Era: historical vision and legal change*. Princeton: Princeton University Press, 1990.

WORMS, René. *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*. Paris: A. Girard, 1891.

O Direito Fundamental à Razoável Duração do Processo na Constituição Federal Brasileira

Juliana Torres[1]

1. Introdução. 2 A Ec N° 45/2004 e a Inserção do Inciso LXXVIII no Art. 5°, da Constituição Federal Brasileira. 2.1 Critérios para a Duração Razoável do Processo ou sem Dilações Indevidas. 1.2 Os Possíveis Meios que Garantiriam a Celeridade da Tramitação. 3 Aplicação Prática do Novo Dispositivo. 3.1 Fundamento para Tutelas Antecipatórias. 3.2 A Responsabilização Civil do Poder Público e dos Sujeitos Processuais. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente trabalho tem como objetivo analisar o princípio da razoável duração do processo. Para isso, primeiramente, trata-se de alguns critérios para definição do que seja duração razoável, assim como se apresentam meios que garantiriam a celeridade da tramitação. Em segundo, trata-se da aplicação prática do dispositivo, sendo como fundamento para tutelas antecipadas, como para responsabilização do poder público e dos sujeitos processuais.

Palavras-Chave: Celeridade. Constituição. Processo. Razoável duração. Responsabilidade.

Abstract: This paper aims to analyze the principle of reasonable duration of the process. For this, firstly, it is certain criteria for defining what is reasonable duration, and if present means that would ensure the speed of processing. Second, it is the practical application of the device, and as a basis for guardianship early, and for responsibility of public power and procedural subject.

Keywords: Celerity. Constitution. Process. Reasonable Duration. Responsibility.

1 Introdução

A partir da Segunda Guerra Mundial os direitos fundamentais ganharam *status* positivo e universal. O grande marco desse processo foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948. Os horrores do nazifascismo demonstraram

---

[1] Mestranda em Direito na UFRGS, Bolsista da CAPES.

a desvalorização do homem como fim em si mesmo. Esse período revelou a necessidade de se consagrarem direitos inerentes à dignidade da pessoa humana.

No plano processual, as constituições e os tratados internacionais passaram a dispor sobre diversas garantias processuais fundamentais, como o contraditório, a ampla defesa e a imparcialidade do juiz, na busca de proporcionar um processo que atendesse ao devido processo legal, acrescendo a responsabilidade do Poder Judiciário, investindo-o na função de guardião dos direitos do cidadão, obrigando os juízes a buscar valores éticos, sociais e políticos das normas jurídicas para interpretá-las e aplicá-las.[2]

No entanto, a gama de garantias processuais trouxe à tona o problema do tempo do processo e sua efetividade. Não bastava proporcionar todas as garantias ao processo, era necessário que esse fosse célere e efetivo. Por essa razão que, atualmente, surgem, nas Constituições de diversos países e em muitos tratados, disposições expressas sobre a razoável duração do processo.

O marco inicial, portanto, desse movimento de reconhecimento do processo célere como direito fundamental foi o art. 6º, §1º, da Convenção Européia para Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais subscrita em Roma, no dia 4 de novembro de 1950. Após isso, diversos países introduziram em suas Constituições a garantia da razoável duração do processo.

A questão da duração do processo, assim, foi percebida como problema mundial e o Brasil, que também enfrenta a mesma dificuldade, não ficou distante da discussão. Embora com certo atraso, nosso país também inseriu na sua Constituição o princípio que assegura a todos a razoável duração do processo.

---

[2] GRECO, Leonardo. A Reforma do Poder Judiciário e o Acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 27, jun. 2005. p. 69

Em 8 de dezembro de 2004, portanto, foi promulgada a Reforma do Judiciário, por meio da Emenda nº 45 (DOU 31.12.2004), inserindo o princípio da razoável duração do processo dentro das garantias fundamentais asseguradas a todo indivíduo, criando o inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988, determinando que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação". A inserção do referido inciso revela a insatisfação da sociedade com a prestação da tutela jurisdicional e o entendimento de que esta deve ser efetiva, adequada e acima de tudo célere, sob pena de ser frustrado o acesso à justiça prestado pelo Estado.

A processualística moderna já supera a idéia de prestação jurisdicional, preocupando-se com a idéia de tutela jurisdicional, ou seja, cabe ao Estado não só prestar o acesso à justiça, mas, sim, proporcionar um acesso que seja efetivo, que seja útil para as partes. Não se pode mais compactuar com a concepção de Estado passivo, no sentido de mero prestador, mas de um Estado ativo que, através da tutela jurisdicional, responde às expectativas sociais e normativas e, ainda, proporciona proteção aos indivíduos à lesão ou ameaça ao bem da vida, através do direito de ação.

Por essa razão é que o processo civil não é e não pode mais ser visto apenas como uma técnica ou conjunto de conceitos, mas, sim, como instrumento de proteção e busca de resultados justos e úteis, prestados no tempo adequado. O problema da modernidade, portanto, é resolver a questão do tempo do processo, de como se ter uma prestação jurisdicional efetiva no tempo razoável, incluindo as garantias do contraditório, da ampla defesa, do duplo grau de jurisdição, entre outras. No dizer de Humberto Theodoro Júnior:

> Trata-se de uma aproximação com o ideal do processo justo que entre os constitucionalistas contemporâneos funciona como um aprimoramento da garantia do devido processo legal. Para merecer essa *nomen iuris*, a prestação

> jurisdicional, além de atender aos requisitos tradicionais – juiz natural, forma legal, contraditório e julgamento segundo a lei – têm de proporcionar à parte um resultado compatível com a efetividade e a presteza.[3]

Processos lentos e demorados não condizem com a efetividade e a adequação que a prestação jurisdicional deve ter. Um resultado tardio pode ser completamente imprestável perante a realidade fática do momento em que é recebido. A demora no trâmite processual é desanimador para aqueles que recorrem ao Poder Judiciário buscando a tutela de seus direitos. Não são raros os processos cíveis que se arrastam por anos, trazendo para a parte prejuízos materiais e até psicológicos.

Uma decisão judicial, por mais justa e correta que possa parecer, muitas vezes, é ineficaz, quando a prestação jurisdicional é entregue em momento que não mais interessa nem mesmo o reconhecimento e a declaração do direito pleiteado. Não resta dúvida que a prestação jurisdicional, quando não entregue contemporaneamente, pode provocar o perecimento do direito, não mais interessando ao seu titular, por não estar apto a produzir os efeitos desejados.

O tempo, do mesmo modo que perpetua situações não guerreadas e corrói direitos que não são adequadamente tutelados na esfera jurisdicional, tem o poder de ir além do aspecto meramente cronológico, passando a interferir na própria concepção de processo, uma vez que é o tempo que controla a máquina judiciária.[4]

Em uma sociedade em crise, em verdadeiro estado de alerta, pronta para demandar judicialmente aquilo que não

---

[3] THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns Reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 124, jun. 2005. p. 37

[4] ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. O Princípio da Razoável Duração do Processo sob o Enfoque da Jurisdição, do Tempo e do Processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 72

é nem mais pleiteado administrativamente, como o recurso de multa, o requerimento de benefício previdenciário ou revisão do mesmo, e a má prestação de serviços públicos como energia elétrica, telefonia, faz com que a máquina judiciária mostre-se inadequada, não suportando tantas demandas, tornando-se necessária a reavaliação de todo o sistema processual.[5]

Há muito a doutrina nacional discute o tema, buscando causas e formas de combater os efeitos decorrentes na demora do desenvolvimento dos processos. Muitas vezes, acaba-se por concluir que a postergação não está ligada à quantidade de etapas procedimentais previstas na legislação, como muitos afirmam, mas à própria estrutura do Judiciário, que parece não ter acompanhado o ritmo de desenvolvimento da sociedade.

Dessa forma, não se pode negar a extrema relevância do novo princípio que surge para alertar o Poder Judiciário e colaborar para o melhoramento do sistema, não se podendo permitir que críticas – inclusive aquelas que têm cunho na concepção tradicionalista do processo – destituam das normas traçadas pela reforma a capacidade de mudança da realidade, objetivando uma prestação jurisdicional mais eficiente, cujos benefícios não são apenas dos jurisdicionados, mas da sociedade como um todo. Após a inovação, resta encontrar a aplicabilidade prática do novo direito fundamental e, para isso, não faltam exemplos no direito internacional, principalmente as decisões da Corte Européia de Direitos do Homem.

Assim, o presente trabalho busca estudar o direito fundamental à razoável duração do processo, analisando especificamente o âmbito do processo civil, abordando, principalmente, a questão da aplicabilidade prática do direito

---

[5] ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. O Princípio da Razoável Duração do Processo sob o Enfoque da Jurisdição, do Tempo e do Processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 73

fundamental à razoável duração do processo. Para tanto, será abordada a questão dos critérios a serem adotados para se verificar se o processo atendeu ou não à duração razoável. Tais critérios analisados serão os adotados pela Corte Européia de Direitos do Homem, tendo em vista que o nosso país ainda não tem jurisprudência consolidada sobre o assunto, principalmente quando se trata de processos cíveis e que a maior parte da doutrina adota esses critérios como base para analisar o tempo do processo.

Em seguida, serão abordados os possíveis meios que garantiriam a celeridade da tramitação. Serão considerados tantos os meios já existentes no ordenamento jurídico anteriores à Emenda nº 45, assim como os meios inseridos com a Reforma do Judiciário.

Posteriormente, serão analisadas aplicações práticas do dispositivo, tanto como fundamento para concessão de tutela antecipatória, como para fundamentar a responsabilização do Estado, do juiz e das partes pela não duração razoável do processo.

Em uma abordagem desprovida de qualquer intuito de esgotar o assunto, o objetivo deste trabalho é verificar as conseqüências derivadas da inserção do direito à razoável duração do processo no texto constitucional e qual o significado da expressão adotada no novo dispositivo, assim como refletir sobre os meios hábeis a garantir a celeridade da tramitação dos processos e sobre a possibilidade de ressarcimento dos danos aos particulares em decorrência do descumprimento do preceito fundamental por parte do Estado, dos juízes ou das partes.

2 A EC Nº 45/2004 e a Inserção do Inciso LXXVIII no Art. 5º, da Constituição Federal Brasileira

O advento da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, introduziu o inciso LXXVIII ao art. 5º da Constituição Federal, renovando o antigo debate acerca do

conflito entre tempo e processo. A inserção do novo inciso, além de reascender a discussão, também significou a criação de um novo princípio, o da razoável duração do processo.

Note-se que a vigência da regra é imediata, instantânea, não apenas por ser matéria processual, mas também em razão de que o art. 5º, § 2º, da CF, empresta aplicação imediata às normas definidoras dos direitos e garantias individuais. Por isso, ainda que o retardo verificado no processo date de muito antes da EC nº 45/2004, a ele se aplica a inovação e, até mesmo, com maior força.[6]

Se antes tratávamos a questão da celeridade apenas pelo enfoque do princípio do acesso à justiça e pelo postulado da razoabilidade, a partir da entrada em vigor do novo dispositivo constitucional, o tempo do processo adquiriu autonomia e contornos próprios de princípio jurídico.[7] Com o acréscimo do inciso LXXVIII ao art. 5º, o processo brasileiro passou a não apenas visar a entrega jurisdicional a que fazem jus as partes, mas também ao cumprimento de sua missão do modo mais célere, sem desconsiderar a ampla defesa e os recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF).[8]

Dessa forma, o ordenamento jurídico brasileiro ganhou o direito fundamental a razoável duração do processo, tornando expressa a garantia do processo efetivo e célere. A questão que se impõe é saber o que seria a "razoável duração do processo" e a "celeridade" da tramitação.

No passado, já houve a pretensão de se definir legalmente o prazo de duração do processo. Na antiga redação

---

[6] SILVA, Juary C. Inteligência e Alcance do Princípio da Razoável Duração do Processo (Constituição, Art. 5º, LXXVII, Emenda nº 45/2004). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano 2, n. 7, ago./set. 2004. p. 88

[7] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 142-143.

[8] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 144.

do art. 281, do Código de Processo Civil, tentou-se estipular para o procedimento sumaríssimo a previsão de seu curso completo em noventa dias.[9] Ocorre que o referido dispositivo não perdurou por muito tempo, ante a ausência de efetividade, terminando por ser revogado. Constata-se, portanto, com a experiência legislativa, que o conceito de duração razoável não é passível de ser fixado em lei, ante a sua variabilidade, tornando-se necessária a análise do caso concreto, cabendo a jurisprudência à determinação.

Cabe referir que o dispositivo foi escrito com uma linguagem vaga, ou seja, a norma tem como característica ser constituída por conceitos indeterminados. Referida característica é utilizada como válvula de escape do intérprete, utilizada com o intuito de aproximar o direito positivo (estanque) da evolução social (dinâmica).[10] Nesse sentido, afirmam Gustavo Masina e Eduardo Von Mühlen:

> Daí porque, para a correta exegese do "princípio da razoável duração do processo", parece óbvio, não escapará o intérprete da árdua tarefa de dar-lhe significado frente a cada caso concreto e naquele exato momento em que estiver aplicando-o, pois sua significação poderá variar ao longo do tempo e de acordo com as circunstâncias.[11]

O novo princípio, portanto, deverá ser analisado em face dos outros existentes, guiados pela razoabilidade e pela proporcionalidade, em especial com o princípio da ampla defesa. Dessa ponderação casuística é que sobressairá, em cada oportunidade, o peso a ser atribuído ao princípio da razoável duração do processo.

---

[9] Antiga redação do art. 281, do CPC: "No procedimento sumaríssimo, todos os atos, desde a propositura da ação até a sentença deverão realizar-se dentro de noventa dias".

[10] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 155.

[11] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 155.

O que se deve levar em consideração, em termos genéricos, é que a duração do processo não poderá ser tão ampla a ponto de comprometer a eficiência da prestação jurisdicional, nem tão exígua sob o risco de se prejudicar o exercício do contraditório da parte.[12]

2.1 Critérios para a duração razoável do processo ou sem dilações indevidas

Demonstrar a relevância que assume o tempo no desenvolvimento do processo é tarefa fácil, principalmente, na medida em que, universalmente, se repugna a existência do processo excessivamente moroso. No entanto, a dificuldade que surge é a de definir o que seja o prazo razoável.

No Brasil a discussão da razoável duração do processo, embora já tratada com a questão da celeridade e da efetividade, ainda é muito recente, não havendo uma construção jurisprudencial que indique os critérios necessários para se ter um processo sem dilações indevidas. Por essa razão é que, para definir-se a razoável duração do processo, será necessária a análise dos critérios estipulados pelas decisões da Corte Européia de Direitos Humanos que, como já referido, levantou o debate, desde 1950, acerca da demora na tramitação e já foi provocada inúmeras vezes tendo, necessariamente, que decidir quando está configurada a irrazoável duração do processo. Para iniciar, convém destacar trecho de decisão da Corte Européia de Direitos do Homem sobre o tema em que são explicitados os critérios básicos adotados:

> Para procurar se houve duração razoável, devem ser verificadas as circunstâncias da causa e os critérios consagrados pela jurisprudência da Corte, em particular, a

---

[12] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da Duração Razoável do Processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 34, p. 53-68, jan. 2006.

[13] Estrasburgo. Corte Européia de Direitos do Homem. *Freitas Lopes contra Portugal nº 36325/97*, 21 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 17 jul. 2008.

complexidade da causa, o comportamento das partes e das autoridades competentes. (Tradução livre)[13]

Portanto, para a Corte Européia dos Direitos do Homem, três critérios, segundo as circunstâncias do caso concreto, devem ser levados em consideração na apreciação do tempo razoável de duração de um determinado processo. Dessa forma, somente será possível verificar a ocorrência de uma indevida dilação processual a partir da análise: a) da complexidade do assunto; b) do comportamento dos litigantes e de seus procuradores; c) da atuação do órgão jurisdicional.

Seguindo o entendimento de Eduardo Von Mühlen e Gustavo Masina, acredita-se que os dois últimos itens, ou seja, o comportamento dos litigantes e de seus procuradores e a atuação do órgão jurisdicional é que são analisados diretamente com a questão da duração do processo, já que por eles haverão de ser limitados, ao passo que a questão da complexidade da causa não sofre influência do princípio, mas o influencia. A questão da complexidade da causa diz respeito mais à razoabilidade e deverá atuar nesse segundo nível normativo, influenciando na ponderação final entre o princípio em comento e os demais envolvidos na causa que venham a colidir.[14]

É evidente que em uma demanda que encerra grande número de litigantes, muitos elementos fáticos, com diversos fatos controversos, necessitando de provas a respeito deles, ou suscitando matéria divergente não poderá ter o seu desfecho antes de uma demanda mais simples, constituída apenas por um autor e um réu, que compreenda matéria exclusivamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não tenha

---

[14] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 156.

[15] CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 220

necessidade de produzir prova em audiência.[15] O comportamento das partes e seus procuradores e mesmo a atuação do órgão julgador, portanto, é que estão diretamente limitados pelo princípio da razoável duração do processo.

Cabe ressaltar que o comportamento das partes e de seus procuradores já é bem regulado pela legislação processual com prazos fixados legalmente e sendo sancionados pela preclusão e pelas penas de litigância de má-fé. No entanto, o que se verifica, infelizmente, na prática, é um constante desrespeito ao dever de probidade e lealdade processual das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que, de qualquer forma, participam do processo, comprometendo o seu desfecho em tempo razoável.

Com relação à atividade do órgão julgador, apesar de existir regulação pelo art. 189 do Código de Processo Civil, que parece ter caído em completo desuso diante do tamanho desrespeito que sofre, essa parece ser a verdadeira origem da excessiva demora na solução do processo.[16] O problema é o tempo em que o processo fica perdido em cartório, concluso ao juiz ou aguardando impulso por parte do escrivão. Através da análise de decisões da Corte Européia, percebe-se a importância que tem a atividade do juiz, no sentido do dever que o magistrado tem de proporcionar o desenvolvimento célere do processo. Vejamos parte da decisão da Corte, no caso Vernillo contra a França, em que fica bem explícita a importância do juiz no desenvolvimento do processo:

> A Comissão considera que o alcance do "prazo razoável" resulta essencialmente do comportamento das autoridades judiciais. Especialmente, o juiz posto pelo Estado que não interveio para acelerar a demanda. Além do mais, foi necessário a corte de apelação mais de dois meses

[16] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 156.

> para inscrever a demanda no papel (31 julho - 28 setembro 1981) e não menos de oito para pronunciar sua ordem de encerramento após o depósito das últimas conclusões de Madame Torzuoli (27 julho 1982 - 18 março 1983). (...) Em exigência ao respeito ao "prazo razoável", a Convenção sustentou a importância que une-se à justiça de não ser administrada com retardos próprios a comprometer a eficácia e a credibilidade. (...) A Corte não ignora, contudo, as dificuldades que retardam às vezes o exame dos litígios como o conhecimento das jurisdições nacionais e que resultam de diversos outros fatores. (Tradução livre)[17]

No entanto, deve ser ressaltado que as decisões da Corte Européia deixam claro que não se deve confundir *duração razoável com duração breve*. A parte, quando se sentir prejudicada com a demora do processo, não poderá apenas alegar a demora, mas também demonstrar que ela foi desnecessária, isso porque não pode ser considerada atentatório ao direito fundamental a demora nos processos quando se fizer necessário resolver questões de particular dificuldade.[18]

Do mesmo modo, o direito fundamental reconhecido na Convenção não consiste necessariamente na resolução dos litígios no lapso temporal que as leis definem em cada caso. É desejável que os processos se desenvolvam dentro dos prazos assinalados, mas isso não implica que o prazo razoável seja o cumprimento inexorável das prescrições legais.[19] Se fosse aplicada a expressão literalmente, chegaríamos ao despropósito de que qualquer descumprimento de prazo processual por si só seria capaz de gerar violação ao direito fundamental, o que não parece ser uma conclusão ponderada.

---

[17] Estrasburgo. Corte Européia de Direitos do Homem. *Vernillo contra França nº 11889/85*, 20 de fevereiro de 1991. Disponível em:<http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 17 jul. 2008.

[18] ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A Ordem Constitucional e o Novo Direito Civil*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2011/729 >. Acesso em: 10 jun. 2008.

[19] MELO, Gustavo de Medeiros. A Tutela Adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 124, jun. 2005. p. 90

A rica experiência da Corte de Estrasburgo demonstra que o dado cronológico da duração do procedimento não tem valor absoluto, seja pelo fato de não existirem parâmetros temporais previamente estabelecidos e uniformes, seja porque a razoabilidade ou a excessividade da duração do processo não se prestam a uma rígida avaliação em abstrato, mas, pelo contrário, exigem uma apreciação específica a ser feita concretamente em cada caso individual, utilizando-se os critérios de avaliação da duração razoável do processo.[20]

Diante disso, conclui-se que o conceito de razoável duração do processo é uma cláusula em branco que está aberta, cabendo à jurisprudência brasileira preenchê-la no caso concreto, definindo em cada processo, singularmente, se o direito assegurado no art. 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal foi ou não violado.

2.2 Os possíveis meios que garantiriam a celeridade da tramitação

O novo dispositivo constitucional, além de assegurar a todos a razoável duração do processo, também determinou o direito aos meios que garantam a celeridade da tramitação, meios capazes de acelerar a prestação jurisdicional, sem que, com isso, perca-se a qualidade nos julgados. Dessa forma, a EC nº 45 impôs ao Poder Público o dever de assegurar os meios que garantam a celeridade do processo.

Isso significa que os meios são todos os instrumentos aptos a agilizar a tramitação processual, com o intuito de abreviar, na medida do possível, o intervalo de tempo entre a propositura da ação e o cumprimento integral do julgado. A tarefa imposta pela Constituição dirige-se principalmente ao legislador, que deve implantar os instrumentos legais que valorizem o acesso à Justiça, ao invés de obstruir o andamento do processo.[21]

---

[20] ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A Ordem Constitucional e o Novo Direito Civil*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2011/729 >. Acesso em: 10 jun. 2008.

[21] MELO, Gustavo de Medeiros. A Tutela Adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 124, jun. 2005. p. 102

Não obstante a existência do novo dispositivo, a preocupação com a duração dos processos, nos últimos anos, já levou a diversas alterações do Código de Processo Civil, como na questão da quantidade excessiva de recursos. Exemplo recente foi a redução das hipóteses em que haverá reexame necessário (art. 475, §§ 2º e 3º, do CPC), assim como a restrição das hipóteses de cabimentos dos embargos infringentes (art. 530, do CPC), tudo isso com o intuito de que os julgamentos tornem-se mais qualificados e mais céleres.[22]

Dentro dessa idéia, o art. 557, *caput*, faculta ao relator "negar seguimento a recurso manifestadamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do próprio tribunal, do STF ou de Tribunal Superior". Ainda, o § 1º - A do art. 557 do CPC, permite ao relator, se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante, dar provimento ao recurso.

Outro exemplo de norma tendente a prestar maior celeridade na tramitação é a do art. 515, § 3º, do Código de Processo Civil que autoriza o Tribunal a julgar o processo, quando extinto sem julgamento de mérito, sem devolvê-lo para o juízo de primeiro grau, desde que esse verse sobre questão de direito e esteja em condições de ser julgado. Assim, o Tribunal é competente para julgar processos que envolvam apenas questão de direito, sem precisar alongar a demora na prestação jurisdicional, evitando-se que o processo volte ao primeiro grau.[23]

Como se percebe, já antes da reforma constitucional de 2004, o legislador vinha fazendo uma seqüência de reformas parciais do Código de Processo Civil de 1973. O que o

---

[22] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 149

[23] Apenas pretende-se frisar que o dispositivo contribui para a celeridade processual, independente da discussão se a referida norma violaria ou não a garantia do duplo grau de jurisdição.

novo preceito constitucional proporciona é chamar mais a atenção do Congresso Nacional para a questão da celeridade que se deve imprimir no procedimento.

Não se pode, entretanto, ignorar que o legislador além de reforçar a importância da duração razoável do processo, já incluiu no texto Constitucional meios que, se criteriosamente aplicados, irão contribuir para a efetivação da garantia da celeridade da tramitação. Caberá aqui, apenas fazer uma breve enunciação das inovações incorporadas com a Emenda Constitucional n° 45, que, em princípio, parecem colaborar com a razoável duração do processo.

O art. 93, inciso II, alínea *e*, da CF, alterado pela EC n. 45/04, dispõe que "não será promovido o juiz que, injustificadamente, retiver autos em seu poder além do prazo legal, não podendo devolvê-los ao cartório sem o devido despacho ou decisão". Ao ser estabelecido que o critério para a promoção é o cumprimento do prazo legal, apenas podendo deixar de cumpri-lo justificadamente, a própria Constituição Federal estabelece uma forma de estimular o cumprimento dos prazos que, na maioria das vezes, deixam de ser obedecidos, configurando uma forma de proporcionar a aceleração da tramitação dos processos.

No mesmo art. 93, inciso II, alterou-se também a redação da alínea *c*, dispondo que a "aferição do merecimento conforme o desempenho e pelos critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição e pela freqüência e aproveitamento em cursos oficiais ou reconhecidos de aperfeiçoamento". A nova redação dada referiu a "critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição". Nesse sentido, se efetivamente os tribunais implementarem tal disposto, será de fundamental importância para a realização da prestação jurisdicional em prazo razoável.[24]

---

[24] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 289

No entanto, mesmo que a lei tenha definido como prazo razoável o legal, é necessário analisar-se em cada caso concreto se ele foi efetivamente cumprido e respeitado, considerando-se os critérios citados na seção anterior, como a complexidade do objeto, o comportamento e a atuação dos litigantes e seus advogados, assim como o comportamento e a atuação do órgão jurisdicional. Ao lado do art. 5°, inciso LXXVIII, da CF e das alterações introduzidas nas alíneas do inciso II do art. 93, outros dispositivos presentes na EC n. 45 podem ser apontados como importantes para a garantia do direito à prestação jurisdicional em um prazo razoável. Nesse sentido, o art. 93 ainda ganhou quatro novos incisos, quais sejam:

> XII - a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, funcionando, nos dias em que não houver expediente forense normal, juízes em plantão permanente;
>
> XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;
>
> XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;
>
> XV - a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Se implementadas tais alterações, certamente elas terão grande repercussão na duração dos processos, em especial a estabelecida no inciso XIII, do art. 93 que determina a necessidade de proporcionalidade entre o número de juízes, a demanda e a população.[25]

---

[25] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 290

O art. 107 da Constituição Federal, por sua vez, recebeu dois novos parágrafos, assim como o art. 125, CF. Essas novas disposições constitucionalizam mudanças estruturais importantes do Poder Judiciário, permitindo a descentralização da segunda instância e criando a justiça itinerante. Ambas as medidas podem propiciar uma maior racionalização na utilização do tempo, agilizando a tramitação dos processos e efetivando o direito à prestação jurisdicional em um prazo razoável.[26]

Por fim, a última grande mudança propiciada pela EC n. 45 foi a ampliação do efeito vinculante, anteriormente atribuído apenas às decisões do STF em ações declaratórias de constitucionalidade que agora passaram a abranger também às decisões proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, mediante nova redação do § 2º, do art. 102, da CF. Além disso, criou-se a súmula vinculante agora expressamente prevista no art. 103-A, CF.

Não se pretende discutir aqui se a decisão de criar a súmula vinculante foi acertada ou não, o fato é que isso fará com que o número de demandas que chegam às instâncias superiores diminuirá, propiciando maior rapidez na solução dos litígios, já que evitará que se multipliquem processos sobre questões idênticas. Pode-se dizer, portanto, que a redução do tempo ocorrerá de duas formas: primeiro, ao ser generalizada a mesma decisão para todos os processos que tenham objetivo idêntico, será reduzido o tempo que os demais processos levariam com a utilização de todos os recursos cabíveis; em segundo, ao ser generalizada a decisão, o número de processos será reduzido, quer pelo término antecipado dos processos em andamento, quer pela redução do número de ações ajuizadas.[27]

---

[26] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 290

[27] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do*

Não se pode, no entanto, desconsiderar que em nosso ordenamento jurídico já existem meios que permitem a prestação jurisdicional célere. Destaca-se a ação civil pública disciplinada pela Lei 7.347/85, alterada pela Lei 8.708/90. Esse tipo de ação tem como objetivo essencial tornar realidade, de modo efetivo, a proteção dos direitos difusos e coletivos referentes aos fenômenos decorrentes do meio ambiente, das relações de consumo, do uso dos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.[28]

Ao lado da ação civil pública concorrem, com meios de facilitar o acesso em tempo razoável à Justiça, a ação popular, o mandado de segurança coletivo, a ação civil coletiva, a ação monitória, os juizados especiais (Lei 9.099/95), os efeitos de antecipação da tutela (art. 273, do CPC) e o juízo arbitral.[29]

Deve-se levar em consideração que a duração razoável do processo e os meios necessários para implementá-la não deverá ser somente observado pelo legislador, mas também pelo juiz que deve interpretar a lei com adaptação, dependendo da causa. Como exemplos de decisão pelo magistrado, em busca da aplicação do novo direito fundamental, pode-se mencionar as de não-extinção do processo sem julgamento de mérito, quando se tratar de ação monitória em que se ingresse com título executivo, procedendo-se em ação de execução; ampliação dos casos de fungibilidade recursal; leitura do § 7º do art. 273 do CPC, no caminho da

---

Judiciário: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 291-292

[28] DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário – Art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 367

[29] O ministro José Augusto Delagado ressalta que o juízo arbitral não recebe adoção constante pelas partes, por inexistência de cultura para seu uso. DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário – Art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 367

fungibilidade de mão dupla e, em caso de pedido cautelar, mas sendo hipótese de antecipação de tutela, adapta-se o procedimento, por determinação de emenda à inicial, ao invés de extinguir o feito, dentre outras.[30]

Todos os instrumentos citados, no entanto, não são suficientes para acelerar a entrega da prestação jurisdicional, tornando realidade o direito fundamental de acesso à Justiça. Providências devem ser tomadas também no sentido de tornar a apresentação do direito mais simples. Segundo o Ministro José Augusto Delgado:

> Uma das vias a ser explorada para facilitar o acesso do cidadão à justiça é o de fazer com que o direito simplifique a sua forma de se apresentar. As leis precisam ser mais claras e concentrarem, em um só diploma, todo o regulamento da situação ou das situações de fato por ela alcançadas. Além de facilitar a sua compreensão, deve permitir a sua interpretação de forma sistêmica, tudo a favorecer a sua rápida aplicação em benefício da solução em tempo razoável do litígio.[31]

A defesa da simplificação não se restringe, apenas, ao modo como se apresenta a legislação, mas envolve, também, a atuação do juiz no elaborar da decisão e a do advogado ao apresentar a petição inicial, a contestação e as razões recursais. A simplicidade de tais peças faz com que o pensamento exposto seja melhor entendido e, conseqüentemente, com maior urgência analisado. Os complexos e longos arrazoados elaborados por advogados e juízes constituem, hoje, sem dúvida, um dos grandes obstáculos à rapidez na entrega da prestação jurisdicional. Simplificar o processo é contribuir

---

[30] GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável Duração do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 267.

[31] DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário – Art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 368-369

para facilitar o acesso à justiça e tornar a entrega da prestação jurisdicional mais célere e mais confiável.[32]

3 Aplicação Prática do Novo Dispositivo

A Emenda Constitucional nº 45, como visto, inseriu no art. 5º, o inciso LXXVIII que dispõe sobre a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade da tramitação. Não se trata, pois, de norma que impõe ao Estado uma abstenção diante de um direito individual do cidadão no sentido de um direito fundamental de primeira dimensão,[33] mas, sim, determina ao poder público uma atitude positiva, ativa, de praticar atos tendentes à consecução do direito que afirma ao cidadão.[34]

É, portanto, um direito fundamental de segunda geração que tem como intuito não a abstenção do Estado, mas um dever de ação por parte desse, no sentido de garantir aos cidadãos que seus processos tenham razoável duração, cabendo inclusive a adoção de meios que assegurem a aceleração da tramitação processual.

O fato de ter sido acrescentado inciso LXXVIII ao art. 5º, da CF não fará, por si só, que os processos emperrados nos tribunais ganhem agilidade. Por essa razão, é de suma importância que se coloque em prática a garantia da razoável duração do processo, para que o novo inciso do art. 5º da CF não seja visto como uma "letra morta", um mero princípio sem aplicabilidade.

---

[32] DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário – Art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 369-370

[33] Os direitos fundamentais de primeira geração tinham como intuito criar um espaço de não intervenção do Estado opressor. São direitos de cunho negativo, pois tem como intuito a abstenção do Estado frente aos direitos individuais do cidadão como saúde, liberdade, propriedade, igualdade perante a lei, liberdade de expressão e de participação política etc.

[34] MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 152.

Deve-se evitar, ainda, que o dispositivo termine por ficar no esquecimento e que, como ocorre com muitas previsões legais, no futuro, os alunos das universidades venham a rir em sala de aula quando o professor afirmar que existe em nossa constituição um dispositivo que garante a razoável duração do processo, mas que não é utilizado, por parecer mais uma utopia que uma norma jurídica.

O novo princípio tem, sim, aplicabilidade, tanto como fundamento de tutelas antecipatórias, como de aplicação direita de responsabilidade, pela morosidade dos processos, ao Estado, aos juízes e às partes. O que será demonstrado a seguir, portanto, são formas de aplicação do inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF, com o intuito de demonstrar que a referida alteração tem aplicação imediata, gerando, inclusive indenizações pelo seu descumprimento.

3.1 Fundamento para tutelas antecipatórias

A Constituição Federal assegura a quem litiga em juízo vários direitos fundamentais que genericamente são denominados de devido processo legal. Dentre esses diversos direitos, destacam-se o da efetividade da jurisdição e o da segurança jurídica.

O direito à efetividade da jurisdição, como já visto, compreende não apenas o direito de provocar a atuação do Estado, mas, também, a de obter, em prazo adequado, uma decisão justa e com potencial de atuar de forma eficaz no plano dos fatos.

Já o direito à segurança jurídica, pode ser definido como o direito à cognição exauriente, entendida como "a que submete as soluções definitivas dos conflitos a procedimentos prévios nos quais se ensejam aos litigantes o contraditório, a ampla defesa e a interposição de recursos.[35]

Ambos direitos, por se tratarem de direitos fundamentais de idêntica matriz constitucional, não possuem hierarquia

[35] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 65

entre si e, por essa razão, merecem do legislador ordinário e do juiz, estrita e fiel observância. No entanto, isso não impede que, no plano da realidade, esses direitos entrem em tensão, principalmente, em razão do fator tempo. O decurso do tempo ao passo que é compatível com a garantia da segurança jurídica, muitas vezes é incompatível com a efetividade da jurisdição, principalmente quando o risco de perecimento do direito reclama tutela urgente.

Sempre que ocorrer a situação em que o direito à segurança jurídica e à efetividade da justiça não puderem conviver, harmônica e simultaneamente, ter-se-á uma colisão de direitos fundamentais que reclamará uma solução harmonizadora, já que, não se pode, simplesmente, eliminar-se um dos direitos colidentes. A solução conformadora deve ocorrer de modo que todos os direitos em conflito sobrevivam, senão de modo absoluto, pelo menos relativizado.[36]

Em nosso sistema, a fórmula para viabilizar a convivência entre segurança jurídica e efetividade da jurisdição é a outorga de medidas de caráter provisório, aptas a superar situações de risco de perecimento de qualquer um desses direitos.

Em muitas situações, o próprio legislador se encarregou de estabelecer modo de solução dos conflitos, indicando a providência a ser tomada como as situações de cabimento do arresto, do seqüestro, da busca e apreensão e demais cautelares típicas. No entanto, nem sempre há soluções previamente estabelecidas e, nessas situações, caberá ao juiz a tarefa de criar topicamente a regra conformadora.

A inefetividade do antigo procedimento ordinário, portanto, transformou o art. 798, do CPC em autêntica "válvula de escape"[37] para a prestação da tutela jurisdicional tempestiva.

---

[36] ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 67..

[37] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 227.

O que ocorreu foi que a tutela cautelar transformou-se em técnica de sumarização do processo de conhecimento e em remédio contra a ineficiência do velho procedimento ordinário, viabilizando a obtenção antecipada da tutela que somente seria obtida ao final.

A tutela antecipatória foi tratada como tutela cautelar, embora tenha esta última função de apenas assegurar a viabilidade da realização do direito. Obviamente, tal distorção foi fruto da necessidade de celeridade e da exigência de efetividade da tutela dos direitos.

O uso da tutela cautelar com fim satisfativo, ou como técnica de antecipação da tutela, aliado ao problema que se verifica na prática forense da desnecessária duplicação de procedimentos para a tutela do direito material e da impossibilidade de realização de parcela do direito evidenciado no curso do processo,[38] levou à introdução no Código de Processo Civil na norma que consta no art. 273.

A tutela antecipada pode ser concedida no curso do processo de conhecimento, constituindo verdadeira arma contra os males que podem ser acarretados pelo tempo do processo, sendo viável não apenas nas hipóteses de dano irreparável ou de difícil reparação, mas também "para que o tempo do processo seja distribuído entre as partes litigantes na proporção da evidência do direito do autor e da fragilidade da defesa do réu".[39]

A técnica da antecipação de tutela visa, assim, distribuir o ônus do tempo do processo. É preciso que os operadores do direito utilizem tal instrumento de forma adequada, compreendendo a sua importância, assim como é necessário que o juiz compreenda que não há efetividade sem riscos. A

---

[38] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 228.

[39] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 229.

tutela antecipada faz com que se entenda que não é só a ação que pode trazer prejuízos, mas também a omissão. "O juiz que se omite é tão nocivo quanto o juiz que julga mal".[40]

> Prudência e equilíbrio não se confundem com medo, e a lentidão da justiça exige que o juiz deixe de lado o comodismo do antigo procedimento ordinário – no qual alguns imaginam que ele não erra – para assumir as responsabilidades de um novo juiz, de um juiz que trata dos "novos direitos" e que também tem que entender – para cumprir sua função sem deixar de lado sua responsabilidade social – que as novas situações carentes de tutela não podem, em casos não raros, suportar o mesmo tempo que era gasto para a realização dos direitos de sessenta anos atrás (...).[41]

Com o advento da Emenda Constitucional nº 45 e a inserção do inciso LXXVIII, ao art. 5ª, é possível afirmar-se que a antecipação da tutela ganhou um fundamento constitucional expresso, já que o dispositivo assegura não apenas o direito à razoável duração do processo, mas também os meios que garantam a celeridade da tramitação. Dessa forma, é possível afirmar-se que o inciso LXXVIII veio reforçar o provimento antecipatório, já que a antecipação dos efeitos da tutela tem como um de seus fundamentos evitar que o provimento jurisdicional venha intempestivo, tornando-se inútil para a parte.

Assim, na medida em que a tutela antecipada é uma forma de viabilizar a conformidade entre a efetividade da justiça e da segurança jurídica, ela também constitui um meio de permitir que as partes tenham um processo em tempo razoável e efetivo, ou seja, o inciso LXXVIII do art. 5º, constitui fundamento da tutela antecipada, já que reforça o seu conteúdo destacando a importância do resultado do

---

[40] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 229.

[41] ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003. p. 229.

processo em tempo hábil, ainda que provisório, ao mesmo tempo em que a tutela antecipada apresenta-se como um dos meios que viabilizam a realização do novo direito fundamental à razoável duração do processo.

Na nossa jurisprudência, há a célebre decisão conhecia como "Mãos Amarradas"[42] - por tratar-se de fato ocorrido na época da ditadura militar em que o ex-Sargento do Exército Brasileiro, Manoel Raimundo Soares, foi encontrado morto no Rio Jacuí com as mãos amarradas no dia 24.08.1966 – em que foi deferida uma tutela antecipada de ofício, por entender-se que, após 30 anos do ajuizamento da ação, não poder-se-ia permitir que a autora permanecesse mais tempo sem receber sua indenização, já que o processo ainda estava pendente de recurso.

O processo foi ajuizado, em 13.08.1973, pela viúva, Elisabeth Chalupp Soares, em face da União, requerendo a condenação das partes rés ao pagamento dos danos ocasionados, que deveriam ser convertidos em forma de pensão, correspondente ao valor dos proventos integrais do posto de um primeiro Tenente do Exército, com todas as vantagens. Requereu, também, o ressarcimento das despesas de funerais, luto, despesa de viagem e jazigo perpétuo.

A sentença sobreveio em 05.12.1995 julgando parcialmente procedente o feito, condenando a União ao pagamento de pensão mensal vitalícia, desde 13 de agosto de 1966, calculada com base na remuneração integral de Segundo-Sargento do Exército, compensando-se com valores já pagos mensalmente a título de pensão militar, despesas de funeral de importância igual à primeira prestação integral da pensão referida no item anterior; a título de luto de família, o valor arbitrado de R$ 84,00 em 13 de agosto de 1966; em decorrência de despesas de viagem, hospedagem e alimentação, a quantia

---

[42] RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *Apelação Cível nº 2001.04.01.085202-9*, da 3ª Turma, Relatora Juíza Vânia Hack de Almeida, Data do Julgamento 12.09.2005, Data da Publicação. 05.10.2005. Porto Alegre, RS. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em: 17 mar. 2008.

de R$ 2.054,00 e, como indenização por danos morais, em valor fixado em 05-12-1995, não compensáveis com outros valores, a quantia de R$ 222.720,00. Condenou-a, ainda, a corrigir monetariamente esses valores em juros de mora de 12% ao ano, desde o evento, e a pagar as custas do processo e os honorários advocatícios, que arbitrou em 20% sobre o valor da condenação. A União interpôs apelação que apenas em 12.09.2005 foi julgado pelo Eg. TRF da 4ª Região, ou seja, 30 anos depois do início da ação.

A decisão do recurso ganhou certo destaque, pois, com base no direito à razoável duração do processo, a 3ª Turma do Eg. Tribunal, por maioria, entendeu que caberia a concessão parcial de tutela antecipada de ofício, determinando que fosse paga a pensão à viúva imediatamente. Entenderam, os magistrados, que, nesse caso, não se trataria apenas de uma questão de verossimilhança, mas de certeza do direito e que o dano por si só estaria configurado na demora do processo, sendo estes argumentos suficientes a permitir a concessão de tutela antecipada *ex officio*.

O que esse caso tem de especial, além do seu cunho histórico, é o fato de ter a aplicação concreta do direito à razoável duração do processo. Referido direito fundamental foi aplicado no sentido de afastar a injustiça da lei, já que o Código de Processo Civil Brasileiro não permite que a concessão de tutela antecipada *ex officio* o que, no caso concreto, configuraria em verdadeira injustiça.

Cumpre salientar que 30 anos foi o tempo de espera para ser julgada a apelação e que outros recursos ainda serão interpostos nesse caso, pois na própria decisão ora examinada informa-se que a União pré-questionou, configurando a intenção de prolongar ainda mais o processo.

Deve-se, portanto, considerar que o processo civil atual deve estar voltado principalmente à idéia de efetividade. Não se pode mais aceitar que processos tramitem durante anos e anos com a justificativa de que o tempo é necessário para que se possa desenvolver todas as garantias necessárias

ao devido processo legal e à segurança jurídica. Existem processos em que o direito da parte autora fica evidenciado de plano, como no caso concreto em que não se tinha apenas a verossimilhança, mas a certeza do direito.

Não se pode mais admitir que continuem sendo feitas injustiças na tramitação processual, pois "pode o juiz encontrar-se diante de lei processual obsoleta, manifestamente iníqua ou injusta, não mais correspondente às condições sociais do momento, e cuja aplicação rígida e formal seja capaz de causar dano ao sistema como um todo (...). Nesses casos excepcionais, ainda de adaptação do geral ao concreto, a solução do conflito deve pender pela justiça do caso, mesmo *contra legem*."[43]

Cabe, assim, ao juiz, o dever de pensar o procedimento em conformidade com as necessidades do direito material e da realidade social, compreendendo as tutelas devidas ao direito material e percebendo as diversas necessidades da vida das pessoas.[44]

3.2 A responsabilização civil do Poder Público e dos sujeitos processuais

A responsabilização do Estado sofreu lenta evolução. A total irresponsabilidade estatal era vigente nas monarquias absolutas, pois, com a concentração de poderes nas mãos dos monarcas, era inviável identificar o ato lesivo por eles praticados, para posteriormente responsabilizá-los.

As injustiças gritantes impulsionaram para a responsabilização total do Estado, como forma de recompor o passado, em que os prejuízos jamais eram recompensados. Tanto uma como outra solução, evidentemente, não se apresentaram nem justas nem adequadas à paz social.[45]

---

[43] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 214.

[44] MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 225.

[45] SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação

A responsabilidade do Estado por atos do Poder Executivo já há muito tempo está consagrada no texto constitucional, não havendo mais divergência na doutrina e na jurisprudência. Seu alcance abrange atos ilícitos e lícitos, como expressão da repartição do ônus do exercício do poder por toda sociedade. A responsabilidade do Estado por ato legislativo ainda divide os ensinamentos de juristas e as decisões dos magistrados. Se do ato legislativo, todavia, decorrem efeitos concretos, indiscutivelmente, deve, o Poder Público, ser responsabilizado por seu ato lesivo e causador de dano aos particulares.[46]

A problemática maior reside na responsabilidade do Estado por ato jurisdicional, embora já exista o dever de indenizar quando o particular sofre restrições em seus direitos de locomoção e de liberdade por erro do judiciário. Decisões já acolheram pedidos de indenização, restaurando o patrimônio pessoal do ofendido pelo erro do judiciário.

A Emenda Constitucional nº 45, no entanto, foi bastante enfática no sentido de afirmar que está assegurado aos cidadãos a razoável duração do processo, garantindo-se, ainda, os meios para a obtenção da celeridade processual. Dessa forma, a demora na prestação jurisdicional que viola o dispositivo constitucional que assegura a razoável duração do processo poderá ensejar pedido de reparação de dano, caso a delonga provoque dano irreparável ao particular.

No entanto, ainda que possa ser admissível essa responsa-bilização, em face da grave situação dos órgãos jurisdicionais, provocado pelo excesso de feitos, a solução deve ser cautelosa, para que não se transforme em instrumento de

---

jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

[46] SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 47.

enriquecimento para alguns em detrimento do interesse de todos. É preciso, portanto, que se estabeleça o nexo de causalidade entre o fato, demora injustificada, e o dano provocado ao autor ou ao réu, ou mesmo a ambos, pela indefinição na solução da lide.[47]

Caso a duração razoável do processo não seja atendida, deverá ser verificada a sua real causa, que pode ser ou por excesso de feitos com inadequada máquina judiciária, ou expedientes protelatórios utilizados por uma das partes ou, ainda, desídia do magistrado. Cada uma dessas causas tem como conseqüência responsabilidades diversas, ou seja, no primeiro caso, teríamos a responsabilidade civil do Estado, no segundo a responsabilização da própria parte, e, por fim, poderemos até ter a responsabilidade pessoal do juiz.

Um dos possíveis caminhos, portanto, para amenizar o sofrimento do cidadão com a demora da prestação jurisdicional é a responsabilização do Estado pelo anormal funcionamento da administração da justiça. Isso, acima de tudo, traduz uma forma de controle para o cidadão, diante de um Estado cada vez mais interventor e assegurador dos riscos, a quem se pode exigir um padrão médio de atuação e de qualidade e o assegurar de direitos fundamentais legal e constitucionalmente protegidos.[48]

Importante ressaltar que o art. 8º da PEC n. 96/1992, aprovada na Câmara dos Deputados, que veio a dar origem à EC n. 45, previa a inserção de parágrafo no art. 95 da CF dispondo que a União e os Estados responderiam pelos danos que os respectivos juízes causassem no exercício de suas funções jurisdicionais, assegurando-se o direito de regresso em caso de dolo.

---

[47] SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 48.

[48] ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A Ordem Constitucional e o Novo Direito Civil*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2011/729 >. Acesso em: 30 abr. 2006.

Constou do relatório apresentado pelo então Deputado Nelson Jobim que já seria tempo de se afastar a tese da irresponsabilidade do Estado por atos de juízes, predominante ainda hoje tanto na doutrina quanto na jurisprudência firmada nos tribunais.[49]

Apesar das considerações feitas, a previsão a respeito da responsabilidade estatal pelos atos dos juízes foi suprimida pelo Senado Federal, persistindo apenas a duração razoável do processo como direito fundamental do cidadão. Isso, no entanto, ao invés de indicar uma certa timidez do legislador,[50] revela a prescindibilidade de previsão expressa da responsabilidade estatal pelos danos causados pela atividade jurisdicional. Ocorre que uma interpretação sistemática da Constituição Federal e a positivação do direito à duração razoável do processo, por si só, impõem a responsabilização do Estado pelos danos decorrentes da atuação dos juízes.

A manutenção da previsão expressa a respeito da responsabilidade do Estado poderia, ao invés de assegurar a ampla reparabilidade dos danos causados aos particulares, restringir esse direito. Isso poderia ocorrer em razão da redação do dispositivo que abordaria apenas a responsabilização estatal por danos que os juízes causassem no exercício de suas funções jurisdicionais, não havendo previsão quanto a danos causados por outros auxiliares da justiça.

Afastada a possível restrição, pode, o Estado, assim, com base no art. 37, § 6º, da CF, ser responsabilizado pelos danos causados por peritos, oficiais de justiça, cartorários e de todos aqueles que atuam como auxiliares no exercício da função jurisdicional.[51]

---

[49] BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 472.

[50] BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 472.

As diretrizes, portanto, da responsabilização civil do Estado estão traçadas no art. 37, § 6º, da CF. Dispõe a norma que a responsabilização do Estado é direta e objetiva, em decorrência da ampla aceitação que a Teoria do Risco Administrativo[52] tem em nosso direito. Desta forma, para a responsabilização estatal, basta que o particular prove a relação de causalidade entre o dano experimentado e a ação praticada, ressalvadas as hipóteses de ocorrência culposa da vítima e fatores circunstâncias.

No entanto, a responsabilização civil do Estado por atos jurisdicionais ainda é muito controversa, só admitida pela jurisprudência em hipóteses expressamente indicadas na lei. Na ausência de previsão explícita e específica, portanto, há irresponsabilidade do Estado.[53]

Diante da inexistência de previsão legal, a regra geral é a responsabilização pessoal do magistrado, de acordo com as regras ordinárias de responsabilização civil, isto é, dependente da auferição da culpa,[54] de acordo com o disposto no art. 133, do Código de Processo Civil.

Não há motivo razoável, entretanto, que justifique a não-incidência da regra geral de responsabilização direta e objetiva

---

[51] BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 472.

[52] Esta teoria admite que toda atividade desempenhada pelo Estado é capaz de gerar danos aos particulares.

[53] O Supremo Tribunal Federal tem se manifestado de forma contrária à responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais. A esse respeito, destaca-se a seguinte decisão: "I – A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juízes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do STF". BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 429518*; 2ª Turma, Ministro Relator Carlos Velloso, Data do Julgamento 10.02.2004, Data da Publicação. 28.10.2004. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> Acesso em: 10 mai. 2008.

[54] BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 474.

do estado aos atos emanados do Poder Judiciário. Os atos jurisdicionais, afinal, constituem exteriorização das funções estatais tanto quanto os atos do Poder Executivo.

A atividade jurisdicional é espécie de serviço público, sendo os juízes e auxiliares da justiça, tal qual os agentes políticos, servidores e particulares no exercício de atividade do Estado, agentes públicos, cuja atuação exterioriza a função estatal. Na prestação deste serviço, é inequívoco, o Estado poderá causar significativos danos aos particulares que devem ser ressarcidos segundo as mesmas regras aplicáveis à responsabilização civil por atos derivados do exercício da função administrativa.[55]

A responsabilidade civil do Estado pelos atos jurisdicionais, dessa forma, constitui espécie do gênero responsabilização civil do Estado, estando sujeita às mesmas regras a ela aplicáveis. Por mais que haja divergência jurisprudencial a respeito da responsabilidade por atos jurisdicionais arrisca-se dizer, no entanto, que, com a previsão expressa do direito à duração razoável do processo, a rejeição da responsabilidade do Estado por atos do Poder Judiciário será menos defensável.[56]

A preocupação que pode advir dessa responsabilização do Estado, por danos causados pela ação ou pela omissão jurisdicionais associadas à morosidade da justiça, é a de que o erário seria excessivamente onerado pelas indenizações. De fato, diante da quantidade excessiva de demandas ajuizadas, a extensão da responsabilidade objetiva de forma irrestrita e

---

[55] BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 475.

[56] BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 475.

absoluta a todos os casos em que o processo não tenha duração razoável, acarretaria, na prática, a completa inviabilização da responsabilidade civil do Estado.

De fato, à mera afronta ao direito de duração razoável do processo não constitui, por si só, dano ressarcível pelo Estado. É indenizável o dano decorrente de injusta lesão à esfera moral ou patrimonial do indivíduo. Como bem destaca Cruz e Tucci, para que o Estado seja responsabilizado:

> (...) é necessário que a demora, para ser reputada realmente inaceitável, decorra da inércia pura e simples, do órgão jurisdicional encarregado de dirigir as diversas etapas do processo.[57]

Destaca-se, no entanto, que o acúmulo de processos, invocado como causa para justificar a postergação dos julgamentos, não é suficiente para que se afaste a responsabilidade objetiva do Estado. Nessa situação, se estará diante da hipótese em que o serviço jurisdicional prestado pelo Estado funcionou mal, por ter sido realizado tardiamente. O grande volume de trabalho pode até eximir a responsabilidade dos agentes estatais, mas não do Estado, que terá que arcar com os danos eventualmente causados.[58]

Ressalta-se que, nos termos do art. 37, § 6º, da CF, o Estado sempre terá direito de regresso contra o magistrado ou demais auxiliares da justiça, desde que se comprove a atuação dos mesmos com culpa ou dolo. Importante destacar-se decisão da Corte Européia de Direitos que Homem que ressalta o dever do Estado em proporcionar adequado acesso à jurisdição:

> A Corte ressalta que o artigo 6 § 1 da Convenção obriga os Estados contratantes a organizar suas jurisdições de

---

[57] CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 69

[58] BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 477.

> maneira que permita responder às exigências do dispositivo (...) Recorda, além disso, que o Comitê de Ministros do Conselho da Europa, na sua Resolução DH (97) 336 de 11 julho 1997 (Duração dos processos civis na Itália: medidas suplementares de caráter geral), considerou que *« a lentidão excessiva da justiça representa um perigo importante, principalmente em um Estado de Direito»*. (Tradução livre) (Grifo nosso)[59]

No mesmo sentido, ressaltando a responsabilidade do Estado:

> A Corte reafirma que incumbe aos Estados contratantes organizar seus sistemas judiciais de tal sorte que suas jurisdições possam garantir a cada um o direito de obter uma decisão definitiva sobre suas contestações relativas a seus direitos e obrigações de caráter civil dentro de um prazo razoável. (Tradução livre)[60]

A eficiência da prestação da atividade jurisdicional afasta o descaso do Estado na boa estruturação técnica dos seus órgãos jurisdicionais, a fim de que os juízes possam ter condições, ao menos, de cumprir os prazos estabelecidos em lei para a prática dos atos do processo a seu cargo. Evitam-se, assim, dilações indevidas, alcançando o resultado eficaz e útil da atividade monopolizada do Estado.[61]

Além da responsabilidade do Estado, deve-se também analisar a responsabilidade do juiz. Diversas são as normas, no plano legal e constitucional, a primar pela independência do juiz, buscando afastá-lo de pressões ou interferências. No entanto, destaca-se, de acordo com Eduardo Couture,[62] que

---

[59] ESTRASBURGO. Corte Européia de Direitos do Homem. *A. P. contra Itália nº 35265/97*, 28 de julho de 1999. Disponível em:<http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 15 mai. 2008.

[60] ESTRASBURGO. Corte Européia de Direitos do Homem. *Freitas Lopes contra Portugal nº 36325/97*, 21 de dezembro de 1999. Disponível em:<http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 17 jul. 2008.

[61] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à Jurisdição Eficiente e a Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 128, out. 2005. p. 167.

[62] COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1951. p. 88.

assim como a independência e a autoridade, o juiz deve ter responsabilidade.

A independência é necessária para que suas decisões não sejam uma conseqüência da fome ou do medo; a autoridade deve existir para que suas decisões não sejam simples conselhos, divagações acadêmicas, que o Poder Executivo possa desatender segundo seu capricho; e a responsabilidade para que a sentença não seja ímpeto da ambição, do orgulho ou da soberbia, e sim da consciência vigilante do homem frente ao seu próprio destino.

É de se verificar que existem, no direito comparado, sistemas diversos em relação ao tema, que variam da total imunidade judicial (como na Commom Law), até a responsabilidade verificada em face do próprio juiz. Uma tendência que vem sendo verificada, entretanto, é a de não-responsabilização pessoal do juiz, mas somente do Estado, ou seja, seria uma espécie de responsabilidade substitutiva. A possibilidade de o juiz ser chamado por eventuais danos ficaria condicionada a determinados elementos substanciais e processuais do respectivo sistema.[63]

Alguns países como Alemanha, França e Polônia estabelecem responsabilidade direta e exclusiva do Estado por prejuízos que o cidadão venha a sofrer por atos praticados pelo juiz no exercício de suas funções, podendo o Estado apenas exercer ação de regresso contra o magistrado. A vítima, nesse sistema, não teria possibilidade de mover ação contra o juiz, mas, unicamente, em face do Estado. Segundo Mauro Cappelletti,[64] essa seria a solução mais avançada e sofisticada, pois conjugaria duas finalidades vitais: primeiro, a finalidade de garantir à vítima remédio seguro – de fiscalização do risco – e a finalidade de proteger o juiz contra ações vexatórias.

---

[63] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da Duração Razoável do Processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 34, jan. 2006. p. 61.

[64] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 62.

Em outros sistemas, no entanto, como no caso da Itália, o Estado tornou-se responsável em concorrência com a responsabilidade pessoal do juiz. Os perigos dessa solução é que, em virtude da paralela coexistência entre a responsabilidade do Estado e a do juiz, tornar-se-ia quase que inevitável que os dois tipos de responsabilidade viessem a se tornar dependentes de condições idênticas, ou seja, os requisitos que levariam a responsabilidade do magistrado terminariam por comunicar-se com os da responsabilidade do Estado.[65]

A questão que surge, portanto, é a de saber a qual sistema o nosso país estaria de fato filiado. No caso da responsabilidade do magistrado, encontra-se a regra do art. 133, do CPC, segundo o qual o juiz responde por perdas e danos quando, no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude, ou quando recusar, omitir ou retardar, injustificadamente, providência que deve ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

O que se observa, pela análise da norma, é que a possibilidade de responsabilidade pessoal do juiz está prevista em lei, assim como a responsabilidade do Estado. Pode-se, portanto, não se ter certeza em qual sistema o Brasil se inclui, mas o que se percebe, por tudo que já foi analisado, é que o nosso ordenamento admite a responsabilidade tanto do juiz como do Estado, assegurando a esse último o direito de regresso.

Independentemente do sistema adotado pelo Brasil, o que se percebe, no processo moderno, é o fortalecimento do entendimento de que o juiz não é mais um mero espectador diante do comportamento e postulações da parte, como se tivesse sempre que esperar por essa para dar andamento ao feito. Nesse sentido, é importante destacar a decisão em que a Corte Européia de Direitos do Homem reconheceu que a

---

[65] CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989. p. 63.

lentidão do processo era oriunda exclusivamente das autoridades judiciais:

> O período a ser considerado vai do ingresso da ação ao pronunciamento do acórdão da Corte de Cassação; ela se estendeu por cinco anos e dois meses. Da leitura da decisão percebe-se que o caso não apresenta qualquer complexidade particular. Além do mais, M. Tomasi não contribuiu para retardar o procedimento com a alegação de prescrição diante da Corte de Cassação de Bordeaux. A responsabilidade da lentidão observada é essencialmente das autoridades judiciais, em particular do Procurador da República da Bastia e do juiz de instrução de Bordeaux. Portanto, houve violação do artigo 6 § 1 (unanimidade). (Tradução livre)[66]

Cabe ao juiz o devido impulso ao processo e velar pelo seu desfecho rápido, tornando-se inadmissível uma postura de passividade. "Cabe-lhe não somente cuidar da pronta adoção de seus atos, como ainda fiscalizar e cobrar diligência e presteza por parte de seus auxiliares".[67]

Nesse sentido, destaca-se duas normas que referem-se ao juiz como participante do processo. Primeiramente, o art. 198, do CPC, que faz previsão de representação contra o juiz que excedeu os prazos, sendo que essa representação tem carga de procedimento administrativo autônomo.

Em segundo, poderia ser aplicado o art. 14, parágrafo único, do CPC, aos magistrados, segundo o entendimento de que eles são participantes do processo e, desde que venham a embaraçar os provimentos judiciais, com uma omissão ou ação tardia ou extintiva sem necessidade, pagando multa por tal conduta. Não se pode esquecer, ainda, que com a EC, nº 45, institui-se o Conselho Nacional de Justiça, no art.

---

[66] ESTRASBURGO. Corte Européia de Direitos do Homem. *Tomasi contra França, série A, nº 241-A*, 27 de agosto de 1992. In: BERGER, Vincent. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme. 5. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 26.

[67] VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da Duração Razoável do Processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 34, jan. 2006. p. 63.

103-B, da CF, que recebe reclamações em face de membros do Poder Judiciário, tendo-se mais uma forma de controle.[68]

Cabe ao Conselho Nacional de Justiça diversas atribuições sendo, dentre elas, controlar o cumprimento dos deveres funcionais dos juízes, recebendo e conhecendo das reclamações contra membros ou órgãos do judiciário, podendo avocar processos disciplinares em curso e determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, além de representar ao Ministério Público, no caso de cometimento do crime de abuso de autoridade (arts. 92, I-A e 103-B, § 4º, III e IV, da CF).

Por fim, além da responsabilidade do Estado e do juiz, há também que se tratar da responsabilidade das partes. As partes estão obrigadas, em razão do dever de lealdade e probabilidade, a praticar diligentemente os atos que as normas processuais lhes impõem, devendo, assim, não utilizar manobras protelatórias.[69]

Quando a demora na prestação jurisdicional, portanto, decorrer de tomada de medidas procrastinatórias por qualquer dos litigantes ou de seus procuradores, deve o órgão jurisdicional competente tomar medidas cabíveis, inclusive com aplicação de penas previstas, efetuando, ainda, o encaminhamento da denúncia, se for o caso, para o Tribunal de ética da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), quando ficar visível a intenção do advogado de adiar o término do processo. Nessa situação, fica nítido o desrespeito à garantia da prestação jurisdicional em um prazo razoável nas situações em que o órgão jurisdicional não tomar as medidas cabíveis.[70]

---

[68] GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável Duração do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. et al. *Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 267.

[69] DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à Jurisdição Eficiente e a Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 128, out. 2005. p. 172.

[70] RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões.

4 Conclusão

A celeridade processual, antes da Emenda nº 45, atuava através de uma interpretação teleológica do sistema, principalmente como uma derivação do princípio constitucional do devido processo legal e de regras integrativas provenientes do direito internacional. Isso significava que já tínhamos uma noção da importância da razoável duração do processo, mas que apenas vinha de uma interpretação sistemática.

Com a Reforma do Judiciário, o ordenamento jurídico brasileiro colocou de forma expressa a garantia da razoável duração do processo, com *status* constitucional, tornando o que era uma mera interpretação um direito expresso, com mais força, pois é agora um direito fundamental das partes. O inciso LXXVIII, do art. 5º, da CF, portanto, pode não ser entendido como novidade, mas, sem dúvida, é grande inovação, no sentido de que, seguindo uma tendência mundial, introduziu na Constituição o direito fundamental à razoável duração do processo, repensando-se a prestação jurisdicional, não apenas como tarefa do Estado, mas um direito de todo indivíduo.

A Emenda nº 45, assim, garante a razoável duração do processo e os meios que garantem a celeridade de sua tramitação, demonstrando a preocupação, ainda que um pouco tardia, com o aumento desenfreado dos litígios em nossa sociedade.

Trata-se, ainda, de norma de eficácia jurídica imediata e dependente, apenas, de outras normas ordinárias para viabilizar o processo mais célere, atingindo a desejada eficácia no plano social. Ao mesmo tempo, o dispositivo condiciona futuras normas a buscar soluções que garantam um processo mais célere, tendo como paradigma as normas atuais, ou seja, novas normas que conferirem maior morosidade ao processo em relação às normas já existentes, serão consideradas inconstitucionais, por divergirem do ideal programado pela norma.

Agilizar o processo é o ideal a ser buscado, o que não significa, evidentemente, pura e simplesmente eliminar recursos, para evitar o reexame das decisões. Pelo contrário, é preciso conferir meios ágeis para que o bom direito seja reconhecido de imediato, a fim de que a justiça tardia não se converta em injustiça. O Poder Judiciário reveste-se de extrema importância no Estado Democrático de Direito. Ainda que alternativas sejam criadas para a solução das controvérsias, é a atividade jurisdicional a que confere efetivamente segurança jurídica à sociedade.

Espera-se não apenas uma resposta do Estado para a solução da lide, mas uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, uma vez que o indivíduo enxerga na Justiça não só o lugar em que vai conseguir solucionar seus problemas, mas também o único lugar onde pode buscar isso. Dessa forma, a situação atual de verdadeiro "congestionamento" de processos nos levará ao engessamento do judiciário, denegando-se o próprio acesso à Justiça.

A eficiência da função jurisdicional sem dilações indevidas somente será conseguida, em primeiro lugar, com a mudança da mentalidade e com a melhoria da formação técnica dos operadores do direito, que precisam ver o processo como garantidor de direitos fundamentais, ou seja, compreendendo-o como processo constitucionalizado e não apenas como mero instrumento técnico da jurisdição. Em segundo, é necessário que se aprimore a infra-estrutura física, material e pessoal dos órgãos jurisdicionais, o que exige investimentos financeiros de monta por parte do Estado.

A introdução do inciso LXXVIII ao art. 5º, da CF, abre espaço, também, para reflexões sobre o aumento da responsabilidade do Estado em relação ao fenômeno da entrega da prestação jurisdicional. O legislador terá que modificar sua postura para não só fazer com que muitos dispositivos existentes no direito processual e que contribuem para a solução em prazo razoável do processo sejam aplicados, como, também, criar outros mecanismos que assegurem a garantia constitucional.

Não se pode, entretanto, colocar o ideal de processo rápido como primordial em detrimento de princípios e garantias constitucionalmente revestidas e de incondicional aplicação ao processo, sob pena de o Estado falhar no objetivo de defender os cidadãos da morosidade da Justiça, forçando decisões rápidas, fruto de cognições sumariamente instruídas, afastando-se do ideal do justo direito.

Para definição de prazo razoável deve-se sempre verificar o caso concreto, adotando-se os critérios utilizados pela Corte Européia de Direitos do Homem que julga a infração ao direito à conclusão do processo em prazo razoável e sem dilações indevidas, assim como o próprio valor da indenização, com base na análise da complexidade do caso, do comportamento das partes e da atuação dos juízes, dos auxiliares e da jurisdição. Note-se que o processo instantâneo é algo impossível de acontecer, pois sempre haverá necessidade de ampla defesa, contraditório, produção de provas, interposição de recursos.

O processo, portanto, desenvolvido em tempo razoável não pode ser confundido com a idéia de tempo rápido, já que sempre será necessário o mínimo que assegure todas as garantias inerentes ao processo. Em razão disso que o próprio legislador previu, entre outras medidas, o seqüestro, a execução provisória, a própria correção monetária e a antecipação de tutela, visando minimizar os prejuízos sofridos pela parte.

Pode parecer absurdo, em uma primeira análise, definir o direito à razoável duração do processo como sendo um direito fundamental, frente a outros como o direito à vida, à integridade e à liberdade pessoal, à liberdade de pensamento e expressão ou a proibição de escravidão e exploração humana que, sem dúvida, são de maior relevo e gravidade. Ocorre que, esses últimos, por serem mais genéricos e conhecidos, tendem a ser mais respeitados, possuindo, inclusive, mecanismos próprios para evitá-los e coibi-los quando ocorrem ao contrário do que acontece com a duração exagerada do processo.

De fato, se colocarmos o direito à vida em confronto com o direito à razoável duração do processo, aparentemente, poderemos ter a impressão de que o último seria quase banal, mas não o é. Um processo judicial pode levar uma pessoa à ruína financeira ou ao desespero total. O patrimônio e a tranqüilidade de quem aciona a justiça e de quem é demandado não podem ser considerados como um mero transtorno casual e inevitável.

Um Estado Democrático de Direito não pode abandonar seus cidadãos a um processo lento e viciado, pois não é raro que vidas e o destino das pessoas dependam diretamente da solução de um determinado processo. Por essa razão, é extremamente leviano fazer com que as pessoas aguardem tanto tempo pela decisão judicial, apenas porque falta interesse e vontade política para estruturar e aparelhar adequadamente o Poder Judiciário.

O fato do novo direito fundamental permitir que se condene o Estado a ressarcir danos causados pela morosidade da prestação jurisdicional, sem dúvida, é uma inovação, no entanto, não podemos esquecer que o Estado somos todos nós e que se houve necessidade de indenização, é porque a atividade judicial não está sendo devidamente desempenhada. Obter o ressarcimento dos danos, portanto, é apenas um meio de remediar o mau que foi feito, mas o que interessa não é ver o Estado condenado, e, sim, o Estado que consiga proporcionar a tutela efetiva de seus cidadãos.

O importante agora, depois de ter sido acrescentado o direito fundamental à razoável duração do processo no art. 5º, da CF, é conferir aplicabilidade prática ao dispositivo. Não basta travarmos discussões a respeito da importância do tempo do processo, sem encontrarmos mecanismos que assegurem a solução do litígio em prazo razoável.

Para tanto, já em nosso ordenamento, encontramos mecanismos anteriores à Emenda nº 45, que já se preocupavam em conferir maior celeridade à tramitação. Destaca-se, como exemplo, a redução das hipóteses em que haverá

reexame necessário (art. 475, §§ 2º e 3º, do CPC), assim como a restrição das hipóteses de cabimentos dos embargos infringentes (art. 530, do CPC).

Não obstante, os mecanismos já existentes, importante destacar os acrescentados pela própria Emenda nº 45 que, se postos em prática, certamente contribuirão para um acesso à justiça mais célere e efetivo. O art. 93, inciso II, alínea *e*, da CF, por exemplo, dispôs que não será promovido o juiz que injustificadamente retiver os autos além do prazo legal, assim como aferição do merecimento levará em conta o desempenho e os critérios objetivos de produtividade e presteza no exercício da jurisdição, contribuindo, assim, para que haja preocupação por parte dos juízes com a prestação jurisdicional em prazo razoável.

Destaca-se, ainda, que o art. 93, da CF, com as alterações proporcionadas pela Emenda nº 45, certamente, se aplicado, proporcionará grandes mudanças na prestação jurisdicional já que o referido artigo dispõe, ainda, que a atividade jurisdicional será ininterrupta, sendo vedado férias coletivas nos juízos e tribunais de segundo grau, o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população, os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório e, ainda, a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição.

Essas são as alterações que mais diretamente afetam o exercício da prestação jurisdicional. De fato, lendo os dispositivos, tem-se a impressão de que o problema da celeridade dos processos é simples de ser resolvido. A questão é fazer com que essas reformas sejam postas em prática, o que não é tarefa fácil, principalmente na quantidade de investimento que será necessária. Meios para que se tenha uma prestação jurisdicional célere, de fato, não faltam. Há mecanismos na própria Constituição, assim como no Código de Processo Civil e em leis esparsas que já garantiriam celeridade na tramitação.

Ocorre que, enquanto se mantiver o caos na prestação jurisdicional, o direito fundamental à razoável duração do processo servirá como fundamento para possíveis condenações contra o Estado, os juízes ou as partes. O fato é que a morosidade da justiça constitui a violação do direito das partes de ter acesso a uma prestação jurisdicional efetiva, sendo assim, tais danos geram direito à indenização que terá como fundamento, principalmente, o direito que cada um tem de ter um processo desenvolvido em tempo razoável. Caberá apenas verificar de quem é a responsabilidade, pois esta pode ser do Estado ou até pessoal do juiz, e, ainda, das próprias partes.

É preciso que haja, portanto, vontade política e, principalmente, cooperação entre os profissionais da justiça e das pessoas envolvidas no processo para que esse se desenvolva em tempo razoável. Do Estado, cabe melhor empenho em aparelhar e em aprimorar o acesso à justiça. Dos juízes, cabe, em alguns casos, colaboração na rapidez dos processos e, até mesmo, na verificação da atitude das partes quanto a possíveis pedidos protelatórios. Das partes, cabe seriedade e respeito quanto aos direitos discutidos.

Assim, espera-se, com o presente trabalho, ter alertado para a importância que tem o desenvolvimento célere dos processos e, por conseqüência, a efetividade da prestação jurisdicional, assim como ter demonstrado que a alteração constitucional não é utópica nem vazia, mas viável e com conteúdo. Resta agora esperar que o dispositivo seja aplicado e que surjam as primeiras manifestações jurisprudenciais sobre o assunto.

Referências

ALBERTON, Cláudia Marlise da Silva. O Princípio da Razoável Duração do Processo sob o Enfoque da Jurisdição, do Tempo e do Processo. In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 72-98.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. *A Ordem Constitucional e o Novo Direito Civil*. Disponível em: <http://hdl.handle.net/2011/729 >. Acesso em: 10 jun. 2008.

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento. 2. ed. rev., atual. e. ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

BEZERRA, Márcia Fernandes. O Direito à Razoável Duração do Processo e a Responsabilidade do Estado pela Demora na Outorga de Prestação Jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Irresponsáveis?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1989.

CARVALHO, Fabiano. EC n. 45: reafirmação da garantia da razoável duração do processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 215-223.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. Tradução de Mozart Victor Russomano. 3. ed. Rio de Janeiro: José Kofino Editor, 1951.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Tempo e Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DELGADO, José Augusto. Reforma do Poder Judiciário – Art. 5º, LXXVIII, da CF. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 355-371.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Direito à Jurisdição Eficiente e a Garantia da Razoável Duração do Processo na Reforma do Judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 128, p. 164-174, out. 2005.

GÓES, Gisele Santos Fernandes. Razoável Duração do Processo. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 262-282.

GRECO, Leonardo. A Reforma do Poder Judiciário e o Acesso à Justiça. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 27, p. 67-87, jun. 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Técnica Processual e Tutela dos Direitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MASINA, Gustavo; MÜHLEN, Eduardo Von. O "Princípio da Razoável Duração do Processo". In: MACHADO, Fábio Cardoso; MACHADO, Rafael Bicca (coord.). *A Reforma do Poder Judiciário*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 142-159.

MELO, Gustavo de Medeiros. A Tutela Adequada na Reforma Constitucional de 2004. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 124, p. 76-110, jun. 2005.

RODRIGUES, Horácio Wanderlei. EC n. 45: acesso à justiça e o prazo razoável na prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. p. 283-292.

SILVA, Juary C. Inteligência e Alcance do Princípio da Razoável Duração do Processo (Constituição, Art. 5º, LXXVII, Emenda nº 45/2004). *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, ano 2, n. 7, p. 87-91, ago./set. 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns Reflexos da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, sobre o Processo Civil. *Revista de Processo*, São Paulo, ano 30, n. 124, p. 28-39, jun. 2005.

VIANA, Juvêncio Vasconcelos. Da Duração Razoável do Processo. *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 34, p. 53-68, jan. 2006.

SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. O prazo razoável para a duração dos processos e a responsabilidade do Estado pela demora na outorga da prestação jurisdicional. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *et al. Reforma do Judiciário*: primeiras reflexões sobre a Emenda Constitucional n. 45/2004. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

Referências Jurisprudenciais

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário*, 429518, 2ª Turma, Ministro Relator Carlos Velloso, Data do Julgamento 10.02.2004, Data da Publicação. 28.10.2004. Brasília, DF. Dispo-nível em: <http://www.stf.gov.br/jurisprudencia/nova/pesquisa.asp> Acesso em: 10 mai. 2008.

ESTRASBURGO. Corte Européia de Direitos do Homem. *A. P. contra Itália nº 35265/97*, 28 de julho de 1999. Disponível em:<http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 15 mai. 2008.

ESTRASBURGO. Corte Européia de Direitos do Homem. *Freitas Lopes contra Portugal nº 36325/97*, 21 de dezembro de 1999. Disponível em:<http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 17 jul. 2008.

ESTRASBURGO. Corte Européia de Direitos do Homem. *Tomasi contra França, série A, nº 241-A*, 27 de agosto de 1992. In: BERGER, Vincent. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de L'Homme. 5. ed. Paris: Dalloz, 1996. p. 26

ESTRASBURGO. Corte Européia de Direitos do Homem. *Vernillo contra França nº 11889/85*, 20 de fevereiro de 1991. Disponível em: <http://www.echr.coe.int/echr>. Acesso em: 17 jul. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, *Apelação Cível nº 2001.04.01.085202-9*, da 3ª Turma, Relatora Juíza Vânia Hack de Almeida, Data do Julgamento 12.09.2005, Data da Publicação. 05.10.2005. Porto Alegre, RS. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> Acesso em 17 mar. 2008.

Colaboração, Solidariedade Social e Efetividade da Tutela Executiva *Stricto Sensu*

Luis Alberto Reichelt[1]

1 Introdução. 2 Das Relações Existentes entre o Princípio Democrático e a Garantia do Contraditório. 3 Solidariedade Social, Colaboração entre os Sujeitos do Processo e Efetividade da Tutela Jurisdicional Executiva Stricto Sensu. 3.1 Colaboração e Determinação da Certeza, da Liquidez e da Exigibilidade da Obrigação Objeto do Pleito de Tutela Executiva Stricto Sensu. 3.2 A Colaboração e a Indicação de Bens Passíveis de Penhora. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: Tomando como ponto de partida as relações entre o princípio democrático e a garantia do contraditório, o presente ensaio examina as normas relativas à repartição de tarefas entre os sujeitos do processo e identifica a formação de uma estrutura de colaboração com vistas à efetividade da tutela jurisdicional executiva *stricto sensu*, a qual é a tradução da idéia de solidariedade social.

Palavras-chave: Contraditório. Processo Civil. Tutela Jurisdicional Executiva *Stricto Sensu*. Colaboração.

Abstract: taking as a starting point the relations between the democratic principle and the hearsay rule, the present essay examines the rules concerning the tasks sharing among the process subjects, identifying the building of a collaboration structure related to the effectiveness of the *stricto sensu* executive jurisdictional protection, which is a translation of the idea of social solidarity.

Keywords: Hearsay. Civil Procedure. *Stricto Sensu* Executive Jurisdictional Protection. Collaboration.

1 Introdução

As transformações implementadas pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006 vêm produzindo um impacto que agora começa a ser sentido de maneira mais intensa pela comunidade jurídica. Tais alterações foram concebidas com um

---

[1] Mestre e Doutor pela Faculdade de Direito da UFRGS. Professor de Direito Processual Civil do UNIRITTER, em Porto Alegre (RS). Procurador da Fazenda Nacional em Porto Alegre (RS).

escopo primordial, qual seja o de assegurar maior efetividade à tutela jurisdicional executiva *stricto sensu*, diminuindo as distâncias existentes entre as tarefas de *definição do direito aplicável a um caso proposto* e de *realização prática desse mesmo direito*.

O rompimento com o paradigma anterior, passo necessário para a consecução dos objetivos que motivaram o surgimento das inovações legislativas antes referidas, traz consigo o surgimento de um referencial novo, o qual pode e deve ser estudado a partir de diversas perspectivas possíveis. O presente ensaio propõe lançar luzes sobre um dos traços marcantes dessa nova realidade, qual seja a formação de uma estrutura na qual os sujeitos do processo trabalham em conjunto com vistas à construção de uma tutela jurisdicional executiva *stricto sensu* dotada de verdadeira efetividade.

2 Das Relações Existentes entre o Princípio Democrático e a Garantia do Contraditório

Um ponto de partida importante a ser considerado com vistas à compreensão do funcionamento dessa dinâmica de trabalho conjunto em sede de processo de execução pode ser encontrada na convergência entre a função jurisdicional e o princípio democrático. A definição da idéia de jurisdição como uma atividade de exercício do poder do Estado na qual um terceiro imparcial, havendo sido autorizado para tanto pelo ordenamento jurídico, assume as tarefas de dizer o direito aplicável em face de um caso proposto para análise e de adotar as medidas práticas necessárias para assegurar o efetivo respeito às normas jurídicas aplicáveis traz, como decorrência, uma série de desdobramentos possíveis no que se refere à perspectiva de estudo ora referida.

Uma primeira dimensão a ser considerada é a que coloca em evidência o *exercício de poder do Estado* como marca própria da atividade jurisdicional. Destaca-se, sob esse ângulo, a necessidade de fazer com que a atuação do poder estatal

sobre a esfera jurídica dos indivíduos que convivem em um determinado âmbito social guarde sintonia com a vontade daqueles que se submetem a tal império. Na medida em que a atividade jurisdicional compreende a construção de comandos nos quais vem individualizada a forma através da qual o Estado intervém na esfera jurídica dos sujeitos relacionados ao objeto do debate dos autos, impõe-se que seja assegurada aos envolvidos em tal panorama a possibilidade de manifestação efetiva a respeito do conteúdo da decisão judicial. Se alguém tem sua esfera jurídica, de alguma forma, exposta sob a sombra da espada de Dâmocles, isso somente deve ser aceito à luz do art. 1º da Constituição Federal, na medida em que a atuação estatal leve em conta as alegações daquele que sofrerá o peso do exercício do poder do Estado.[2]

Das diversas projeções do princípio democrático inerentes ao funcionamento da estrutura estatal contemporânea, certamente a que mais parece ganhar peso é aquela na qual ele é instrumentalizado através da garantia do contraditório. Ainda que o direito de sufrágio e o caráter representativo nas votações legislativas sejam indispensáveis à estabilidade do Estado Democrático de Direito, é na seara da atuação da função jurisdicional que se dá a aproximação mais efetiva entre o exercício do poder estatal e a possibilidade de controle e de participação por parte daqueles que a ele se subordinam na realidade pós-moderna. Em uma sociedade na qual vontades conflitantes coexistem em constante contraste e tensão, a possibilidade de participação na construção da decisão judicial é a ponte que viabiliza a menor distância entre a vontade dos sujeitos que têm seus interesses em debate nos autos e o exercício do poder do Estado que sobre eles se impõe.

---

[2] Nesse sentido, ver, por todos, DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 92-93, ao apontar que "*no Estado de Direito, tem-se por indispensável fator legitimante das decisões in fieri a participação dos seus futuros destinatários, a quem se assegura a observância do procedimento adequado e capaz de oferecer-lhes reais oportunidades de influir efetivamente e de modo equilibrado no teor do ato imperativo que virá*".

Nesse diapasão, observe-se que a garantia do contraditório assegura aos litigantes quatro direitos fundamentais: o *direito a falar nos autos, o direito a terem suas manifestações levadas em conta pelo juiz, o direito à formação de uma estrutura de trabalho conjunto entre eles e o órgão jurisdicional* e, por fim, *o direito a não serem surpreendidos por decisões em relação às quais não lhes tenha sido ofertada oportunidade de participação.* O efetivo respeito ao seu conteúdo pode ser aferido, por sua vez, através de três projeções fundamentais: a *observância das oportunidades juridicamente asseguradas às partes, para que possam se manifestar nos autos*; a *atribuição de um papel ativo no debate ao juiz, sem esvaziar o papel a ser desempenhado pelas partes*; e a *obediência ao dever constitucional de motivação das decisões judiciais.*[3]

A garantia do contraditório acaba por se revelar não só uma projeção do princípio democrático, mas também do princípio fundamental da *solidariedade social*. Sob o manto de tal perspectiva, cada indivíduo não é apenas o detentor de direitos e deveres em face dos seus pares, mas também exerce papéis no âmbito da sociedade como um todo e, nesse sentido, deve oferecer a sua parcela de contribuição com vistas à realização de objetivos e à proteção de interesses que transcendem a esfera do meramente individual e adentram a dimensão de um plano comum a todas as pessoas que convivem em um dado ambiente cultural. Trata-se, pois, de ver os sujeitos do processo como pessoas que se sujeitam a deveres e obrigações que correspondem, de outro lado, a direitos e prestações que se traduzem em benefícios de que desfrutam todos os integrantes de uma coletividade historicamente situada.

A existência do referido princípio é amplamente reconhecida pela jurisprudência, revelando-se em projeções que permeiam os diversos ramos do saber jurídico, como o Direito

---

[3] Sobre a abordagem proposta, ver as considerações que fiz em REICHELT, Luis Alberto. *O Conteúdo da Garantia do Contraditório no Direito Processual Civil*. In: Revista de Processo, 162 (2008): 330-351.

Tributário[4] e o Direito Civil[5]. Sua matriz fundamental é radicada no disposto no art. 3º, I da Constituição Federal, no qual a *construção de uma sociedade solidária* vem estabelecida como um objetivo a ser considerado na busca do significado de toda e qualquer norma inserida no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se, como se vê, de norma dotada de caráter imperativo, indicando claramente um objetivo a ser alcançado.

O respeito a tal noção, por sua vez, pode ser claramente vislumbrado se identificado também na forma como se dá a construção das regras processuais civis comprometidas com o escopo de determinar os limites em termos de *ordem* a serem respeitados na dinâmica de *colaboração* estabelecida entre os sujeitos do debate processual.[6] O formalismo, nessa seara, constitui-se em poderosa ferramenta a serviço da ordenação do estado de coisas desejado pelo texto constitucional.[7]

---

[4] No âmbito do Direito Tributário, é possível ver a aplicação do princípio da solidariedade social, exemplificativamente, nos seguintes julgados: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 794.070/PR, rel. Min. Luiz Fux, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 14.11.2006; Recurso Especial nº 625.589/RS, rel. Min. Francisco Falcão, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 21.02.2006; Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 20.242/RJ, rel. Min. José Delgado, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 27.09.2005.

[5] Sobre o princípio da solidariedade no âmbito do Direito Civil, ver: Apelação Cível nº 70021871264, Rel. Des. Araken de Assis, julgado pela Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 12.12.2007; Recurso Cível nº 71001373208, Rel. Ricardo Torres Hermann, julgado pela Terceira Turma Recursal Cível do Rio Grande do Sul em 30.10.2007; Apelação Cível e Reexame Necessário nº 70016532145, Rel. Des. Artur Arnildo Ludwig, julgado pela Sexta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 22.03.2007; Apelação Cível nº 70015991433, Rel. Tasso Caubi Soares Delabary, julgado pela Nona Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 12.12.2006.

[6] A respeito da importância da idéia de colaboração para a compreensão da dinâmica dialética do processo, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. In: AJURIS, 90 (2003): 55-84, no qual o autor traz, ainda, ampla referência bibliográfica a respeito do assunto.

[7] Sobre o tema, ver ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997, especialmente p. 6, onde o autor enfatiza que o formalismo processual contém, no seu bojo, "*a própria idéia de processo como organização da desordem, emprestando previsibilidade a todo o procedimento*", apontando, ainda, que "*se o processo não obedecesse a uma ordem determinada, cada ato devendo ser praticado*

A questão anteriormente proposta ganha concretude na medida em que o processo se constitui em uma manifestação de atuação integrada de pessoas que trabalham em conjunto, tendo suas atuações reguladas em função da consecução de objetivos comuns consagrados pelo ordenamento jurídico. A compreensão da forma como se dá a atuação das idéias de solidariedade social e de colaboração em tal contexto pressupõe, por sua vez, o exame dos limites impostos pelo ordenamento jurídico no que se refere ao agir dos sujeitos que interagem no debate processual.

O império da solidariedade social (e, por conseqüência, do dever de colaboração processual) pode ser traduzido de inúmeras maneiras. O grande desafio a ser considerado em todas elas é o da identificação de mecanismos que permitam o controle da regularidade do desenvolvimento do debate dos autos em conformidade com tais ditames. Trata-se de apontar os limites a serem observados para que a transcendência dos limites da esfera do interesse puramente individual não se converta em instrumento a serviço da opressão da liberdade das partes pelo poder do Estado, nem, de outro lado, se converta em uma fórmula mágica que tudo promete e nada faz de concreto.

Sob essa perspectiva, uma das equações fundamentais a serem consideradas em um Estado Democrático de Direito é aquela que combina a liberdade das partes e o exercício de poder estatal sob o manto de duas condições fundamentais. Primeiramente, como já mencionado linhas atrás, impõe-se considerar que a existência de intervenção na esfera individual de outrem mediante exercício de poder soberano somente se considera legítima na medida em que aqueles que sofrerão tal intervenção possam participar de maneira efetiva na construção dessa manifestação de exercício de poder. A essa primeira dimensão, soma-se, ainda, a necessidade de

---

a seu devido tempo e lugar, fácil entender que o litígio desembocaria numa disputa desordenada, sem limites ou garantias para as partes, prevalecendo ou podendo prevalecer a arbitrariedade e a parcialidade do órgão judicial ou a chicana do adversário".

atendimento a outro requisito fundamental: a atividade de exercício do poder estatal e o exercício da liberdade de manifestação das partes somente são considerados legítimos na medida em que estejam em conformidade com uma pauta comum mínima de regras e princípios estabelecida em um determinado ordenamento jurídico. E é exatamente essa segunda perspectiva que faz com que se possa transcender de maneira a fazer com que o contraditório seja visto como uma garantia institucional do processo, indo além da idéia de simples proteção da parte contra o poder do Estado. Evolui-se, nessa esteira, em direção à noção de que a orientação dialética se impõe como traço inarredável que caracteriza o processo e a jurisdição, o qual não pode ser suprimido ou tratado como fruto de mera escolha política por parte do legislador.[8]

Dessa dualidade de controles exsurgem conclusões eminentemente práticas. Sob o manto da primeira condição antes apresentada, tem-se que é digna de reprovação a conduta do juiz no sentido de decidir sem levar em conta a manifestação das partes ou, ao menos, abrir oportunidade para que estas possam se manifestar a respeito do *thema decidendum*.[9] No que se refere ao segundo requisito, tem-se que o juiz está autorizado a indeferir a produção de provas que em nada colaborem para a elucidação do problema comum em torno do qual gira o debate processual.[10] Em ambos os casos, o que se observa é que a atuação da garantia do contraditório é estruturada em função de interesses que não são exclusivamente ligados às partes ou ao juiz. Os

---

[8] A expressão *garantia institucional* é utilizada, aqui, no significado dado por BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003. p. 565 e seguintes e por CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2002. p. 397-398.

[9] Assim também pensa ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. cit., p. 62, apontando que "*a sentença judicial só pode resultar do trabalho conjunto de todos os sujeitos do processo*".

[10] Vide, sobre o ponto, BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001. Especialmente p. 154 e seguintes.

sujeitos do processo deixam de ser vistos apenas como titulares de direitos e passam a ser vistos como indivíduos que assumem papéis e recebem tarefas que se combinam em uma dinâmica orientada em função da necessidade de respeito a valores de ordem pública, cuja proteção é de interesse de toda a sociedade. É nesse ponto que o princípio do contraditório, tomado como garantia institucional do processo e da jurisdição, se entrelaça com a dimensão dos direitos fundamentais de terceira geração, na qual se situa a idéia de solidariedade social.[11]

Outra equação igualmente fundamental para a compreensão do dever de colaboração e da realização da idéia de solidariedade social no âmbito processual é a que envolve a associação de deveres e responsabilidades às partes. O estabelecimento de um compromisso conjunto dos sujeitos processuais com vistas ao efetivo exercício da jurisdição faz com que as partes devam observar limites no âmbito do agir individual, sendo sancionadas quando do descumprimento desses deveres ou, ainda, quando do silêncio no exercício de determinadas faculdades. É o que ocorre, no primeiro caso, quando se observa a existência de medidas destinadas à garantia da efetividade da tutela jurisdicional, na forma do art. 461, § 4º a 6º do Código de Processo Civil, ou, ainda, no que tange à aplicação de regras sobre ônus de prova como aquelas inscritas no art. 333 do mesmo diploma processual. Em ambos os casos, os limites da liberdade individual do litigante são orientados em função da necessidade de respeito à pauta mínima comum antes mencionada, estabelecendo-se um compromisso de todos com vistas à realização de objetivos que a todos interessam, em especial no que se refere à construção de um processo justo.[12]

---

[11] Sobre a caracterização dos direitos fundamentais de terceira geração, ver, por todos, BONAVIDES, Paulo. cit. p. 569 e seguintes.

[12] Sobre a idéia do processo justo, ver, por todos, COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica*. In: Revista de Processo, 108 (2002): 133-183.

Como se vê, a idéia de colaboração, nesse contexto, significa algo que vai muito além da expressão de um resultado decorrente do respeito a um dever exclusivamente ético. Colaboração, aqui, traduz a noção da existência de trabalho conjunto desenvolvido por pessoas sujeitas a um determinado regime jurídico no qual direitos, deveres e ônus convergem em uma direção comum, qual seja a da proteção de determinados objetivos e valores fundamentais estabelecidos pelo mesmo ordenamento jurídico. É, pois, uma idéia em inegável sintonia com a noção de solidariedade social anteriormente mencionada que apresenta conteúdo eminentemente deontológico.

3 Solidariedade Social, Colaboração entre os Sujeitos do Processo e Efetividade da Tutela Jurisdicional Executiva *Stricto Sensu*.

A compreensão do conteúdo jurídico das idéias de colaboração e de solidariedade social constitui-se em uma tarefa ainda mais complexa quando se considera a sua forma de atuação no âmbito da tutela jurisdicional executiva *stricto sensu*. Reconhecida pela jurisprudência a aplicabilidade da garantia do contraditório tanto nos casos em que o processo é destinado a fornecer tutela em sede de conhecimento quanto naqueles em que a proteção é de natureza executiva,[13] impõe-se, agora, identificar o conteúdo dessas manifestações no contexto antes apontado, delimitando quais permissões, proibições ou obrigações elas impõem aos sujeitos do debate dos autos.

---

[13] Ver, nesse sentido, como exemplos de tal entendimento sedimentado em âmbito jurisprudencial: Agravo Regimental em Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 41.855/SP, rel. Min. José Delgado, julgado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça em 12.08.1998; Recurso Especial nº 685.251/RS, rel. Min. Denise Arruda, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 02.08.2007; Recurso Especial nº 760.998/GO, rel. Min. Luiz Fux, julgado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça em 06.03.2007; Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 586.895/RS, rel. Min. Laurita Vaz, julgado pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça em 12.02.2007.

3.1 Colaboração e determinação da certeza, da liquidez e da exigibilidade da obrigação objeto do pleito de tutela executiva *stricto sensu*

Uma primeira perspectiva na qual é possível observar a forma como se concretiza essa atividade de colaboração pode ser vista na imposição de deveres ao exeqüente relacionados à determinação da certeza, da liquidez e da exigibilidade da obrigação sobre a qual recai a atividade.

No que se refere à atividade de cumprimento da sentença, aponte-se que o prévio trabalho desenvolvido pelos sujeitos do processo com vistas à determinação do direito faz com que o título executivo seja considerado instrumento[14] no qual vem veiculada uma *forte presunção de existência de um direito subjetivo*. Essa presunção, por certo, admite prova em sentido contrário, a qual somente tem razão de ser admitida nos casos em que presentes circunstâncias extremamente excepcionais, exigindo que o valor segurança jurídica – pilar fundamental da idéia de coisa julgada[15] – seja relativizado em face do império de outro considerado mais importante pelo ordenamento jurídico.

Exemplos do fenômeno anteriormente descrito não faltam. É o que ocorre, *verbi gratia*, nos casos em que admissível a ação rescisória, medida pela qual o direito inscrito em uma decisão judicial transitada em julgado pode ter sua existência infirmada. Outra situação que se amolda à categorização antes apresentada nasce a partir da consideração das possibilidades existentes em sede de embargos à execução baseada

---

[14] A construção ora proposta pretende ir além daquela apresentada por BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 74, o qual defende que o título executivo é documento. Sobre o conceito de instrumento, ver, por todos, MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5, tomo II. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 237.

[15] Assinala CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 77, que "*o respeito à garantia constitucional da coisa julgada é um razoável preço que o sistema jurídico paga como contrapartida pela preservação de outros valores, somente podendo ser afastado em casos excepcionalíssimos*".

em título executivo extrajudicial, substancialmente mais ricas do que aquelas presentes no caso de impugnação ao cumprimento de sentença judicial justamente em função da inexistência daquele prévio trabalho conjunto das partes com vistas à determinação quanto à existência do direito.[16]

As considerações anteriormente apresentadas podem ser aplicadas, ainda, no que se refere à exigibilidade da obrigação inscrita no título executivo. Pense-se, nesse sentido, no alcance ofertado à possibilidade de alegação de prescrição, tanto em sede de embargos à execução como em impugnação ao cumprimento da sentença (ou, ainda, em sede de exceção de pré-executividade),[17] ou, ainda, na possibilidade de o título executivo veicular entendimento diametralmente oposto àquele consolidado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Em tais casos, aquilo que se dava como *certo* quando as portas do debate executivo se abriram – a exigibilidade da obrigação – acaba sendo colocado em segundo plano em função da presença de fatores que não só traduzem a mesma idéia de segurança jurídica, mas também carregam consigo o compromisso com outros fins igualmente relevantes (efetividade do processo, proteção de direitos fundamentais etc). Trata-se de resultado de um juízo de proporcionalidade, em sentido estrito, envolvendo princípios de âmbito constitucional, o qual resta traduzido na equação construída

---

[16] Segue-se, aqui, na mesma esteira da constatação feita por BUENO, Cassio Scarpinella. cit., p. 475, que aponta que o rol de matérias inscrito no art. 475-L do Código de Processo Civil, referente à impugnação ao cumprimento da sentença, é mais enxuto do que aquele inscrito no art. 745 da mesma codificação, concernente aos embargos à execução. Assim também, exemplificativamente, WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alli*. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2. 9ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 377. Posição sensivelmente distinta a respeito do tema pode ser vista, de outro lado, em RODRIGUES, Marcelo Abelha. In: JORGE, Flávio Cheim *et alli*. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo. Saraiva, 2006, p. 146.

[17] A respeito da relação entre prescrição e segurança jurídica, ver TONIOLO, Ernesto José. *A Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007, p. 72-73, em especial ao afirmar que "*modificando-se o perfil valorativo do instituto, cada vez mais voltado à segurança jurídica da coletividade, nada impede que deixe de ser considerada como exceção ou defesa do devedor, para ser aplicada pelo magistrado ex officio, assim como ocorre com a decadência*" (p. 73).

a partir da combinação de regras de *status* eminentemente legal.[18]

A presença de tais presunções faz com que seja equivocado falar em um verdadeiro *dever* do exeqüente quanto à prova da certeza e da exigibilidade do direito. Assim ocorre na medida em que o ponto de partida da atividade executiva é o de que os interesses do exeqüente se encontram sob o manto da incidência de regras de experiência que sustentam a referida presunção. Em havendo produção de provas capazes de infirmar a conclusão preliminarmente veiculada no título executivo quanto à existência ou à exigibilidade da obrigação nele inscrita, recai sobre os ombros do credor um *ônus* de provar o contrário. Restando o julgador em estado de dúvida ao final do processo no que se refere à prova de tais atributos da obrigação objeto do pleito de tutela jurisdicional executiva, o prejuízo recairá sobre os ombros daquele que demanda a tutela jurisdicional.[19]

No que tange à liquidez da obrigação inscrita no título executivo, o quadro a ser desenhado é consideravelmente mais complexo. A presença de debate nos autos com vistas à liquidação da obrigação inscrita no título executivo constitui-se em manifestação inegável da idéia de colaboração no processo civil. Impõe-se à parte exeqüente, inicialmente, o ônus de apresentar sua posição quanto ao alcance da prestação a ser satisfeita mediante o emprego de medidas executivas, mas também cumpre à contraparte o ônus de infirmar tais

---

[18] Sobre o funcionamento do raciocínio em sede de proporcionalidade em sentido estrito, passo último no emprego do postulado normativo aplicativo da proporcionalidade, ver, por todos, ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, *passim*.

[19] A respeito do funcionamento das regras sobre ônus de prova como regras de julgamento, ver, em uma visão clássica, MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traduzido para o espanhol por MELENDO, Santiago Sentís. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961, p. 193, e, numa abordagem contemporânea da realidade do processo civil brasileiro, ALVES, Maristela da Silva. *Esboço Sobre o Significado do Ônus de Prova no Processo Civil*. In: KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova Judiciária – Estudos Sobre o Novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 203-218.

argumentos. Nesse contexto, não só as manifestações das partes a respeito dos termos da liquidação são valoradas pelo ordenamento jurídico, mas também o silêncio dos litigantes acaba por ensejar a produção de resultados jurídicos diversos.

Um exemplo emblemático da sistemática anteriormente descrita pode ser visto na interpretação emprestada ao art. 475-B, §§ 1º e 2º do Código de Processo Civil. Nos casos em que a elaboração da memória do cálculo depender de dados existentes em poder do devedor, o juiz, a requerimento do credor, poderá requisitá-los, fixando prazo de até trinta dias para o cumprimento da diligência. Não atendida a determinação judicial no prazo apontado nem apresentada justificativa plausível, o silêncio do executado poderá ser tomado pelo julgador, em um juízo de valoração crítica, como concordância do devedor com o cálculo exeqüendo. Alerte-se, nesse ponto, que o executado será sancionado, em tal hipótese, com a perda da oportunidade de apresentação de impugnação ao cumprimento da sentença fundamentada exclusivamente em iliquidez da obrigação exeqüenda decorrente da desconsideração de tais dados na feitura do cálculo.[20] Trata-se, aqui, de mais um sintomático exemplo da existência de norma que impõe o dever de colaboração entre exeqüente e executado com vistas ao aprimoramento da qualidade da tutela jurisdicional.

Outra manifestação eloqüente do raciocínio ora exposto pode ser vista no art. 475-B, § 4º do Código de Processo Civil. Segundo tal comando, caso o credor venha a concordar com o cálculo apresentado pela contadoria judicial, far-se-á a execução pelo valor apurado pelo *expert*. Se, contudo, houver contraposição de parte do exeqüente a tal cálculo, a execução segue pela quantia pretendida pela parte, mas a penhora é restrita ao montante apurado pela contadoria. O silêncio do exeqüente em face do cálculo apresentado pelo

[20] Assim THEODORO JR., Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 192.

órgão auxiliar do julgador somente pode ser valorado como manifestação de concordância ou não na medida em que houver alerta expresso em tal decisão judicial a respeito das conseqüências a serem aplicadas em tal hipótese.

Uma linha semelhante permeia, ainda, a justificativa que permetra no art. 475-B, § 3º da lei processual civil ao estipular a atribuição de poderes ao juiz com vistas à determinação da liquidez da obrigação inscrita no título executivo judicial. O fato de haver uma repartição de ônus entre as partes no que tange a tal matéria não significa, por certo, que o julgador deva atuar como mero espectador do exercício da liberdade dos litigantes. Ao contrário, exerce o juiz um papel ativo no debate quando, observando que a memória apresentada pelo exeqüente aparentemente excede os limites da decisão exeqüenda, decide por remeter os autos à contadoria para aferir a correção ou não do *quantum* a ser demandado. Esse mesmo espírito que justifica os limites da outorga de um papel ativo ao órgão jurisdicional permite, ainda, que o julgador, como medida alternativa àquela indicada no comando ora citado, intime a parte exeqüente para que esclareça ou corrija o cálculo naquilo em que for obscuro ou errado.[21] Também é sob o signo dessa orientação que se mostra legítimo que o julgador adote uma postura crítica em relação ao cálculo apresentado, rejeitando o laudo da contadoria, ou, ainda, determinando a realização de outro cálculo com vistas à correta liquidação da sentença. Tudo isso ocorre justamente porque tanto o regime jurídico aplicável à conduta das partes quanto àquele referente ao agir do julgador têm como norte um objetivo comum, qual seja a efetividade da tutela jurisdicional executiva *stricto sensu*.

Todo esse quadro é permeado, ainda, pelos deveres impostos ao julgador com vistas à direção formal e material do processo. Ao juiz cumpre a tarefa de zelar pela regular

[21] A observação é feita por FLACH, Daisson. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord.). *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006. p. 57-58.

tramitação da marcha processual, fazendo com que sejam respeitados os prazos e formas estabelecidas pelo ordenamento jurídico com vistas à definição da dimensão dentro da qual será considerada legítima a sua atuação no que se refere à prática de atos executivos. Da mesma forma, cabe ao julgador conduzir a atividade de liquidação da sentença de maneira que o resultado ao final dela alcançado seja o melhor possível não só no que se refere à celeridade da marcha processual, mas também no que tange ao conteúdo da prestação jurisdicional.[22] A colaboração trazida pelas partes não exclui, por certo, a irrecusável tarefa outorgada pelo ordenamento ao juiz.[23]

Destaque especial, nesse sentido, deve ser dado às possibilidades abertas ao julgador de conhecer *ex officio* de defeitos que permeiem os cálculos apresentados pelas partes, em especial naquilo em que o preenchimento de lacunas em sede de liquidação de sentença depender de interpretação do alcance do ordenamento jurídico. É o que ocorre, por exemplo, no caso de o juiz impor às partes o dever de observar a fórmula estabelecida em lei com vistas ao cálculo do imposto sobre a renda naqueles casos em que se busque apurar o valor do indébito apurado a título de tal prestação tributária. Nessa esteira, não basta ao exeqüente simplesmente somar os valores que foram objeto de retenção indevida ao longo do exercício financeiro, mas é preciso que seja apresentado cálculo que espelhe a fórmula empregada em uma declaração anual de imposto sobre a renda, levando em conta todos os fatores que integram tal equação (deduções permitidas por lei, outros rendimentos auferidos ao longo do ano

---

[22] Sobre o problema da direção do processo em sentido material ("*when it tends to clarify the cause-material, e.g., examination of a witness by the court*") e em sentido formal ("*when it has to do with the external progress of the cause, e.g., setting a cause for hearing*"), ver MILLAR, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure*. In: ENGELMANN, Arthur (org.). *A History of Continental Civil Procedure*. Nova Iorque: Augustus M. Kelley Publishers, 1969, p. 23.

[23] A reflexão ora proposta pode ser vista, sob a forma de uma afirmação em sede de teoria geral, na lição de DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 117.

que sejam considerados tributáveis etc.), e não apenas aqueles que interessam a uma determinada parte. Se, de um lado, cabe às partes o dever de produzir a prova quanto à ocorrência ou não da retenção da tributação pela fonte pagadora, isso não significa que o juiz não deva ter atenção redobrada no que se refere à equação na qual tais valores atuam como fatores.[24]

3.2 A colaboração e a indicação de bens passíveis de penhora

Uma referência importante a ser considerada no novo paradigma hoje vigente em sede de processo de execução diz respeito ao alcance do dever de colaboração entre os sujeitos do processo com vistas à identificação dos bens sobre os quais pode recair a penhora.

Para que se possa efetuar uma análise atenta quanto ao alcance de tal dever de colaboração, impõe-se trazer, inicialmente, o marco regulatório estabelecido pelo Código de Processo Civil. Nesse sentido, cumpre mencionar, em primeiro lugar, o constante do art. 652, §3º, que prevê a possibilidade de estabelecimento *ope iudicis* de um dever imponível ao executado de informar nos autos a existência de tais bens. De outro lado, o art. 600, V do mesmo diploma legal qualifica como ato atentatório à dignidade da Justiça a conduta da parte que, regularmente intimada, não indica ao juiz, no prazo de cinco dias, quais são e onde se encontram os bens ou valores de sua propriedade que podem estar sujeitos à penhora nem apresenta qualquer justificativa.[25] Também merece atenção, ainda, o disposto no art. 652 § 2º, pelo qual é facultado

---

[24] Sobre o tema, ver, exemplificativamente, os seguintes julgados: Apelação Cível nº 200572000135335, Rel. Juíza Marciane Bonzanini, julgada pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 03/06/2008; Apelação Cível nº 200572010035295, Rel. Des. Luciane Amaral Correa Münch, julgada pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 06/05/2008; Apelação Cível nº 200671000273953, Rel. Juiz Eloy Bernst Justo, julgada pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 22/01/2008; Apelação Cível nº 200672000144869, Rel. Juiz Leandro Paulsen, julgada pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 02/10/2007.

[25] Nesse sentido, THEODORO JR., Humberto. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 61 e MITIDIERO, Daniel. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord.). *A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 57.

ao exeqüente indicar quais os bens sobre os quais entende que deva recair a penhora.

Do olhar atento para tais comandos é possível identificar um determinado estado de coisas que vincula os sujeitos do debate processual. Surge, nesse contexto normativo, um panorama no qual todos os participantes da dialética dos autos exercem papéis e exercem atividades que se entrelaçam em torno de um escopo comum. Sob o signo de tal orientação, os direitos, deveres, ônus e faculdades repartidos entre os sujeitos do debate processual são teleologicamente ordenados em função da viabilização da constrição de bens do executado, passo integrante da dinâmica de atos processuais que tende a culminar com a satisfação daquele interesse juridicamente protegido de que o exeqüente alega ser titular. A presença desse ponto de convergência entre tais posições serve como indicativo de que a divisão de cargas entre autor, juiz e réu é absolutamente equilibrada, constituindo-se em um meio que tende a assegurar a efetiva produção dos resultados que dele se espera.

De se notar que, sob o prisma da questão ora examinada, a efetividade do processo passa, necessariamente, pela presença de um juiz que não se limite a observar a atuação das partes, mas que com elas atue na construção do debate em sede de atividade processual executiva. O silêncio do juiz, em certas circunstâncias, leva não só ao esvaziamento do espírito de colaboração com o qual se compromete o Código de Processo Civil, mas também ao insucesso do próprio debate processual, que corre o risco de se transformar em um ritual estéril.

Ponto interessante a ser considerado reside na possibilidade de emprego de penhora *online* pelo julgador, questão que vem sendo vista pela jurisprudência cível como medida que se justifica nos casos em que demonstrado o esgotamento das diligências na busca de bens em nome do executado.[26]

---

[26] A respeito do entendimento ora citado, veja-se os seguintes julgados: Agravo de Instrumento nº 200804000141615, Rel. Juiz Marcelo de Nardi, julgado pela Primeira

Por certo que a prova a ser exigida em tal contexto será indiciária, não se impondo ao exeqüente o desafio invencível de produzir prova inequívoca quanto à inexistência de qualquer componente a compor o patrimônio do executado. A aferição da força a ser associada à prova indiciária dependerá, fundamentalmente, do contexto no qual desenvolve a atividade de instrução. Sob esse prisma, é razoável que se exija a demonstração da ausência de bens imóveis no município em que reside o demandado, mas, de outro lado, é absolutamente exagerada a conduta do julgador que, sob o argumento da referida necessidade de esgotamento dos meios de prova, acaba por inviabilizar a satisfação do crédito do demandante.

A presença de um juiz ativo também é determinante para que se possa garantir a efetiva aplicação do disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil. Nesse sentido, o ativismo não deve ficar adstrito apenas à prolação da decisão que autoriza o emprego do sistema BACEN-JUD, mas também no que tange à adoção de medidas em sede de instrução que permitam complementar aquele quadro incompleto desenhado a partir dos esforços empreendidos pela parte exeqüente nos limites de suas forças. Lembre-se, como já referido anteriormente, que a não apresentação, pelo executado, de notícia quanto aos valores que podem ser penhorados constitui-se em ato atentatório à dignidade da Justiça, ensejando, inclusive, a aplicação de multa que pode montar a até vinte por cento do valor executado, na forma do determinado no art. 601 do mesmo diploma legal.

Observe-se, ainda, que o dever de indicação de bens imposto pelos arts. 652 § 3º e 600, V do Código de Processo Civil vem acompanhado, ainda, de uma regra de ônus de prova que é construída a partir da exegese do constante do art.

Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 27/08/2008; Agravo de Instrumento nº 200704000315091, Rel. Des. Maria Lucia Luz Leiria, julgado pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região em 18/12/2007; Agravo de Instrumento nº 200704000315091, Rel. Juiz Eloy Bernst Justo, julgado pela Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em 06/11/2007.

649, IV. Por força desse aspecto, a impenhorabilidade da conta salário[27] fica condicionada à demonstração de tal situação, ainda que por indícios, pela parte interessada: havendo dúvida quanto a tal aspecto, a regra de julgamento a ser utilizada determina que o juiz deve decidir no sentido de que a constrição é lícita.

4 Conclusão

Sob o império da solidariedade social, a atuação dos sujeitos que dialogam no debate dos autos deve ser vista como verdadeiro trabalho conjunto, no qual as tarefas associadas a cada um deles é regida em função do todo maior no qual se inserem. A cooperação entre os participantes da dialética processual não se constitui em um simples protocolo de intenções situado no plano meramente ético, mas extrapola essas fronteiras e adentra o plano deôntico. A existência de real colaboração entre autor, juiz e réu pressupõe o correto entrelaçamento entre os direitos, os deveres, os ônus e as faculdades que lhes são associadas, que deixam de constituir problemas situados na esfera exclusivamente individual de cada um dos sujeitos do processo e passam a ser vistos como engrenagens de uma mecânica teleologicamente ordenada.

O desafio a ser enfrentado nos dias de hoje é o de ir além da simples promessa segundo a qual o processo deve perseguir os fins consagrados pelo ordenamento jurídico. Chegou o tempo no qual a promessa deve ser acompanhada pela presença de indicativos concretos que permitam alimentar a esperança daqueles que vêem no processo um caminho tendente à realização de justiça. A consagração de normas que impõem a efetiva colaboração entre os sujeitos do processo não só é uma exigência imposta pelo ordenamento jurídico

[27] Sobre o ponto, ver, exemplificativamente, as seguintes decisões: Agravo de Instrumento nº 70021110697, Rel. Des. Jorge Luiz Lopes do Canto, julgado pela Décima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul em 22.11.2007; Agravo de Instrumento nº 70007422967, Rel. Des. Claudir Fidelis Faccenda, julgado pela Décima Sexta Câmara Cível do Tribunal.

constitucional, mas também é um sinal de que o compromisso com a efetividade da tutela jurisdicional vincula a todos os participantes do processo.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord.). *A Nova Execução – Comentários à Lei nº 11.232, de 22 de dezembro de 2005*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (coord.). *A Nova Execução de Títulos Extrajudiciais*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do Formalismo no Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____ *Poderes do Juiz e Visão Cooperativa do Processo*. In: AJURIS, 90 (2003): 55-84.

ALVES, Maristela da Silva. *Esboço Sobre o Significado do Ônus de Prova no Processo Civil*. In: KNIJNIK, Danilo (org.). *Prova Judiciária – Estudos Sobre o Novo Direito Probatório*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios* – da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes Instrutórios do Juiz*. 2ª edição, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil*. Vol. 3. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª edição. Coimbra: Almedina, 2002.

CARNEIRO, Athos Gusmão. *Cumprimento da Sentença Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

COMOGLIO, Luigi Paolo. *Il 'giusto processo' civile nella dimensione comparatistica*. In: Revista de Processo, 108 (2002): 133-183.

DALL'AGNOL, Antonio. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 2. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 7ª edição. São Paulo: Malheiros, 1999.

JORGE, Flávio Cheim *et alli*. *A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil*. São Paulo. Saraiva, 2006.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Vol. 5, tomo II. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MICHELI, Gian Antonio. *La Carga de la Prueba*. Traduzido para o espanhol por MELENDO, Santiago Sentís. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1961.

MILLAR, Robert Wyness. *The Formative Principles of Civil Procedure*. In: ENGELMANN, Arthur (org.). *A History of Continental Civil Procedure*. Nova Iorque: Augustus M. Kelley Publishers, 1969.

THEODORO JR., Humberto. *As Novas Reformas do Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

_____. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

TONIOLO, Ernesto José. *A Prescrição Intercorrente na Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

REICHELT, Luis Alberto. *O Conteúdo da Garantia do Contraditório no Direito Processual Civil*. In: Revista de Processo, 162 (2008): 330-351.

WAMBIER, Luiz Rodrigues *et alli*. *Curso Avançado de Processo Civil*. Vol. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Diálogo, Participação e a Influência do Processo Cooperativo no Conteúdo da Garantia do Contraditório.

Marco Eugênio Gross[1]

1 Introdução. 2 Fundamentos Históricos e Políticos do Contraditório. 2.1 Fundamentos Históricos. 2.1.1 Contraditório e *Ordo Iudiciarius*. 2.1.2. O Contraditório e o *Processus*. 2.2 Fundamentos Constitucionais. 3 Contraditório e a Cooperação Processual. 3.1. Processo cooperativo e sua influência no conteúdo do contraditório. 3.2 A funcionalidade do contraditório. 4 Conclusão.

Resumo: O estudo examina o conteúdo e a funcionalidade do contraditório, em que se destaca justamente o diálogo, a participação e o processo cooperativo. Diante de toda essa conjuntura, supera-se a idéia de contraditório como mero conhecimento bilateral dos atos processuais, o que implica uma visão mais dinâmica da garantia, no sentido de que todos os interessados podem participar de modo efetivo de todo o procedimento, por meio do diálogo a respeito de todas as questões de fato e de direito, colaborando, por conseguinte, na investigação da verdade e da justiça, de modo a influir na formação do convencimento do juiz e na decisão judicial.

Palavras-chave: Contraditório. Diálogo. Participação. Cooperação. Procedimento.

Abstract: This study examines the content and the functionality of the hearsay, which highlights precisely the dialogue, participation and the cooperative process. In the presence of all this juncture, overcomes the idea of hearsay just as simple bilateral knowledge of processual acts, which implies in a more dynamic vision of guarantee in the sense that all the interested ones can participate effectively in the whole procedure, through dialogue about all issues in fact and rights, collaborating, therefore, in the research of truth and justice in order to influence the formation of the judge's conviction and the court decision.

Keywords: Hearsay. Dialogue. Participation. Cooperation. Procedure.

1 Introdução

Diz um provérbio alemão medieval que "a alegação de um só homem não é alegação; o juiz deve ouvir a ambas as

---

[1] Mestrando em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Sul

partes"; há, ainda, o conhecido aforismo romano que preceitua *audiatur et altera pars* (ouça-se também a outra parte).[2] Aí, pois, a expressão do princípio do contraditório, ou da bilateralidade da audiência, que, em nossa Constituição Federal, está amparado expressamente pelo art. 5º, LV.

Mas não se deve com isso concluir apressadamente que o contraditório implica simples conhecimento bilateral dos atos processuais, como, porém, assim defende Cândido Rangel Dinamarco, ao referir que essa conceituação "cobre todo o campo e abrange todo o conteúdo da garantia do contraditório".[3] Afinal, o contraditório possui significado bem mais amplo, já que deve ser entendido com "influência" no procedimento e até mesmo sobre o resultado do processo.[4] Ou, para ser mais claro, nas palavras de Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "o conteúdo mínimo do princípio do contraditório não se esgota na ciência bilateral dos atos do processo e na possibilidade de contraditá-los, mas faz também depender a própria formação dos provimentos judiciais da efetiva participação das partes".[5]

Essa definição do conteúdo do contraditório implica, necessariamente, a participação dos interessados no processo e, conseqüentemente, uma relação dialética e também cooperativa.

Por isso que dentro dessa perspectiva o presente trabalho é dividido em duas partes, sendo que na primeira serão analisados os fundamentos históricos e constitucionais do contraditório, em que se pretende demonstrar justamente

---

[2] MILLAR, Robert Wyness. *Los princípios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945. p. 47.

[3] DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 19, dez. 1981/ dez. 1982. p. 30.

[4] GRINOVER, Ada Pellegrini. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1980. p. 19. Também, nesse sentido, CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão da prova e a garantia do contraditório. *In* KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária*: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 31.

[5] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. Saraiva: Porto Alegre, 2003. p. 238.

a relação entre contraditório, participação, diálogo e cooperação. Já na segunda parte, estabelecida essa relação, define-se, ainda que brevemente, o processo cooperativo e sua influência no conteúdo do contraditório. Por fim, levando-se em conta toda essa conjuntura, explicita-se a funcionalidade do princípio do contraditório.

2 Fundamentos Históricos e Políticos do Contraditório

2.1 Fundamentos históricos

2.1.1 Contraditório e *ordo iudiciarius*.

Aponta-se que até o século XVII o modelo tradicional de processo vigorante era do *ordo iudiciarius*,[6] definido como uma "ordem isonômica", com caráter público, argumentativo e justificativo, tendo até mesmo sentido extra-estatal,[7] de modo que eventual intervenção do príncipe, ou de qualquer outra vontade externa, equivaleria a uma *pervetio ordinis*.[8]

Nesse procedimento medieval, encontra-se como fundamento o que hoje se define como "princípio do contraditório", cuja metodologia se resolvia na *ars opponendi et respondendi*,[9] de modo que o contraditório, sob esse aspecto, era instrumento de procura dialética da verdade provável,[10] e que era inspirado fundamentalmente na lealdade processual. [11]

---

[6] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Gênesis: Revista de Direito Processual Civil*, n. 27, jan./mar. 2003. p. 25.
[7] Conforme adverte corretamente Daniel Mitidiero, o vocábulo "extra-estatal", contudo, de modo algum pode "conduzir à idéia de qúe a jurisdição, na Idade Média, não ostentava caráter público (...)". O sentido da "extra-estatalidade", segundo o processualista gaúcho, é de que o *ordo judiciarius* era formado pela praxe dos tribunais e pela doutrina. (MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária*: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 71-72.
[8] PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.
[9] PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 129.
[10] PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 62.
[11] MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007. p. 59.

Pode-se dizer, assim, que a cultura jurídica era orientada por um caráter de problematicidade.[12]

Portanto, conforme aponta Nicola Picardi, "trata-se de uma verdade que nenhuma mente individual poderia pretender investigar autonomamente: o método tópico de investigação, com a contestação recíproca das partes, amplia o campo da informação".[13]

Da mesma forma, àquela época, nenhuma prova poderia ser utilizada como fundamento do julgamento se não tivesse sido submetida ao crivo desse contraditório, ou, mais especificamente, de sua valoração crítica.[14]

Assim, com o fito de reduzir a complexidade da causa, e até mesmo em razão do contraditório forte da época, o *ordo iudiciarius* era dividido em dois estágios: o primeiro tinha caráter preclusivo e era dedicado à delimitação dos fatos constitutivos em contraditório entre as partes, determinando, por conseguinte, o tema a ser provado. Somente depois dessa fase se procedia à realização probatória e, por fim, à decisão.[15]

Esse modelo processual, portanto, dependia dos princípios da dialética, e objetivava garantir a igualdade entre o juiz e as partes e entre as próprias partes (inclusive entre governados e governantes) – e, por isso mesmo, a denominação de "ordem isonômica"[16] Ou, em outras palavras, o *ordo iudiciarius*, conforme Daniel Mitidiero, "orientava-se por um pensamento problemático, de razão prática, pautado pela dialética entre os participantes do processo, cujos critérios fundamentais vão identificados na opinião e no consenso",

---

[12] REICHELT, Luiz Alberto. *Equilíbrio processual: adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002. p. 33.

[13] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 129.

[14] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 62.

[15] PICARDI, Nicola. p. 129-130.

[16] PICARDI, Nicola. p. 63.

de modo "que se buscava o direito através das controvérsias e das oposições dialéticas".[17]

Desse modo, o resultado final de todo esse processo era fruto de um trabalho coletivo.[18]

E o contraditório, como já dito, era o meio pelo qual tudo isso se concretizava, era o seu motor, representando "o único método e instrumento para a investigação dialética da verdade provável",[19] tendo, ainda, uma função de compensação,[20] já que se pretendia diminuir as diversas formas de desigualdade que se apresentavam no processo. Por isso tudo é que o contraditório oferecia ao juiz um conhecimento que nenhuma mente individual poderia fornecer.

2.1.2 O contraditório e o *processus*

Como já dito, havia íntima relação do *ordo iudiciarius* com a dialética, razão pela qual Scaccia, autor da época, por muitas vezes, invocou as obras lógicas de Aristóteles, que apresentavam a argumentação discursiva e provável, diferentemente da ciência demonstrativa e verdadeira. [21]

Contudo, a partir do século XVII, há uma mutação lógica: da lógica do provável, argumentativa e dialética, passa-se à lógica do real, demonstrativa e apodítica.[22]

Tanto é assim que outro autor dessa época, agora ligado à lógica do *processus*, Althusio indicou as regras fundamentais ditadas por Pierre de la Ramée, também conhecido por

---

[17] MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 58.
[18] REICHELT, Luiz Alberto. Op. cit. p. 37.
[19] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Op. cit. p. 229.
[20] Alessandro Giuliani, referindo-se ao *ordo iudiciarius* alvitra que "la prima regola del contraddittorio è la <compensazione> rispetto alle varie forme di ineguaglianza nel processo, tenendo conto di tutte Le circostanze relative Allá capacita dei difensori" (GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, a. XLIII, n. 3, ago./set.. 1988. p. 611).
[21] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 45.
[22] ZANETI JÚNIOR, Hermes. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. *In* MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 121.

Petrus Ramus, como princípios lógicos diretivos de suas obras jurídicas,[23] o que é extremamente relevante, pois, como lembra Nicola Picardi, "naquela época (...) os lógicos distinguiam-se em aristotélicos e ramistas, e o nome de Pierre de la Ramée era considerado sinônimo de ruptura com o clássico emprego que a lógica tinha herdado de Aristóteles".[24]

Aliás, para ressaltar essa mudança de rumo, cumpre salientar que, para Petrus Ramus, "a matemática constitui o protótipo para todas as formas de conhecimento, servindo como único valor indicativo válido da atividade cognoscitiva".[25] Não por menos, portanto, tem-se como traço comum dos pensadores da época: a) a refutação da silogística clássica que parecia então um jogo de verbalismos vazios; b) difusão da lógica metodológica cartesiana; c) colocação de temas e características que serão típicas da moderna lógica formal.[26]

Althusio, portanto, apresentava em sua obra *Dicaeologica*, na parte dedicada ao direito processual, uma análise que se inicia a partir de critérios racionalísticos-matemáticos, com representação panorâmica e esquemática, com tabelas sintetizadoras de toda a matéria.[27]

Deve ser destacado, ainda, que o *ordo iudiciarius*, justamente pela sua característica, levou ao fenômeno que se denomina *lites immortales*. Ou seja, houve o abuso da argumentação e, portanto, da própria tradição dialética do *ordo iudiciarius*, de modo que a dialética passou-se a mero jogo de palavras. Como não poderia deixar de ser, houve o fascínio, por parte dos processualistas, pelas novas correntes lógicas, já que "o raciocínio do tipo matemático devia mostrar-se particularmente adaptado a resolver os problemas de modo eficiente e a trazer uma contribuição ao problema de fundo: *de processibus abbreviandis*".[28]

---

[23] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 47.
[24] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 47.
[25] ZANETTI, JÚNIOR, Hermes. Op. cit. p. 124.
[26] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 49.
[27] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 49.

Somado a tudo isso, há a "estatalidade do processo", ou, para ser mais exato, a apropriação, por parte do príncipe, do *ordo iudiciarius*, o que fez desaparecer a autonomia e a independência dos juízes, que passaram a ter a função de executar a lei.[29] A lei, nesse contexto, passa a representar a vontade do soberano legislador, e não mais é reflexo da praxe dos tribunais.[30]

Todos esses fatores propiciam, então, a transformação do *iudicium* ao *processus*,[31] momento em que houve, conforme lembra Nicola Picardi, "uma instintiva desconfiança pela controvérsia, pelo diálogo e pelo testemunho. Neste período, em realidade, estava se afirmando uma 'lógica não dialógica do diálogo', que assinalava 'a passagem da arte do diálogo à arte da razão'".[32]

Dentro dessa lógica, houve decadência do princípio do contraditório, na medida em que se resumia a mera mecânica contraposição de teses e uma prova de força, de modo que a busca pela "verdade provável" foi substituída pela verdade objetiva, absoluta, pré-constituída, apresentando esse novo modelo de processo, por isso mesmo, um caráter "assimétrico".[33]

Daí, portanto, conforme lembra Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "a menção a uma simples audiência bilateral (*Grundsatz des beiderseitigen Gehörs*), garantia considerada atendida quando assegurada à outra parte a devida oportunidade de ser ouvida".[34]

Em suma, portanto, esse modelo processual, dito assimétrico, era todo ele pensado a fim de possibilitar a observância do direito estatal, no qual o juiz se converte em um sujeito

---

[28] PICARDI, Nicola. p. 58.
[29] REICHELT, Luiz Alberto. Op. cit. p. 47-48.
[30] GIULIANI, Alessandro. Prova (Filosofia Del Diritto). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1965. v. XXXVII. p. 543
[31] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 229.
[32] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 65-66.
[33] PICARDI, Nicola. p. 66.
[34] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 230.

superpartes e, por conseqüência, as partes tinham pouca participação na definição do jurídico, ainda mais se levarmos em conta o contraditório fraco da época.[35]

No final do século XIX, em consonância com o espírito positivista da época, o contraditório perdeu sua carga ético-ideológica, bem como qualquer ligação com a essência do fenômeno processual.[36]

Contudo, ao longo do século passado, houve a influência de novos valores, como, por exemplo, a ânsia por maior efetividade e, especialmente, a revitalização do caráter problemático do direito, que ocorreu graças à renovação do estudo da lógica jurídica. Somado a isso, começou a ocorrer o emprego dos conceitos juridicamente indeterminados, além das normais de princípio e de juízos de eqüidade, que acabaram por influenciar sobremaneira na aplicação do Direito. [37]

Como não poderia deixar de ser, tudo isso influenciou o processo e é justamente daí que decorre, segundo Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "a recuperação do valor essencial do diálogo judicial na formação do juízo, que há de frutificar pela cooperação das partes com o órgão judicial e deste com as partes".[38]

Somado a isso, deve-se levar em consideração da necessidade do processo estar em consonância com a ordem constitucional.

2.2 Fundamentos constitucionais

Dentro desse raciocínio, portanto, considerando-se o Estado Democrático proclamado pela nossa Constituição Federal, nada mais correto referir que "o processo precisa refletir as bases do regime democrático", sendo, portanto, efetivo "microcosmos democrático do Estado-de-direito, com

---

[35] MITIDIERO, Daniel. Op. cit. p. 66.
[36] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 138.
[37] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Op. cit. p. 230-231.
[38] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. Op. cit. p. 26.

as conotações de liberdade, igualdade e participação (contraditório), em clima de legalidade e responsabilidade".[39]

Assim, levando-se em conta essa relação entre a ordem constitucional e o processo, o contraditório encontra seu fundamento na dignidade da pessoa humana,[40] no próprio Estado Democrático de Direito e também na igualdade,[41] valores esses protegidos de forma expressa em nossa Constituição Federal.

Veja-se que, em respeito à dignidade da pessoa humana, evidentemente que as partes devem atuar de modo crítico em todas as fases do processo e também no seu resultado, o que é proporcionado justamente pelo contraditório, dispensando-se, dessa maneira, o tratamento da parte como simples "objeto" do pronunciamento judicial.[42] Afinal, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana está intimamente ligada à idéia da autonomia do ser humano, ou seja, de que o indivíduo é "senhor de si mesmo", de modo que ele é o formatador da sua própria existência.[43] Assim, sob esse viés, por óbvio que a parte também deve participar na formação do provimento jurisdicional, até mesmo porque é no final do processo que será formado um provimento jurisdicional que influenciará, em maior ou menor grau, na vida das partes –

---

[39] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p 27.

[40] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 9, n. 1, nov. 1993. p. 181.

[41] GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. Op. cit. p. 6.

[42] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 180.

[43] De acordo com Canotilho, essa idéia é "princípio material subjacente à idéia da dignidade da pessoa humana. Trata-se do *princípio antrópico* que acolhe a idéia pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (...) ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*Plastes et fictor*)". (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 225. Também Ingo Wolfgang Sarlet afirma que um dos elementos da dignidade da pessoa humana se centra na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2006. p. 45).

daí, pois, totalmente sensurável o tratamento da parte como simples "objeto" do pronunciamento judicial e sua ligação com a dignidade da pessoa humana. Em outras palavras: se um dos postulados da dignidade da pessoa humana é a autodeterminação, evidente que no processo, cuja decisão final inevitavelmente irá repercutir na vida de um dos litigantes ou até mesmo na de ambos, deve haver liberdade para que as partes possam exercer a sua vontade (dentro, evidentemente, dos limites impostos pelo sistema) a fim de influenciar naquilo que poderá lhes ser prejudicial ou não.

Também se pode extrair a correlação do Estado Democrático de Direito com o contraditório, na medida em que essa participação propiciada pelo contraditório é postulado inafastável da democracia, de modo que, a fim de se conter o arbítrio judicial, deve haver participação efetiva dos interessados.[44]

Além disso, não se pode desconsiderar que o contraditório se apresenta como um dos meios dirigidos à consecução da igualdade,[45] além de ser, de acordo com Ada Pellegrini Grinover, uma "contraposição dialética paritária e forma organizada de cooperação no processo",[46] identificando, por isso mesmo, esse princípio com a *igualdade de armas*.

Afinal, deve-se efetivamente ter no processo uma participação paritária, permitindo-se a intervenção dos interessados

---

[44] LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p 49. Efetivamente, não há como dissociar contraditório do Estado Democrático de Direito. Tanto é assim que Cândido Rangel Dinamarco, ao referir-se aos dois pólos do contraditório, informação e reação, alvitra que eles "correspondem afinal, como em um microcosmos, a dois postulados de maior espectro do próprio Estado democrático, que são a liberdade de informação e a participação da sociedade. Tem-se informação, é claro, para melhor poder participar". (DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 160).

[45] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. *In* ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). *Prova cível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 147.

[46] GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 7.

por meio de uma eqüitativa distribuição dos poderes, faculdades e ônus, com correspondência e equivalência entre as posições contrapostas.[47] Vale dizer: deve-se assegurar a ambas as partes poder de influir igualmente no processamento e no resultado do processo, sendo que elas devem ter as mesmas possibilidades de atuação e estarem sujeitas às mesmas limitações.[48] Nota-se, pois, que a igualdade das partes apresenta-se como verdadeiro suporte ao princípio do contraditório,[49] ou, em outras palavras, como "pressuposto para que o contraditório encontre ambiente propício ao seu cabal e pleno desenvolvimento".[50]

Desse modo, para se assegurar um contraditório efetivo, deve-se ter igualdade entre as partes, o que, por conseguinte, somente pode ser alcançado por meio de um juiz que assuma papel mais ativo no processo.[51] Vale dizer: não basta a simples oportunidade de *reação*, senão um juiz que seja capaz de efetivamente assegurar o contraditório,[52] ainda mais se considerarmos que somente um juiz com amplos poderes é que efetivamente poderá temperar desequilíbrios naturais existentes entre as partes.[53] É dessa maneira que se terá um contraditório equilibrado.[54]

---

[47] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 114.

[48] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. La igualdad de las partes em el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. P. 70.

[49] CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 19, dez. 1981/ dez. 1982. p. 41.

[50] MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 52. Ovídio A. Baptista da Silva também possui esse entendimento. Conforme o processualista, "para a completa realização do princípio do contraditório, é mister que a lei assegure efetiva igualdade das partes no processo, não bastando a formal e retórica igualdade de oportunidades". (SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 71).

[51] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 78.

[52] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 78.

[53] GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit. p. 8.

[54] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 78.

Assim é que, conforme aponta Barbosa Moreira, "se devem levar em conta as possibilidades que cada parte terá, *in concreto*, de exercer os direitos inerentes ao contraditório, e que ao juiz se impõe assegurar, na realização dos atos instrutórios, as condições mais favoráveis, em princípio, à participação eficaz dos litigantes".[55]

Não é por menos que "os poderes do juiz portanto integram e disciplinam o princípio do contraditório no sentido da igualdade entre os interessados".[56]

Mas, ao mesmo tempo, a vontade do juiz não é soberana, já que condicionada à vontade e ao comportamento das partes, além, é claro, dos próprios limites impostos pelo sistema.[57]

Aqui, portanto, já se nota que a definição do contraditório como simples ciência da bilateralidade dos atos, como dito em nota introdutória, efetivamente é falsa. Se levarmos em consideração todos os valores que a Constituição de 1988 dá relevo, nada mais correto concluir que é no contraditório que se apóia a noção de processo democrático, sobressaindo, aí, a máxima da cooperação.[58] Tudo isso, portanto, demonstra que o contraditório visa conferir direito, tanto ao demandante quanto ao demandado, de empenhar argumentos para influenciar na conformação da decisão judicial.[59] Além disso, é também instrumento por meio do qual se exerce o direito fundamental de participação.

---

[55] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 68.

[56] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. Op. cit. p. 148.

[57] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 114.

[58] ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005. p. 266-267.

[59] MITIDIERO, Daniel Francisco. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 37.

3 Contraditório e a Cooperação Processual:

3.1 Processo cooperativo e sua influência no conteúdo do contraditório

Como visto, a democracia participativa se reflete no processo. Ou seja, a democracia participativa reclama participação nas decisões.[60] Vale dizer: deve-se oportunizar efetiva participação àqueles que sofrerão os efeitos do provimento jurisdicional. Afinal, é "arbitrário o poder exercido sem a participação dos interessados".[61]

A participação é postulado inafastável da democracia e o processo, para ser legítimo, deve ser democrático e conseqüentemente participativo.[62]

Também aqui deve ser retomada a importância da relação dialética do processo[63] que, ao fim e ao cabo, é propiciada pelo contraditório.

Levando-se em conta essa conjuntura, chega-se à conclusão de que o contraditório proporciona verdadeiro debate entre o julgador e os litigantes acerca de todo o material que foi colhido durante o processo,[64] de modo que o próprio julgador vai ao encontro do contraditório.[65] Assim é que o juiz, no desenvolvimento do diálogo, se coloca ao lado das partes, vale dizer: a posição das partes e do juiz é paralela,[66]

---

[60] CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, Participação e Processo. In: *Revista Ciência Jurídica*, n. 6, jun.87. p. 21.

[61] DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. Op. cit. p. 155-156.

[62] DINAMARCO, Cândido. *A instrumentalidade do processo*. p. 156.

[63] Nessa parte do trabalho, não tem como deixar de se destacar a clássica passagem de Calamandrei, na qual o jurista italiano aponta o caráter essencialmente dialético do processo: "Il processo non è um monologo: è um dialogo, uma conversazione, uno scambio di proposte, di risposte, di repliche; um incrociarsi di azioni e di reazioni, di stimoli e di controspinte, di attachi e di contrattacchi". (CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. V. 1. p. 679).

[64] MITIDIERO, Daniel. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. Op. cit. p. 100.

[65] MITIDIERO, Daniel. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 55.

[66] GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n. 4, out./dez. 1966. p. 609.

com o que o julgador não ocupa mais uma posição super-partes, como no processo moderno.

Dessa maneira, a combinação da atividade das partes e do órgão judicial acaba sendo a estrutura inerente ao conceito de colaboração, de modo que o debate acerca das questões de fato e de direito faz com que o julgador não seja somente figura solitária e o resultado final do processo acaba sendo o produto dessa colaboração processual.[67]

No processo dito cooperativo, o contraditório ganha novamente um papel de destaque, sendo, como já dito e convém repetir, instrumento para o diálogo e, por conseguinte, de cooperação no processo, a implicar a previsão de deveres de conduta das partes e do órgão judicial, que são de pedir esclarecimento, consulta, prevenção e auxílio.[68] Ou seja, a estrutura cooperativa do processo reclama que todos os interessados, quando necessário, esclareçam eventuais dúvidas; de que as partes sejam intimadas para se manifestar a respeito tanto das questões de direito como das de fato e de que não sejam surpreendidas com determinada decisão[69]; e, por fim, que haja um auxílio entre todos os participantes, no sentido de não dificultar o trabalho das partes e do julgador, vale dizer, o exercício dos direitos.

Somado a isso, há o fato de que o *processo é procedimento em contraditório*, no qual, no *iter* de formação de um ato, contempla-se não somente a participação do autor, mas também do destinatário dos efeitos, justamente em contraditório.[70] Daí que Elio Fazzalari aponta que esse procedimento consiste na "simétrica paridade das posições das partes, na mútua implicação das suas atividades (destinadas, respectivamente,

---

[67] GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n. 4, out./dez. 1966. p. 587.

[68] SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo*: o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003. p. 591.

[69] DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. *Revista de Processo*, ano 30, n. 127, set, 2005. p. 76-78.

[70] FAZZALARI, Elio. Procedimento I – procedimento e processo (teoria generale). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986. v. XXXV. p. 827.

a promover e impedir a emanação do provimento)" surgindo, em razão disso tudo, um sistema de escolha, reação e controle que deve ser submetido ao controle e à reação da outra parte.[71]

Nota-se, portanto, na própria definição de Elio Fazzalari a respeito do processo, também uma estrutura dialética, que acaba por se configurar por meio do procedimento em contraditório. O processo, considerado como procedimento em contraditório, também reclama, assim, trabalho a ser desenvolvido pelo autor e pelo réu, de modo que cada um deve colaborar para o enfrentamento do problema posto no processo, justamente mediante o diálogo.

Não por menos, portanto, o contraditório, nessa perspectiva, se apresenta como um critério organizativo da força operante do processo,[72] já que, ao mesmo tempo em que permite uma efetiva participação das partes no processo, ele também acaba sendo, por isso mesmo, garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz e da justiça das decisões.[73] Afinal, graças ao contraditório é que a vontade do juiz não é absoluta, mas sempre condicionada à vontade e ao comportamento das partes[74] ao mesmo tempo em que a vontade e a atividade das partes acabam se adequando aos estímulos oriundos do comportamento do juiz e do adversário.[75]

---

[71] GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n. 4, out./dez. 1966. Conforme Luis Alberto Reichelt, o processo, como procedimento em contraditório, é "uma seqüência de atos ordenados sob a forma de uma estrutura dialética orientada com vistas à construção de uma sentença. Todos os sujeitos do processo deparam-se, no início do debate, com um problema a ser solucionado, o qual vem posto dentro de fronteiras bem delimitadas, relacionadas aos chamados elementos da ação (partes, pedido e causa de pedir). Trabalham eles de forma conjunta diante da questão proposta, cada qual trazendo a sua parcela de colaboração para o seu enfrentamento. O contraste e a conjugação das diversas manifestações produzidas no debate fazem com que o poder seja exercido de forma democrática quando da prolação da decisão"(REICHELT, Luis Alberto. *O conteúdo do contraditório no direito processual civil*. Porto Alegre, 2008. Lido no original, cedido gentilmente pelo autor. p. 8).

[72] GRASSO, Eduardo. Op. cit. p. 584.

[73] PIRES, Adriana. Prova e Contraditório. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). *Prova cível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 67.

[74] CALAMANDREI, Piero. Op. cit. p. 679.

[75] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Op cit. p. 114.

Não é por menos, portanto, que Calamandrei definiu o contraditório como "o princípio fundamental do processo, a sua força motriz, a sua garantia suprema".[76]

Logo, diante disso tudo, vale reiterar o que fora dito em nota introdutória: o conteúdo do contraditório faz com que a formação dos provimentos judiciais dependa da efetiva participação dos interessados. Ou, para ser mais objetivo: o conteúdo do contraditório é no sentido de que todos os interessados podem participar de modo efetivo de todo o procedimento, por meio do diálogo a respeito de todas as questões de fato e de direito, colaborando, por conseguinte, na investigação da verdade e da justiça, de modo a influir na formação do convencimento do juiz e na decisão judicial.[77]

Aí, portanto, a relação que o contraditório implica entre diálogo, participação e colaboração. Na verdade, tudo isso está intimamente ligado, justamente graças ao contraditório.

Evidentemente que isso implica, necessariamente, que cada parte conheça as argumentações do adversário, bem como os motivos e os fundamentos da decisão prolatada pelo órgão judicial,[78] além, é claro, da possibilidade das partes exporem suas pretensões e defesas, pleitear a produção de provas e de exercer o direito ao duplo grau de jurisdição.[79] Implica, conforme restou decidido no Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do MS 24.268/MG, "a) o direito de informação, que obriga o órgão julgador a informar à parte contrária dos atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes; b) o direito de manifestação, que assegura ao defendente a possibilidade de manifestar-se oralmente ou por escrito sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo; c) o direito de ver

[76] CALAMANDREI, Piero.Op cit. p. 678.
[77] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. Op. cit. p. 143.
[78] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. Op. cit. p. 238.
[79] LUMMERTZ, Henry Gonçalves. Op. cit. p. 51.

seus argumentos considerados, que exige do julgador capacidade, apreensão e isenção de ânimo para contemplar as razões apresentadas".[80]

Disso tudo, conclui-se que o contraditório, ao mesmo tempo em que garante a igualdade das partes, acaba por auxiliar na realização da justiça e garante a efetiva participação das partes,[81] tornando o processo legítimo, pois está em consonância com a idéia de democracia participativa, na medida em que há verdadeiro exercício de cidadania dentro do processo. O contraditório, assim, apresenta-se como um momento fundamental do juízo, sendo, também, um instrumento de operação do juiz.[82]

Por seu turno, o diálogo, proporcionado pelo contraditório, é deveras salutar, já que "amplia o quadro de análise, constrange à comparação, atenua o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado".[83]

Diante disso tudo, pode-se afirmar que é por meio do contraditório que se terá uma posição mais ativa das partes e até mesmo do próprio juiz, o que reflete, ao fim e ao cabo, na realização da própria Justiça.

3.2 A funcionalidade do contraditório

Dentro dessa lógica, portanto, o contraditório é onipresente, na medida em que deve ser observado tanto na apreciação do Direito como nas questões relativas à prova dos fatos alegados e também na apreciação dos fatos.

Por isso é que a concepção clássica que se tem no brocardo *iura novit curia*, qual seja, de que o juiz conhece o direito e pode investigá-lo de ofício, desvinculando o órgão

---

[80] STF, MS 24268/MG, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ 17.09.2004, p. 53.

[81] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Op. cit. p. 114-115.

[82] PICARDI, Nicola. Op. cit. p. 142.

[83] ALVARO DE OLIVERIA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. p. 234.

judicial a respeito do Direito das alegações e dos pedidos das partes, deve ser relativizada.[84]

Afinal, é evidente que a parte tem interesse em fornecer ao órgão judicial o seu ponto de vista jurídico que envolve a questão. Ademais, o próprio sistema processual demonstra que isso é relevante, pois permite a intervenção do revel (art. 322, parágrafo único, do CPC) - cuja revelia, como se sabe, restringe-se à matéria de fato, em qualquer fase do processo, além de determinar que o autor, em sua petição inicial, indique os fundamentos jurídicos (art. 282, III, do CPC), assim como o réu deve alegar, em sua defesa, a matéria de direito (art. 300 do CPC).

As partes, portanto, devem contribuir com seu ponto de vista acerca do Direito, do mesmo modo que não é aconselhável que o julgador se apóie em fundamento jurídico que seja surpresa para as partes.[85] Ou seja, o julgador, ao perceber que a decisão jurídica poderá tomar rumo inesperado, deve, em respeito ao contraditório e até mesmo ao princípio da colaboração, dar ciência às partes acerca desse novo enfoque jurídico, de modo a suscitar discussão acerca da possibilidade de aplicação da norma.[86]

Por meio, portanto, dessa colaboração sobre a questão de direito, será possível que delimite o conteúdo e o alcance de uma determinada norma.

Se, por exemplo, o contraditório efetivamente fosse observado até mesmo no que concerne à matéria de direito e também se levando em consideração esse processo cooperativo, por certo não ocorreria a situação verificada no Recurso Especial 253.452.[87] Ali se discutiu (de modo indireto) justamente se

---

[84] Não se deve, contudo, deixar de se reconhecer a importância dessa liberdade, já que ela "atua como instrumento de grande valia para o equilíbrio das partes e garantia de 'paridade das armas', na medida em que a ignorância do Direito, seu desconhecimento ou errônea interpretação, podem frustrar a tutela jurisdicional". (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os poderes do juiz... p. 28-29).

[85] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Os poderes do juiz... p. 29.

[86] GRASSO, Eduardo. Op. cit. p. 609.

[87] STJ, Recurso Especial 253.452-RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 30.08.2004.

o brocardo *iura novit curia* fere o contraditório. De qualquer modo, vamos aos fatos que envolvem este Recurso Especial: determinada pessoa ajuizou ação indenizatória contra uma empresa de transportes, porquanto fora atropelada por um coletivo da empresa demandada. A autora aforou a sua pretensão com base no art. 159 do Código Civil de 1916, ou seja, invocando a conduta culposa do preposto da ré.

Contudo, ao prolatar a decisão, a Juíza de Direito se baseou na norma inscrita no art. 1521, III, do antigo Código Civil, reconhecendo como responsável o patrão e acabou por inverter o ônus da prova em razão da culpa presumida do patrão.

No voto do Min. Relator Barros Monteiro, há referência expressa de que "na motivação do decisório, ao Juiz é facultado aplicar o direito em conformidade com o seu livre convencimento".

Embora não se desconheça que o ônus da prova seja uma regra de julgamento, nesse caso específico, ao que tudo indica, a autora sequer tinha cogitado a aplicabilidade daquela norma e, conseqüentemente, sequer o réu se preocupou a respeito. Portanto, levando-se em conta o conteúdo do contraditório já especificado e conseqüentemente o processo cooperativo, seria prudente que o julgador indicasse aos litigantes o artigo de lei que entendia aplicável. Deveria, portanto, ter influenciado o diálogo a respeito, a fim de que as partes pudessem ter participado na formação do provimento jurisdicional, o que, porém, não ocorreu.

Ou seja, se consideramos que, conforme aponta Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, "o Tribunal deve (...) dar conhecimento prévio de em qual direção o direito subjetivo corre perigo, permitindo-se o aproveitamento na sentença apenas dos fatos sobre os quais as partes tenham tomado posição" e de que "a liberdade concedida ao julgador na eleição da norma a aplicar (...) não dispensa a prévia ouvida as partes sobre os novos rumos a serem imprimidos ao litígio",[88] é evidente

[88] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 237.

que o julgador deveria, pelo menos, ter dito: "Digam as partes acerca da possibilidade de aplicação da regra insculpida no art. 1521, III, do Código Civil".

Evidencia-se, pois, que o diálogo e a cooperação, proporcionado pelo contraditório, podem impedir a ocorrência de decisões arbitrárias e a obstrução da consecução da justiça.

Contudo, deve-se destacar que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou no sentido de que "o exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito dos fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica".[89]

Tendo em vista, pois, esse conteúdo do contraditório, também não se pode alegar que a iniciativa do juiz em relação à instrução probatória fere esse princípio. Afinal, como várias vezes foi dito, necessita-se sim de um juiz mais ativo e se necessita também de um constante diálogo entre as partes e das partes com o juiz, além de que o conteúdo mesmo do contraditório implica a participação de todos os sujeitos interessados no processo. Demais disso, o próprio artigo 130 do Código de Processo Civil menciona que compete ao órgão judicial de "ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução da causa".

Assim, no particular, conforme aponta Barbosa Moreira, em um primeiro momento se tem que "a garantia do contraditório significa, antes de mais nada, que ambas as partes se hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas", de que "não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial" e de que "as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados".[90]

---

[89] STF, MS 24268/MG, Tribunal Pleno, Relator para Acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJ 17.09.2004, p. 53.

[90] BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução... p. 67.

Essas ponderações de Barbosa Moreira, somadas ainda ao conteúdo do contraditório e até mesmo ao processo cooperativo, levam à idéia de que o contraditório é também fator para que o juiz seja ativo da instrução da causa, de modo que a atividade probatória seja exercida pelas partes juntamente com o magistrado.

Afinal, como bem ponderou Sérgio Luís Wetzel de Mattos, "a odisséia processual se resolve, à evidência, no exercício conjugado dos poderes instrutórios pelo juiz e do direito à prova pelas partes, para fins de formação da convicção judicial".[91]

Além disso, não se pode deixar de considerar que a iniciativa do julgador em matéria probatória faz com que ele fique mais perto da certeza a respeito dos fatos,[92] já que, inevitavelmente, essa atuação mais ativa faz com que o processo reflita de modo mais fidedigno a realidade a ser analisada.[93]

Por fim, não se pode deixar de se reconhecer que o contraditório está diretamente relacionado ao valor segurança. Afinal, sem dúvida que quanto maior for a busca pela efetividade, inevitavelmente haverá certa compressão deste princípio, com o que o contraditório acaba se adaptando à finalidade e à estrutura de determinada função processual.[94]

Como exemplo clássico, pode-se citar o art. 273 do Código de Processo Civil, em que, visando o valor efetividade, verifica-se o abrandamento do contraditório, tendo em vista a possibilidade de concessão de liminar *inaudita altera parte*, a despeito dos requisitos impostos pelos incisos I e II deste artigo, bem como da necessidade de observância de seus §§ 1º e 2º. Nota-se que, nesses casos, a participação do interessado

---

[91] MATTOS, Sérgio Luís Wetzel de. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Op. cit. p. 76.
[92] BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 14.
[93] REICHELT, Luiz Alberto. *Equilíbrio processual: adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. Op. cit. p. 161.
[94] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. *Do formalismo no processo civil*. Op. cit. p. 120.

ocorrerá em momento posterior à decisão judicial, até mesmo porque há a possibilidade da decisão ser revogada ou modificada.[95]

Na fase de execução, como não poderia deixar de ser, há o contraditório, até mesmo porque é uma fase processual, sendo, portanto, continuação do processo. Ademais, conforme aponta Cândido Rangel Dinamarco, se a execução deve se processar pelo modo menos gravoso, conforme art. 620 do CPC, não haveria como dar efetividade a essa regra senão mediante o princípio do contraditório.[96] Outrossim, evidentemente que o devedor, como não poderia deixar de ser, tem o direito de participar da fase executiva, de modo a fiscalizar o seu andamento e evitar abusos[97] – o que também, sob esse aspecto, acarretaria ofensa até mesmo à própria dignidade da pessoa humana[98] – com o que, a sua não participação, tornaria essa fase ilegítima.[99]

Todavia, o contraditório é parcial, na medida em que os poderes probatórios e de asserção das partes são limitados, assim como os provimentos do juiz,[100] além de que não haveria razão para a reabertura de debates nele já realizados.[101]

---

[95] MATTOS, Sérgio Luíz Wetzel de. Op. cit. p. 73.

[96] DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I. p. 218.

[97] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 121.

[98] A respeito da relação entre contraditório e dignidade da pessoa humana, vide item 1.2.

[99] DINAMARCO, Cândido Rangel. Op. cit. p. 218.

[100] ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. p. 122.

[101] Vale, aqui, a transcrição das palavras de Guilherme Rizzo Amaral, em que, em nossa opinião, demonstra muito bem a razão pela qual o contraditório, nessa fase processual, é parcial. Aduz o processualista gaúcho: "Muito embora milite, na fase de execução de título judicial, forte presunção de que o autor tenha razão, é evidente que, em se tratando de continuação do processo, e sendo esse caracterizado por um procedimento em contraditório, não pode estar ausente a possibilidade de o executado opor-se à invasão de sua esfera jurídica. Evidentemente, as questões já decididas na fase cognitiva não poderiam ter a sua discussão reaberta. Aqui, parece-nos, acima de tudo, que se conjugam tanto a efetividade quanto a segurança em torno da mesma idéia (...). Mostra-se mais efetivo o processo ao evitar-se a sua delonga pela reabertura de debates nele já realizados, assim como se prestigia a segurança jurídica ao ser defendida a estabilidade das situações jurídicas definitivas

Por isso que a matéria que pode ser deduzida na impugnação é bastante limitada. Assim, a fase de execução, até mesmo pela sua própria natureza, faz com que o contraditório seja limitado.[102]

4 Conclusão

Diante de tudo o que foi exposto, impõem-se algumas conclusões relativamente ao conteúdo e à funcionalidade da garantia do contraditório:

1. O contraditório não implica somente simples conhecimento bilateral dos atos processuais. O conteúdo mesmo do contraditório é no sentido de que todos os interessados podem participar de modo efetivo de todo o procedimento, por meio do diálogo a respeito de todas as questões de fato e de direito, colaborando, por conseguinte, na investigação da verdade e da justiça, de modo a influir na formação do convencimento do juiz;

2. O contraditório, portanto, reclama participação no processo, refletindo, desse modo, a democracia participativa proclamada pela nossa Constituição Federal. Do mesmo modo, em respeito à dignidade da pessoa humana, deve haver participação na formação do provimento jurisdicional. Por conseguinte, dessa participação, pode-se extrair a dinâmica dialética do processo e, conseqüentemente, a cooperação que envolve todos os interessados;

3. Além disso, deve-se levar em consideração que o processo é procedimento em contraditório, que possui uma estrutura dialética, justamente em razão do contraditório;

(no caso, a sentença proferida) (AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 219).

[102] NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 144. Também Carlos Alberto Alvaro de Oliveira aponta que em face da *"peculiaridade estrutural dessa função processual"*, trata-se de um contraditório parcial e atenuado (ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Op. cit. p. 122).

4. A participação e o diálogo proporcionados pelo contraditório, que acabam por possibilitar a influência das partes na formação do convencimento do juiz e no conteúdo da decisão judicial, faz com que ele mesmo (o contraditório) seja um instrumento para se evitar o arbítrio;

5. Para se ter um contraditório efetivo, necessita-se de igualdade entre as partes, o que, por sua vez, somente pode se concretizar por meio de um juiz mais ativo; ao mesmo tempo, o contraditório também é garantia de igualdade;

6. Considerando-se essa definição do conteúdo do contraditório, percebe-se que ele é onipresente no processo, sendo um critério organizativo da força operante do processo;

7. Por essa mesma razão é que ele deve ser observado tanto em relação às questões de fato como na de direito, evitando-se, desse modo, decisões que sejam surpresa para as partes;

8. O contraditório está diretamente relacionado ao valor segurança. Contudo, em respeito à efetividade, verifica-se o seu abrandamento.

Referências

ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A garantia do contraditório. In: *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 227-243.

_____. *Do formalismo no processo civil*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. O juiz e o princípio do contraditório. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, vol. 9, n. 1, p 178-184, nov. 1993.

_____. Poderes do juiz e visão cooperativa do processo. In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, n. 27, p. 22-51, jan./mar. 2003.

AMARAL, Guilherme Rizzo. *Cumprimento e execução da sentença sob a ótica do formalismo-valorativo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A garantia do contraditório na atividade de instrução. In: *Temas de Direito Processual (Terceira Série)*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 65-77.

_____. La igualdad de las partes em el proceso civil. In: *Temas de Direito Processual (Quarta Série)*. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 67-81.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Poderes instrutórios do juiz*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia. In: *Opere giuridiche*. Napoli: Morano, 1965. V. 1. p. 618-702.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Democracia, Participação e Processo. In: *Revista Ciência Jurídica*, n. 6, p. 13-24, jun.87.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARPES, Artur Thompsen. Apontamentos sobre a inversão da prova e a garantia do contraditório. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária*: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 27-49.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. O princípio da igualdade processual. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 19, p. 39-44, dez. 1981/ dez. 1982.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. O princípio da cooperação: uma apresentação. In: *Revista de processo*, ano 30, n. 127, p. 75-79, set. 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A Instrumentalidade do Processo*. 13ª ed, São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Instituições de Direito Processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2001, vol. I.

_____. O princípio do contraditório. In: *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, n. 19, p. 21-38, dez. 1981/ dez. 1982.

FAZZALARI, Elio. Procedimento I – procedimento e processo (teoria generale). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1986. v. XXXV.

GIULIANI, Alessandro. L'ordo iudiciarius medioevale. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XLIII, n. 3, p. 598-614, ago/set. 1988.

_____. Prova (Filosofia Del Diritto). In: *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1965. v. XXXVII.

GRASSO, Eduardo. La collaborazione nel processo civile. In: *Rivista di Diritto Processuale*, ano XXI, n. 4, p. 580-609, out./dez. 1966.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Defesa, contraditório, igualdade e *par conditio* na ótica do processo de estrutura cooperatória. In: *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1980. p. 1-16.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório. In: *Novas tendências do direito processual*. São Paulo: Forense Universitária, 1980. p. 17-44.

LUMMERTZ, Henry Gonçalves. O princípio do contraditório no processo civil e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: ALVARO DE OLIVEIRA,

Carlos Alberto (Coord.). *Processo e Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 47-94.

MATTOS, Sérgio Luís Wetzel. *A funcionalidade do devido processo legal: devido processo substantivo e justo processo civil na Constituição da República Federativa de 1988*. 2008. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

_____. *Da iniciativa probatória do juiz no processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. Iniciativa probatória do juiz e princípio do contraditório no processo civil. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). *Prova cível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 131-151.

MILLAR, Robert Wyness. *Los princípios formativos del procedimiento civil*. Buenos Aires: Ediar, 1945.

MITIDIERO, Daniel. A lógica da prova no *ordo judiciarius* medieval e no *processus* assimétrico moderno: uma aproximação. In: KNIJNIK, Danilo (Coord.). *Prova judiciária*: estudos sobre o novo direito probatório. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 69-92

_____. *Bases para construção de um processo civil cooperativo: o direito processual civil no marco teórico do formalismo-valorativo*. 2007. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2007.

_____. *Elementos para uma teoria contemporânea do processo civil brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

_____. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PICARDI, Nicola. *Jurisdição e Processo*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PIRES, Adriana. Prova e Contraditório. In: ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto (Coord.). *Prova cível*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 65-83.

REICHELT, Luiz Alberto. *Equilíbrio processual: adequação à realidade, colaboração e diálogo na busca de um novo modelo de ordem isonômica processual*. 2002. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2002.

_____. O conteúdo da garantia do contraditório no direito processual civil. Porto Alegre, 2008. 23 p. Lido no original, cedido gentilmente pelo autor.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Ovídio A. Baptista. *Curso de Processo Civil:* processo de conhecimento. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003

SILVA, Paula Costa e. *Acto e Processo:* o dogma da irrelevância da vontade na interpretação e nos vícios do acto postulativo. Coimbra: Coimbra, 2003.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. *A constitucionalização do processo: a virada do paradigma racional e político no processo civil brasileiro do Estado Democrático Constitucional*. 2005. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2005.

_____. O problema da verdade no processo civil: modelos de prova e de procedimento probatório. In: MITIDIERO, Daniel; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil: primeiras linhas de um paradigma emergente*. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 115-164.

Segunda Parte:
Fundamentos Teórico-Filosóficos da Experiência Jurídica

A Amizade como o Fim do Direito em Aristóteles

Alejandro Montiel Alvarez[1]

1 Introdução. 2 A Justiça. 3 A Amizade. 4 A Amizade como o Fim do Direito. 5 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo busca estudar a inter-relação entre as duas formas básicas dos homens se relacionarem – a amizade e a justiça – e sua implicação no Direito, através da teoria aristotélica; principalmente, delimitar o objeto do Direito na justiça e sua finalidade na amizade.

Palavras-chave: Direito. Filosofia. Filosofia do Direito. Ética. Aristóteles. Ética a Nicômaco. Ética a Eudêmo. Teoria da Justiça. Amizade.

Abstract: This paper intends to study the interrelation between the two basic forms of men interacting to each other – Friendship and Justice – and it's implication on Law based on the Aristotelian theory; especially to bound the object of Law in Justice and the aim of Law in Friendship.

Keywords: Law. Philosophy. Philosophy of Law. Ethics. Aristotle. Nicomachean Ethics. Eudemian Ethics. Justice Theory. Friendship.

1 Introdução

Para entender o direito, como compreendido na Tradição Aristotélica, deve-se entender a inter-relação entre as duas formas básicas dos homens se relacionarem: a amizade e a justiça. Estas têm entre si muitas semelhanças, como se desenvolverá melhor no decorrer de suas análises no corpo deste trabalho. Entre essas semelhanças, pode-se observar que ambas se situam dentro do mesmo *âmbito*, dividem o mesmo *objeto* e o mesmo *sujeito* e, ainda, têm a mesma *extensão*. Isto é, em toda a *comunidade* (âmbito) existe algum tipo de justiça e também de amizade; a amizade e a justiça se referem às mesmas *coisas* (objeto); pertencem às mesmas *pessoas* (sujeito); e têm a mesma extensão. Além dessas semelhanças,

---

[1] Mestre em Filosofia do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) e Doutorando em Filosofia do Direito pela mesma Universidade.

as duas têm em comum o grande interesse de Aristóteles em sua investigação. Enquanto à amizade são dedicados dois livros dos dez da EN e mais um entre os oito da EE; à Justiça não só é dedicado um Livro em cada uma das Éticas, como também uma de suas obras perdidas, *Da Justiça*, citada por Cícero. Em que pese o grande interesse de Aristóteles por estas teorias na Ética, é na Política que o Filósofo demonstra seu principal uso.

Tanto a amizade quanto a justiça dizem respeito a uma *relação*:[2] a relação de igualdade ou desigualdade que é própria da política e é matéria do direito. Aqueles que são iguais em cidadania, e têm acesso à esfera pública, e aqueles que são desiguais, e buscam essa igualdade, se relacionam apenas de duas formas: ou por amizade; ou por justiça. De tal forma que ambas, nas suas diferentes formas, são constitutivas do fenômeno político. E dão conteúdo à ação política e ao direito, uma vez que esses são fenômenos sempre relacionais.

2 A Justiça

O termo homérico para designar, em geral, o direito era *themis*, o qual indicava o compêndio das grandezas cavaleirescas que, etimologicamente, significava 'lei'. O conceito de *dike*, por outro lado, não é claro, vem da linguagem processual, de dar e receber *dike* – o culpado 'dava *dike*' ao lesado que a recebia. É daí que vem o sentido dado ao termo na *polis*, posterior aos tempos homéricos: "[...] equivale aproximadamente a dar a cada um o que lhe é devido".[3] Então, *dike* passou a significar o cumprimento da justiça, ao contrário de *themis*, que se referia à autoridade, à legalidade e à validade do direito, dando, assim, vazão para que, a partir das lutas sociais na Grécia, a bandeira das massas passasse a ser a busca pelo direito (*dike*) e o fim da lei autoritária (*themis*).

---

[2] AQUINO, Tomás de. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, VIII, Lição IX, 1180.

[3] JAEGER, Werner. Paidéia. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 135.

Foi o sentido de igualdade presente na acepção de *dike* ('devolver exatamente o que se recebeu') que norteou a busca por uma medida justa para a atribuição do direito. O processo de expansão e mecanização da igualdade se dá em duas etapas: (a) as massas lutaram contra a *themis* que expressava a lei autoritária da nobreza, conquistando o governo; (b) posteriormente, em razão dos excessos causados pelo governo das massas, buscou-se (movimento realizado também pelos nobres) que a *dike* fosse expressa em lei escrita, para dar efetividade à igualdade. Essa evolução também se deu no campo da linguagem. Faltava um conceito próprio daquela proteção contra as transgressões, assim, adotou-se o termo abstrato *dikaiosyne*, que passou a ser a virtude do homem grego dos tempos pós-homéricos.[4]

Inserido nesse contexto, Aristóteles, no Tratado da Justiça, demonstra exatamente o seu lugar e papel na evolução moral grega. O Livro V é baseado nos dois sentidos correntes da palavra justo (*dikaion*) – legal e igual. Aristóteles, o primeiro a sistematizar a justiça, propõe sua divisão – em legal e igual[5] – conforme o seu duplo aspecto: *themis* e *dike*: a primeira expressa-se no justo geral, correspondente à visão aristocrática das virtudes; enquanto a última expressa-se na justiça particular, cujo fundamento está na virtude própria da democracia – a *dikaiosyne*. Contudo, esse tratado é uma evidência da decadência da *pólis*. A justiça fundada na igualdade e na liberdade de todos os cidadãos deixava de existir no momento em que Aristóteles escrevia a Ética a Nicômaco, não havendo mais lugar, portanto, para a realização das virtudes. Ele, então, pretendia refundar a justiça nas relações concretas existentes em toda sociedade, sem jamais esquecer que a justiça não se reduz apenas a fazer coisas justas, mas que necessita de uma disposição interior.[6]

---

[4] JAEGER, Werner. Paidéia. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 134 – 138.
[5] Os quais foram claramente distinguidos apenas em Aristóteles. Ver: Gauthier e Jolif. L'Ethique a Nicomaque, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris: 1959, P. 327.
[6] Gauthier e Jolif. L'Ethique a Nicomaque, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris: 1959, p. 327-328.

É sobre essa teoria da justiça que Aristóteles desenvolve sua teoria jurídica – a qual terá influência preponderante nos séculos seguintes[7] – sendo, portanto, a identidade do direito em Aristóteles fundada na justiça; sua causa formal.

Segundo Aristóteles: "[a] justiça é uma virtude pela qual cada um tem o seu segundo a lei; enquanto que a injustiça é um vício, pelo qual se possui o alheio contrariamente ao que ordena a lei".[8] Para formular o conceito de justiça (*dikaiosyne*), Aristóteles parte, novamente, de uma opinião compartilhada, qual seja, a justiça é um *hábito* (*héxis*) pelo qual alguém está disposto a: a) praticar o justo (*dikaion*), b) agir justamente e c) querer o que é justo. Na seqüência, com base nisso,[9] propõe seu método, aplica a potência dos contrários;[10] assim, de uma análise negativa, ou seja, através da análise do injusto, infere que, da mesma forma que se dá o injusto, se dará o justo. O injusto diz respeito ao ilegal e ao desigual, assim, o justo diz respeito ao *legal* (*nomimon*) e ao *igual* (*ison*).[11]

Para entender melhor o desenvolvimento disso, se faz necessário adiantar que Aristóteles expõe a justiça sob duplo aspecto:

a) como forma de se relacionar com os demais membros da comunidade (*virtude completa*); ou seja, a justiça, como virtude completa, é a expressão de qualquer das virtudes de determinado agente (coragem, temperança, prudência...) usada para a realização do bem de toda comunidade.[12] O

---

[7] FREUND, Julien. Politique et Impolitique. Paris: Éditions Sirey, 1987. P. 283 – 284. Ver também: Werner Jaeger. Paidéia. São Paulo: Martins Fontes, 2001. P. 139.

[8] Ret., Livro I, 1366 b.

[9] Aristóteles utiliza, assim, o método típico da dialética. Gauthier e Jolif. Léthique a Nicomaque - Introduction, tradution et commentaire. P. 330.

[10] A potência dos contrários é, primordialmente, o método de circunscrição do objeto. Assim como a matemática trata dos pares e dos ímpares e a medicina da saúde e da doença. Para uma análise dos contrários, ver: Tópicos, II, 7, 112 b 27 e ss.

[11] Antes de Aristóteles, as noções de legal e igual, assim como, de ilegal e de desigual eram intercambiáveis. É na EN que esta distinção se tornou clara. Gauthier et Jolif. Léthique a Nicomaque - Introduction, tradution et commentaire. P. 336.

[12] "O termo 'geral' aplicado a este tipo de justiça refere-se à sua abrangência: todos os atos, independentemente da sua natureza, na medida em que são devidos à comunidade

exemplo dado por Aristóteles é a ação de um guerreiro ao enfrentar a batalha, cujo aspecto é duplo: *em relação ao agente* (o guerreiro), é um ato de coragem (expressão da justiça particular), ao passo que, *em relação à comunidade*, é um ato de justiça (expressão da virtude completa), ou seja, é aquilo devido à comunidade;

b) como hábito (*virtude particular*), cuja natureza não é distinta das demais virtudes particulares (como coragem, prudência, temperança etc).[13]

Conclui-se, assim, que a justiça é sempre relacional, isto é, sempre tem por finalidade o bem do outro.[14] Porém, enquanto a justiça geral (virtude completa) visa diretamente ao bem da comunidade em geral – o bem comum – e indiretamente ao bem dos indivíduos, a justiça particular (virtude particular) visa diretamente ao bem do particular e indiretamente ao bem comum.[15]

Voltando ao desenvolvimento da idéia de justo como legal e como igual, tem-se que a idéia do justo geral se alicerça na expressão legal do justo,[16] pois as leis: a) se ocupam de todas as matérias (principalmente, as demais virtudes); b) buscam ao bem comum (de acordo com o definido por cada diferente regime); e, c) determinam o próprio de cada um. Chega-se, portanto, ao justo que produz ou preserva a felicidade ou seus elementos para a comunidade política.[17] E a ação justa, do ponto de vista geral, é a adequação da ação ao que é devido à comunidade. De tal forma, além da justiça

---

para que esta realize o seu bem, constituem deveres de justiça". Luis Fernando Barzotto. Justiça Social. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 50, 2003. P. 21.

[13] EN, V, 1129 b 20 – 1130 a, 10.

[14] Somente a justiça parece referir-se a um bem alheio, que é em relação ao outro, enquanto tende a agir o que é útil para o outro, para a comunidade ou para seus governantes. AQUINO, Tomás de. Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, 643.

[15] AQUINO, Tomás de. Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, Lição III, 650. Ver também: Ret., Livro I, 1373 b.

[16] BARZOTTO, Luis Fernando. Justiça Social. Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, v. 50, 2003. P. 20 - 21.

[17] EN, V, 1129 b 1 – 15.

geral, existe, também, uma justiça particular, a qual subjaz a idéia do justo como igual. Esta (a justiça particular) é apenas uma virtude entre as demais (relação de gênero e espécie); faz parte da justiça geral. Em seu contrário, há uma injustiça particular.[18]

Toda ação que viola a lei, portanto, faz parte da injustiça geral e, também, corresponde a um vício particular, como: cometer adultério é, em relação à justiça geral, um ato injusto para com a comunidade; mas como vício, é uma ação licenciosa. Ocorre que certos vícios são cometidos impropriamente aos fins de determinadas ações, como cometer adultério em vista de ganhos materiais. Neste caso, o vício cometido não pode mais ser uma ação licenciosa. A injustiça particular vem preencher a lacuna existente entre os vícios apresentados.[19] Há uma injustiça particular sempre que o agente vise ter mais bens e menos males do que lhe corresponde; conseqüentemente, há uma justiça particular sempre que se vise alcançar o devido nas parcelas de bens e males. Ou seja, a injustiça particular é um vício impróprio, o qual pode se manifestar nos mais diversos tipos de ação.[20]

A matéria própria do direito, nos estudos aristotélicos, reside no ato de atribuir o próprio de cada um, ou seja, no ato de dar a cada um o "devido", para que seja (re)estabelecida a igualdade. O "devido" dá-se de diferentes formas: ao passo que, o devido na justiça geral é a conformidade das ações dos indivíduos às disposições da comunidade na forma da lei; na justiça particular, o devido é a igualdade. A igualdade, por sua vez, se estabelece exatamente no termo médio entre alguma das partes "ter em excesso" ou "ter em falta", pois o *devido é a igualdade*, e a igualdade, para Aristóteles, é o meio termo. A igualdade, porém, pode se formar entre diferentes

---

[18] Tomás de Aquino comenta que Aristóteles procede assim, pois os hábitos se manifestam por seus contrários. Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, Lição III, 647.

[19] Pois a todo tipo de injustiça geral corresponde um vício específico, ou seja, violar a lei em busca de um ganho pessoal corresponde ao vício da injustiça particular. EN, V, 1130 a 27.

[20] EN, V, 1130 a 15 – 35.

termos comparativos (pessoas, coisas, ações e as diversas formas de combinações destes termos).[21] Em razão disso, a justiça particular subdivide-se em justiça distributiva e justiça corretiva: a justiça distributiva é aquela que se aplica à distribuição dos bens ou dos males entre os membros da comunidade, por exemplo, honras e trabalhos pesados, igualando pessoas a coisas; enquanto a justiça corretiva diz respeito aos tratos nas relações entre os indivíduos (voluntários ou involuntários), igualando coisa com coisa.[22]

A justiça distributiva opera na distribuição tanto dos bens quanto dos males[23] da comunidade aos seus membros – relação da comunidade com seus membros –, ou seja, na atribuição de coisas que, em um primeiro momento, são comuns a determinados indivíduos; baseia-se em um critério[24] ao qual subjaz a igualdade dos membros que concorrem aos bens[25] escassos da comunidade. Assim, se estabelece ao menos quatro termos - duas pessoas (A e B) e dois bens[26] (C e D) - nos quais percebe-se duas relações distintas: A está para C; e B está para D. A justiça distributiva é a proporção dessas duas relações, a qual Aristóteles define como proporção geométrica: A está para C *assim como* B está para D.[27] Por exemplo, o soldado X destacou-se em uma batalha e ganhou uma medalha, o soldado Y destacou-se em duas batalhas e ganhou duas medalhas. Ou seja, os soldados X e Y são as

---

[21] EN, V, 1131 a, 10-20.

[22] EN, V, 1130 b, 30 – 1131 a, 5.

[23] "Pois o que age injustamente em relação aos bens toma mais para si; mas o que padece uma injustiça recebe de menos. Nos males, ocorre o contrário: porque o mal menor tem razão de bem por comparação ao mal maior, já que aquilo que é menos mal é mais elegível do que aquilo que é mais mal". AQUINO, Tomás de. Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, 670.

[24] O qual Aristóteles chama de mérito.

[25] Ou males, que podem ser reduzidos a bens quando considerados como males evitados.

[26] Pode ser apenas um bem que, no entanto, será mencionado duas vezes na proporção (continua, segundo Aristóteles), por exemplo, *A* está para *B*, assim como *C* está para *B*. De tal forma que os quatro termos restam mantidos. EN, V, 1131 a, 30. Também pode se considerar a ausência de um bem devido, por exemplo, *A* está para *B*, assim como *C* está para -*B*.

[27] EN, V, 1131 a, 10 – 1131 b, 24.

pessoas, as medalhas são os bens e a bravura em batalha o critério de distribuição pertencente às pessoas X e Y. Logo, duas medalhas de Y estão para seu destaque em duas batalhas assim como uma medalha de X está para seu destaque em uma batalha, isto é, dois está para dois, assim como, um está para um (2/2 = 1/1) – uma igualdade de proporções.

A injustiça (e as disputas políticas nas sociedades) dá-se quando partes iguais não recebem o mesmo, ou quando partes diferentes recebem o mesmo, de tal forma que o mais importante na justiça distributiva não é o objeto da distribuição ou a distribuição em si, porém, o critério de distribuição; o que é estabelecido dentro da esfera política, porém, com matéria dada pela ética. Por exemplo, uma disputa típica do século XX: mulheres terem direito ao voto. Isto nada mais era do que uma disputa por um critério de distribuição, isto é, homens e mulheres sendo iguais como membros da comunidade, logo, deveriam receber o mesmo: o direito ao voto – na proporção homens e voto e mulheres e voto deve haver a mesma relação. Segundo Tomás de Aquino:

> No entanto, a dignidade concernente à distribuição não é obtida de acordo com um mesmo padrão a todos os homens: senão que em um sistema democrático, aonde todos governam, se alcança a dignidade segundo a liberdade. Como os homens comuns são iguais aos demais em liberdade, por isso, se considera que são dignos de serem governados da mesma maneira. Por outro lado, em uma oligarquia, aonde uns poucos governam, se mede a dignidade segundo as riquezas ou a linhagem, de tal forma que os que têm berço mais nobre ou mais riquezas possuam mais do bem comum. Em uma aristocracia, aonde alguns governam por sua virtude, se mede a dignidade segundo a virtude; de tal forma que terá mais o que mais abunda em virtude.[28]

A justiça corretiva, por sua vez, opera nas relações (voluntárias e involuntárias[29]) de indivíduos com indivíduos, tanto

[28] AQUINO, Tomás de. Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, 664.
[29] Tomás de Aquino diz que: "Deve considerar-se que o voluntário e o involuntário nas comutações diversificam os tipos de justiça". Comentario a la Ética a Nicómaco

nas trocas de bens como nas ações de um em relação ao outro. Nesta, a justiça também é uma igualdade, porém, uma igualdade definida como aritmética – que se alcança com uma igualdade de quantidade.[30] As pessoas, em tais relações, sempre são tomadas como iguais, operando a igualdade apenas entre as coisas (ou ações).[31] Por exemplo, X vende um cavalo à Y, se o cavalo entregue de X à Y vale dez minas, Y deve entregar o equivalente a dez minas à X. Operando uma igualdade entre o que saiu do patrimônio de X e entrou no de Y com aquilo que saiu do patrimônio de X e entrou no de Y, ou seja, 10 = 10. Assim, haverá injustiça sempre que o ganho e perda das pessoas envolvidas nas relações não forem iguais. Por exemplo, X deu um soco em Y.[32] Aquilo que Y sofreu não é igual aquilo que X sofreu. Assim, o juiz estabelecerá uma pena à X que equivalerá ao sofrimento de Y. Que as trocas de coisas e as ações entre os indivíduos das comunidades devem ser equivalentes é bastante pacífico, no entanto, gera disputas na comunidade a forma de atribui-lhes valor (a reciprocidade das coisas), pois ninguém troca coisas e ações idênticas em natureza, mas algo distinto que deve ser igualado - pelo dinheiro[33] nas coisas e pelo juiz nas ações.[34]

---

de Aristóteles, V, 661. No direito de hoje, primordialmente, as comutações voluntárias estão no âmbito do direito privado, enquanto as comutações involuntárias, por fraude ou violência, estão no âmbito do direito penal.

[30] AQUINO, Tomás de. Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, 674.

[31] EN, V, 1131 b, 25 – 1132 a, 20.

[32] Aristóteles diz que: "Mesmo que às vezes não seja a palavra apropriada [ganho], se pode nestes casos falar, em geral de ganho (por exemplo, referindo-se ao que deu o golpe) e de perda (referindo-se à vítima)". EN, V, 1132 a, 10.

[33] "[...] é preciso que se igualem [os objetos de troca] e, por isso, todas as coisas que se trocam devem ser, de alguma maneira, comparáveis. Para isto se inventou a moeda, que é de algum modo algo intermédio, porque tudo mede, de sorte que mede também o excesso e a falta: quantos pares de sandálias equivalem a uma casa ou a um determinado alimento". EN, V, 1133 a, 19-22. "[...] é preciso que todas as coisas sujeitas às comutações sejam de alguma maneira comparáveis entre si, a fim de saber qual vale mais e qual vale menos. Para isto se inventou a moeda, o dinheiro, pelo qual é medido o preço de tais coisas. Assim, o dinheiro é certo meio, enquanto mede todas as coisas, tanto seu excesso quanto sua deficiência, enquanto uma coisa ultrapassa a outra". Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, 694. O presente trabalho não pretende aprofundar este ponto. Sobre o tema ver: Gauthier et Jolif. Léthique a Nicomaque - Introduction, tradution et commentaire, P. 380-384.

[34] "É por isso que aqueles que discutem recorrem ao juiz, e acudir ao juiz é acudir à justiça, porque o juiz quer ser como uma personificação da justiça; se busca ao juiz

Aristóteles, após determinar inicialmente a *forma*[35] da justiça (conforme a expressão da justiça legal nas virtudes morais ou conforme à justiça particular), prossegue com a análise do âmbito da justiça, o qual se divide em justiça política (*politikon dikaion*) e justiça doméstica (*oikonomikon dikaion*). *A justiça política existe em uma comunidade de vida entre pessoas livres e iguais, sendo, portanto, excluídas deste âmbito todas as relações que não se estabeleçam entre pessoas com tais características: a) de estatuto livre, e b) relacionalmente iguais.* Assim, dois graus de exclusão se apresentam quanto à justiça política: as relações de *justiça doméstica*; e as relações de *justiça para com o estrangeiro*. As primeiras dão-se entre pessoas desiguais em estatuto ou em relação, como as de senhor e escravo (justo despótico – *despotikon dikaion*), marido e mulher (justo doméstico propriamente dito – *oikonomikon dikaion*) e pai e filho (justo patriarcal – *patrikon dikaion*) – estão apartadas do âmbito da justiça política, ou, no máximo, presentes neste campo apenas por analogia[36] – Aristóteles o reafirma sob o argumento de que a justiça política pressupõe relações reguladas por uma lei em comum, que dá um discernimento entre o justo e o injusto.[37] E as

---

como meio termo e alguns chamam aos juízes de mediadores, acreditando que se alcançam a intermediação se alcançará a justiça. Portanto, a justiça é um meio termo, posto que o juiz o é". EN, V, 1132 a, 20 - 25.

"Quando os homens têm dúvidas sobre este meio [o justo meio] recorrem ao juiz, que é a mesma coisa que se recorressem ao que é justo, pois o juiz deve ser como o *justo animado*". Tomás de Aquino, Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, 678.

"É por isso que aqueles que discutem recorrem ao juiz, e acudir ao juiz é acudir à justiça, porque o juiz quer ser como uma personificação da justiça; se busca ao juiz como meio termo e alguns chamam aos juízes de mediadores, acreditando que se alcançam a intermediação se alcançará a justiça. Portanto, a justiça é um meio termo, posto que o juiz o é". EN, V, 1132 a, 20 - 25.

"Quando os homens têm dúvidas sobre este meio [o justo meio] recorrem ao juiz, que é a mesma coisa que se recorressem ao que é justo, pois o juiz deve ser como o *justo animado*". Tomás de Aquino, Comentario a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V, 678.

[35] A denominação desta classificação como *forma* e *âmbito* da justiça deve-se a Mateus Baldin, em conversas sobre o tema.

[36] Por analogia, se entende igualdade de relações entre termos diferentes. Tópicos, I, 18, 108 a, 8 e ss.

[37] EN, V, 1134 a, 25 – 35.

segundas simplesmente não se manifestam em nenhum grau, ou seja, sequer por analogia.

A justiça política subdivide-se em Natural (phisikon) e a por convenção[38] (*nomikon*): *Natural* é aquela que tem em todas as partes a mesma força e não está sujeita ao parecer humano; e, *por convenção*, aquela que, em sua origem, tem como objeto uma ação indiferente, mas que deixa de o ser depois de determinada.[39] Aristóteles ressalva, entretanto, que ambas, no mundo sublunar,[40] são mutáveis; mesmo a justiça natural. Assim como o destro por natureza que pode treinar para tornar-se ambidestro, a justiça natural está sujeita a mutações, porém isso não tem a força de transformar toda a justiça política em convencional, como queriam alguns sofistas. E mesmo a justiça por convenção tem como limites da determinação a realidade particular de cada comunidade, alheia ao parecer humano. Aristóteles dá o exemplo das medidas que devem ser proporcionais àquilo que é medido.[41]

3 A Amizade[42]

A Filosofia Política Moderna abandonou um tema de essencial importância dentro da teoria Aristotélica, a saber, a

---

[38] Também traduzida por Legal. Porém, aqui se opta pelo termo justiça por convenção como subdivisão da justiça política (em oposição à justiça natural) para não confundir com justiça legal como *forma* da justiça (em oposição à justiça particular).

[39] Que correspondem à lei particular e à lei comum (ou natural). "Entendamos por fazer injustiça o inferir voluntariamente um dano contra a lei. A lei se divide em particular e comum. Chamo particular a lei escrita, segundo a qual se regem os povos; e comum, a que, sem estar escrita, parece ser admitida por todos". Ret., I, 1368 b.
"[...] divido a lei em particular e em comum: particular a estabelecida para cada povo com respeito a ele mesmo, e esta é em parte não escrita e em parte escrita. Comum é a lei conforme a natureza. Pois de acordo com esta existe algo comumente justo e injusto, o qual todos advinham, ainda que não exista nenhum acordo comum entre uns e outros povos, nem pacto algum; [...]" Ret., I, 1373 b.

[40] Aquele em que o homem vive, das coisas corruptíveis.

[41] EN, V, 1134 b, 20 – 1135 a.

[42] Segundo Enrico Berti, "Pela palavra 'amizade' (*philia*) Aristóteles entende todas as formas de atração que um ser humano experimente em relação a outro ser da mesma espécie, ou seja, o amor dos pais em relação aos filhos (e a recíproca), do

amizade.[43] Para Aristóteles, "A tarefa da política consiste, sobretudo, ao que parece, em promover a amizade".[44] Uma vez que, "Se se deseja fazer com que os homens não se tratem injustamente, basta torná-los amigos, pois os verdadeiros amigos não cometem injustiças um contra o outro".[45] E mais, as instituições que formam a cidade e, conseqüentemente, permitem a política, e a busca à vida boa são obras da amizade.

> É claro, portanto, que uma cidade não é uma comunidade de residência cujo fim seja apenas evitar a injustiça mútua e facilitar as trocas comerciais. Todas estas condições devem estar presentes para que a cidade exista; mas a sua presença não é suficiente para constituir. O que constitui uma cidade é uma comunidade de lares e de famílias com a finalidade da vida boa e a garantia de uma existência perfeita e autônoma. Isto não se realizaria sem que os membros da cidade residam num mesmo lugar e se casem entre si. Daqui surgiram nas cidades as relações de parentesco, as fratrias, sacrifícios públicos, e os lazeres. *Estas instituições são obras da amizade – já que a amizade é condição de escolha de uma vida em comum.*
>
> *A finalidade e o objetivo da cidade é a vida boa, e tais instituições, propiciam este fim.* A cidade é constituída pela comunidade de famílias em aldeias, numa existência perfeita e auto-suficiente; e esta é, em nosso juízo, a vida boa e feliz.[46]

A amizade é, assim, o impulso altruístico de reciprocidade que ocorre nos indivíduos e que se torna, dentro da comunidade como um todo, o laço de coesão que garante a unidade política, cívica e social.[47] Portanto, pode-se dizer

---

marido em relação à esposa (e vice-versa), do amante para com o amado e do que chamamos amigo em sentido próprio para com o amigo". Berti, A relação entre as formas de amizade segundo Aristóteles. In: Analytica, vol 6, n 1. P. 23.

[43] VILLEY, Michel. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003. P. 81 – 82.

[44] EE, VII, 1234 b 24.

[45] EE, VII, 1234 b 33.

[46] Política, III, 1280 b 30 – 1281 a 4. [Não há grifos no original]. Ver também: Política, IV, 1295 b 21-25.

[47] AMARAL, Antônio Campelo e GOMES, Carlos de Carvalho. In Aristóteles, *Política*. Ed. Vega. P. 610, nota 44.

que a chave para compreender a amizade em Aristóteles[48] está na idéia da relação entre indivíduos e do bem que se segue dessa relação. A amizade é, acima de tudo, ver a si mesmo no outro, como diz Aristóteles, "amigo é um outro eu".[49] De forma que o amigo trata ao outro como trata a si mesmo e o bem dele é o seu próprio bem. "Perceber e conhecer a um amigo deve ser, em certo modo, perceber-se e conhecer-se a si mesmo".[50] E a condição humana é tal que conhecer a si obrigatoriamente passa por conhecer o outro.[51] Assim, há amizade em relação a todo homem, naquilo que ele tem de igual.[52]

A amizade é uma disposição natural de todo homem.[53] Porém, uma disposição que um homem não consegue atingir sozinho, em razão de ser uma disposição recíproca, [54] ou seja, que exige uma ação do outro.[55] Assim, a amizade apresenta

---

[48] Segundo Werner Jaeger, a análise aristotélica da amizade em seus primeiros trabalhos segue um ideal platônico. Nas suas obras da maturidade (particularmente, neste caso, a EN), a análise seguiria uma análise psicológica e sociológica. JAEGER, Werner. Aristotle. Oxford University Press. 2 ed.1962. P.244-245.
As origens da teoria da amizade aristotélica são evidentemente platônicas, como se pode observar nas semelhanças das abordagens entre o diálogo Lisis de Platão e as éticas aristotélicas. Como se verá, em seguida, há realmente uma abordagem diferente na EE e na EN. Poderia discutir-se se isto significa um afastamento da teoria platônica e se de fato seria um indício de que a EN é posterior a EE (como pretende Jaeger). No presente trabalho, não discutiremos isto. No entanto, é interessante para o presente trabalho a idéia de que Aristóteles realizou uma abordagem psicológica e sociológica, pois isto reforça a tese de que o estudo da amizade (como ela se forma e como se manifesta) é uma condição para a política.
[49] EN, IX, 1166 a 30 e 1169 b 5 e 1170 b 5.
[50] EE, VII, 1245 a 30-35.
[51] AUBENQUE, Pierre. Sur L'amitié chez Aristote. In: La Prudence Chez Aristote. Paris: Presses Universitaires de France, 1983. P. 182.
[52] Neste sentido, as seguintes passagens: "Nas viagens, também pode se observar quanto familiar e amigo é todo o homem para todo homem". EN, VIII, 1155 a 20. E "Não há amizade com relação a um escravo enquanto escravo, mas sim há enquanto homem, porque parece existir uma certa justiça entre todo o homem e todo o que pode participar de uma comunidade na qual há lei ou convenção, e, portanto, também, amizade na medida em que cada um deles é um homem". EN, IX, 1161 b 5-15.
[53] A amizade perfeita se dá exclusiva no homem, enquanto os demais tipos de amizade não são exclusivamente humanos, Aristóteles expõe como uma característica natural da maioria dos animais. EE, VII, 1236 b 7.
[54] Conseqüentemente se dirige apenas às coisas animadas, cuja condição de reciprocidade pode ser cumprida.
[55] EN, VIII, 1155 b 29 e EE, VII, 1236 a 15.

cinco características: (a) uma disposição interna;[56] (b) em relação ao outro; (c) recíproca;[57] (d) não oculta; (e) na qual cada um deseja o bem do outro[58] (benevolência ou boa vontade – *eunoia*); cuja natureza é uma virtude (*areté*) ou algo que acompanha a uma virtude.[59] Assim como a justiça e outras virtudes,[60] a amizade pode se apresentar como um hábito ou uma ação – ou seja, pode se apresentar como uma inclinação do sujeito, como também na convivência – que é a expressão de sua ação.[61] E é, sobretudo, uma condição necessária à vida, leia-se, à vida boa (*eudaimonia*)[62].

---

[56] "[...] sua função [a da amizade] é uma atividade, que não é exterior senão interior naquele que ama, enquanto que a função de toda faculdade é exterior, pois se encontra ou em outro ou no mesmo ser enquanto outro." EE, VII, 1237 b.

[57] Resultante de uma escolha mútua. EE, VII, 1236 b 5.

[58] "[...] o amigo é aquele que leva a cabo, por causa do outro, o que julga que é bom para ele". Ret., Livro I, 1361 b.

[59] "Isto [a reciprocidade] parece somar-se ao modo da virtude, pois, em qualquer virtude, basta o ato do virtuoso, mas, na amizade, não basta o ato de um só, senão que é necessário que concorram os atos de dois que mutuamente se querem. Por isso, Aristóteles não disse acabadamente que era uma virtude, senão que acrescentou *ou com virtude*, porque parece que algo acrescenta a amizade à noção de virtude". AQUINO, Tomás de. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, VIII, Lição V, 1137.
Outro indicativo para determinar que o entendimento de Aristóteles é de que a amizade é algo que acompanha uma virtude e não uma virtude é que, como visto supra a justiça, para Aristóteles, é a única das virtudes que se diz em relação ao outro. Porém, a amizade também se dá em relação ao outro. O que pode-se entender de três formas: a) ou, a amizade não se dá em relação ao outro; b) ou, quando Aristóteles falou que a justiça é a única virtude em relação ao outro, ele não contemplava ainda a amizade; c) ou a amizade não é uma virtude, mas algo que acompanha uma virtude. Parece que a terceira alternativa é a mais coerente com o pensamento aristotélico.
Ainda, há diversas passagens nas quais Aristóteles dissocia a amizade das virtudes, por exemplo, (EN, X, 1179 b 33-35): "Por conseguinte, se já discutimos o suficiente em termos gerais sobre estas matérias, e sobre as virtudes, e também sobre a amizade e o prazer, [...]":

[60] Em que pese não ser exatamente uma virtude, a amizade se expressa da mesma maneira que as virtudes.

[61] EN, VIII, 1157 b 5. "[...] nas virtudes há quem seja chamado bom e virtuoso segundo o hábito, como os valorosos ou os liberais, mesmo quando não exerçam atos de virtude. Outros são chamados virtuosos segundo exerçam em atos obras de virtude. O mesmo ocorre na amizade, uns se dizem amigos em ato, na medida em que convivem com deleite mútuo e se fazem o bem um ao outro, o qual parece pertencer ao ato de amizade. Outros, por outro lado, não realizam em atos obras de amizade, mas têm disposição habitual que os inclina a realizar tais obras, como se vê nos amigos enquanto dormem ou quando se distanciam do lugar, pois a amizade como tal não se dissolve pela distância senão somente o ato da amizade. Assim, é claro que a amizade se mantém segundo o hábito, ainda que no caso de cessar o ato de amizade". AQUINO, Tomás de. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, VIII, Lição V, 1128.

[62] "[...] o mais necessário para a vida". EN, VIII, 1155 a 1.

O objeto da amizade é o amor.[63] E as causas pelas quais os homens amam são três. Conseqüentemente, três também são os tipos de amizades: por interesse, por prazer ou pela virtude. Os que se amam por interesse se amam na medida em que um pode beneficiar o outro em razão de outra coisa; os que se amam por prazer se amam na medida em que um pode agradar o outro em seus sentidos – amam pelas paixões e não por uma escolha.[64] Portanto, nestes dois casos, o sujeito amado não é amado por si mesmo, mas como um meio para gerar o que é útil ou agradável ao outro. *De tal forma que são amizades apenas por acidente ou por analogia*[65] *e duram apenas enquanto durar estes efeitos.*[66] Por outro lado, a *amizade perfeita (teléia philia)* é aquela que, formada em razão da virtude dos amigos, ocorre entre os homens bons e iguais em virtude, porquanto querem o bem um do outro, em razão apenas do outro em si,[67] logo, é uma amizade tão estável quanto a virtude.[68] E, neste tipo de amizade, a utilidade e o prazer não são a sua

---

[63] Conforme Gauthier e Jolif, o amável é o *objeto formal* da amizade. L'Ethique a Nicomaque, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris: 1959, P. 670.

[64] AQUINO, Tomás de. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles. VIII, Lição III, 1108.

[65] Na EN se expressa como um acidente, enquanto na EE, mais como uma analogia. Por acidente se entende "aquilo que pertence como atributo a um sujeito sem ser nem sua definição, nem seu gênero, nem uma propriedade". Tópicos, I, 8, 103 b 18. Ou mais detalhadamente, "um acidente é (1) alguma coisa que, não sendo nada do que precede – isto é, nem uma definição, nem uma propriedade, nem um gênero –, pertence, no entanto à coisa; (2) algo que pode pertencer ou não pertencer a alguma coisa, sem que por isso a coisa deixe de ser ela mesma, como por exemplo, a 'posição sentada' pode pertencer ou deixar de pertencer a alguma coisa idêntica a si mesma. E do mesmo modo a 'brancura', pois nada impede que uma mesma coisa seja branca em dado momento e em outro momento não o seja". Tópicos, I, 5, 102 b 3 e ss.
Por analogia, como visto supra, se entende igualdade de relações entre termos diferentes. Tópicos, I, 18, 108 a 8 e ss.
Não se diferencia, no presente trabalho, os diferentes tipos de analogia. Para um estudo do tema, ver as indicações de Enrico Berti: Pierre Aubenque, Les origines de la doctrine de l'analogie de l'être. In: Les études philosophiques, 103, 1978. E, Enrico Berti, L'analogia in Aristotele. Interpretazioni recenti e possibili sviluppi. In: Origini e sviluppi dell'analogia da parmenide a S. Tommaso, Vallombrosa, 1987.

[66] EN, VIII, 1156 b 1-20.

[67] "[...] aquele que se escolhe por si mesmo". EE, VII, 1236 b 30. Ver também: EE, VII, 1240 a 25.

[68] Para o leitor moderno soa estranha a idéia de permanência da virtude. Segundo Gauthier e Jolif, quando Aristóteles diz que a virtude é durável ele porta um otimismo

causa, são seus efeitos. É por si e não por acidente.[69] E, pode-se dizer, que este tipo de amizade é um paradigma que serve como padrão ao comportamento do amigo.[70] No entanto, é natural que amizades perfeitas sejam raras porque poucos homens existem assim.[71]

Pode-se dizer, então, que entre a amizade perfeita e os outros tipos de amizade, existe uma relação como a do todo com suas partes, uma vez que a amizade perfeita abarca todos os bens (utilidade, prazer e virtude).[72] É uma relação gradual[73] na qual a amizade por prazer apresenta uma amplitude maior de amizade do que a amizade, por utilidade, que se apresenta como o menor grau possível de amizade.[74] Assim, a amizade por virtude é completa e duradoura, ocorre entre os homens bons e é simetricamente recíproca, é o caso central de amizade por apresentar todos os bens que se manifestam apenas por acidente nos demais tipos. Enquanto a amizade por prazer, formada normalmente entre os jovens,[75]

---

incompatível com a visão cristã, uma vez que o pecado ameaça sempre a fragilidade da virtude. L'Ethique a Nicomaque, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris: 1959, P. 677. O que, de certa forma, explica a compreensão moderna de que as virtudes não auxiliam a política. Uma vez que estas são efêmeras, não influenciam a política que é permanentemente.

[69] Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, VIII, Lição III, 1111.

[70] Conforme interpretação de GIANNOTTI, José Arthuri. O Amigo e o Benfeitor. In: Analytica, vol. 1, n. 3.

[71] EN, VIII, 1156 b 5-25.

[72] Os comentadores demonstram que a relação entre os tipos de amizade é apresentada diferentemente na EN e na EE, como uma relação de semelhança ou de unidade focal. O presente trabalho não aprofunda a questão em razão do seu objeto, mas adota a abordagem da EN. Para um estudo da questão, ver: BERTI, Enrico. A relação entre as formas de amizade segundo Aristóteles. In: Analytica, vol 6, n 1. René Lefebvre, Referência e semelhança: As amizades de Aristóteles. In: Analytica, vol 6, n 1. Gauthier et Jolif. Léthique a Nicomaque - Introduction, tradution et commentaire, Tome II.

[73] "Os irmãos e os companheiros têm tudo em comum; mas os outros têm apenas certas coisas, uns mais e outros menos, pois também as amizades são umas mais e outras menos. Na justiça também há diferenças, pois o que é justo para os pais em relação aos filhos, não é o mesmo que é justo entre os irmãos, nem entre os companheiros e os cidadãos [...]" EN, VIII, 1159 b 30.

[74] EN, VIII, 1157 a 5-25.

[75] Aristóteles diz que se dá entre os jovens, porque estes são mais propensos à concupiscência.

não é muito duradoura e pode se dar de forma perfeitamente recíproca ou assimétrica. E, por fim, a amizade por utilidade que se apresenta como o menor grau de amizade e que dura pouco tempo, normalmente vista entre os velhos[76] e os homens maus e que normalmente se dá de forma assimétrica, haja vista que os interesses dos amigos normalmente divergem.[77]

Na *amizade por utilidade*, pode-se determinar seu âmbito de duas formas: em *amizade doméstica*,[78] que se dá naturalmente entre os parentes ou entre aqueles que se criaram juntos,[79] e *amizade política*, entre membros de uma comunidade;[80] esta, por sua vez, pode novamente ser subdividida em duas: legal e ética: a *amizade legal*[81] se forma baseada em um acordo, assim, considera a coisa recebida na estrita medida do intercâmbio de utilidade – deve-se considerar como os amigos podem tirar proveito de seu acordo – é o tipo de amizade mais necessária na vida em comunidade; ao passo que a *amizade ética*[82] se forma baseada na confiança, assim,

---

[76] Aristóteles diz que se dá entre os velhos porque estes necessitam de cuidados.

[77] As amizades ainda podem ser heterogêneas, ou seja, nas quais se troca prazer por utilidade. São amizades nas quais não há permanência, pois, "Aqueles que, na amizade, não retribuem o prazeroso pelo prazeroso senão o útil pelo prazeroso, são menos amigos por ter uma menor semelhança e, por isso, permanecem menos na sua amizade". AQUINO, Tomás de. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, VIII, Lição IV, 1123.

Para Gauthier e Jolif a idéia de amizade heterogênea parece, em um primeiro momento, um quarto tipo de amizade em Aristóteles, mas adiante ele esclarece que se trata de um novo princípio de divisão das amizades: homogêneas e heterogêneas. Aplicada esta classificação às três formas apresentadas antes, restam seis tipos de amizade em Aristóteles. Ainda, pode acrescentar-se o critério de amizades entre iguais e entre desiguais, totalizando doze tipos de amizade. Ver: Gauthier e Jolif L'Ethique a Nicomaque, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris: 1959, P. 688.

[78] Aristóteles chama de parental.

[79] Subdivide-se em várias espécies: uma, entre parentes, isto é, entre irmãos, ou entre pai e filhos. Outra entre o que hoje se entende por amigo de infância propriamente dito (*hétaïroi*). Ver: Gauthier e Jolif L'Ethique a Nicomaque, Éditions Béatrice-Nauwelaerts, Paris: 1959, P. 687.

[80] EE, VII, 1242 a 1-5.

[81] Também chamada de política ou cívica.

[82] Também chamada de fraterna ou de companheiros.

Que exista a amizade ética é essencial para determinar – como fará Aristóteles –, que a *pólis* exista por natureza, uma vez que a amizade política é condição necessária

se considera a intenção do amigo, de tal forma que, um amigo age corretamente com o outro se, depois de ter recebido grandes benefícios, os corresponde na medida se suas possibilidades – é o tipo de amizade mais nobre.[83]

Após, Aristóteles determina os efeitos da amizade: a benevolência, a beneficência e a concórdia. A benevolência é o início da amizade, é uma boa disposição interior em relação a uma pessoa, inclusive em relação a um desconhecido.[84] A beneficência é a voluntária prestação de benefícios aos amigos.[85] Por fim, a amizade também mantém unidas as cidades, através da concórdia,[86] cuja expressão pode ser formulada de diferentes maneiras. A concórdia é a amizade civil que ocorre nas cidades, pois está relacionada com o que convém e com o que afeta a vida em comum de seus cidadãos.[87] É a igualdade de pensamento (*homonóia*) entre os cidadãos sobre o que lhes convém, é a igualdade de escolha e realização no que é de comum interesse. É o mesmo parecer, por parte dos cidadãos, nas matérias práticas e relevantes, como, por exemplo, na forma de escolha das magistraturas. Assim, pode-se dizer que o sujeito de tal concórdia é o homem bom, posto que os homens bons querem o que é justo e conveniente e a isto aspiram no comum em harmonia. Conseqüentemente, os maus são os sujeitos da discórdia, pois não podem concordar exceto em pequena medida, haja vista que, nos benefícios, desejam receber mais do que lhes corresponde, e nos ônus, querem menos do que aquilo que lhes corresponde, dando início à injustiça.[88]

---

a *pólis*, porém, a confiança (própria da amizade ética) se dá naturalmente, enquanto um acordo (próprio da amizade legal) não. Desenvolver-se-á no ponto sobre o direito.

[83] EN, VIII, 1162 b 15-35 e EE, VII, 1242 b 35-1243 b 11.

[84] EN, IX, 1167 a.

[85] AQUINO, Tomás de. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, IX, Lição IV, 1293.

[86] EN, VIII, 1155 a 22.

[87] "Por sua vez, a amizade política está constituída principalmente em função da utilidade que parece que os homens, por não se bastar a si mesmos, se reuniram, mesmo que tenham se reunido também para viver juntos. [...] A amizade baseada na igualdade é a amizade cívica. Esta por um lado se baseia na utilidade, e as cidades são amigas entre si da mesma maneira que os cidadãos". EE, 1242 a 5-10 e 1242 b 20-30.

[88] EN, IX, 1167 a 20-1167 b 15 e EE, VII, 1241 a 1-35.

4 A Amizade como o Fim do Direito

Para determinar a causa final do direito[89] na amizade, se faz necessário discorrer sobre as relações entre a amizade e a justiça. A análise dessa relação dá indícios de que a amizade se apresenta em uma relação muito próxima com a justiça. Passa-se a analisar se essa relação é o movimento entre a coisa e seu fim. Dois são os pontos da teoria de Aristóteles que fundamentam tal hipótese:

(a) como visto *supra*, existem dois tipos de amizade política – legal e ética –, a amizade legal é a mais necessária à vida em comunidade (apesar da ética ser a mais nobre). Assumindo que existe um tipo de amizade legal, evidencia-se que existe uma forma de amizade causada pela justiça. Apesar de que nem toda amizade possa ser causada pelo direito.[90] No entanto, como visto anteriormente, existe uma forma de amizade política que é expressão da amizade legal, a qual pode ser causada pelo direito, qual seja, a concórdia,[91] a qual não depende de muitos fatores e pode realizar-se até em homens que têm uma certa distância,[92] sendo assim uma amizade formal.[93] Segundo John Morrall,

---

[89] Nesta análise, o direito confunde-se com a sua causa formal, portanto, são intercambiáveis, aqui, as expressões justiça e direito. Ver: ALVAREZ, Alejandro. As relações entre ética, política e direito em aristóteles.

[90] Porém, indiretamente, a amizade pela virtude pode seguir-se, indiretamente do direito uma vez que esse, através das leis, é o responsável por incutir as virtudes nos cidadãos, como visto *supra*.

[91] De acordo com o estudado anteriormente, no capítulo 2.2, a concórdia é a amizade civil que ocorre nas cidades, pois está relacionada com o que convém e com o que afeta a vida em comum de seus cidadãos. É a igualdade de pensamento (*homonóia*) entre os cidadãos sobre o que lhes convém, é a igualdade de escolha e realização no que é de comum interesse. É o mesmo parecer, por parte dos cidadãos, nas matérias práticas e relevantes, como na forma de escolha das magistraturas.

[92] Neste sentido, as seguintes passagens: "Nas viagens, também pode se observar quanto familiar e amigo é todo o homem para todo homem". EN, VIII, 1155 a 20. E "Não há amizade com relação a um escravo enquanto escravo, mas sim há enquanto homem, porque parece existir uma certa justiça entre todo o homem e todo o que pode participar de uma comunidade na qual há lei ou convenção, e, portanto, também, amizade na medida em que cada um deles é um homem". EN, IX, 1161 b 5-15.

[93] O que é muito compatível a idéia apresentada por Wladimir Lisboa, em seu artigo que fundamenta o direito, conforme Aristóteles, de que "[...] o direito tem por

> [a] formação da associação política é relacionada por Aristóteles, a tendência humana de buscar *amizade*. [...] a amizade pode resultar em homonoia (semelhança de idéias, unanimidade ou concordância). Isso tem ligação com a política; 'a concordância é a amizade entre os cidadãos de um estado, e seu campo são os interesses e preocupações da vida' [EN, IX, 1167 b]. *Aqui, aparece também a concepção de um interesse comum, possivelmente obtenível mediante a harmonização dos interesses individuais* [...][94]

Essa interpretação de Morrall confirma a possibilidade[95] de que a causa final da justiça seja a amizade, pois essa harmonização dos interesses individuais, como visto anteriormente, é realizada pelo direito, desde seu início, através da lei, na busca constante da igualdade, a qual, posteriormente, sustenta amizade cívica entre os cidadãos.

(b) Aristóteles é expresso em dizer que com a amizade se dá o fim da justiça; faz-se necessário, então, investigar se isso pode ser interpretado no sentido de que a justiça tende à amizade.

> Crê-se que a justiça é igualdade e que a amizade se encontra na igualdade, se não é em vão como se diz: 'a amizade é uma igualdade'. Todas comunidades (*koinonia*), e todo o comum se funda na justiça. Por conseguinte, há tantas espécies de amizade como de justiça e de comunidade; e todas estas espécies lindam umas com as outras e têm diferenças pouco perceptíveis.[96]

---

objetivo último regular a convivência dos homens na comunidade". A ciência do direito e o problema dos fundamentos – prolegômenos à filosofia do direito. Estudos Jurídicos, Vol. 26, n.º 66, 1993. P. 14.

[94] MORRALL, John. Aristóteles. Brasília: Editora UNB, 2000. P. 45. Não há grifos no original.

[95] Só da análise dos dois pontos em conjunto pode-se seguir a necessidade de que a amizade seja a a causa final do direito.

[96] EE, VII, 1241 b 10-15.

A amizade se funda na igualdade[97] e existe em virtude de uma semelhança.[98] É neste ponto que reside a principal diferença entre a amizade e a justiça. Enquanto a amizade parte da igualdade, que lhe é anterior e se manifesta como expressão dessa igualdade, a justiça busca a igualdade, que, portanto, lhe é posterior, como um meio de ajustar as relações conforme a igualdade devida entre os sujeitos da relação.[99] Assim, a justiça tende para a igualdade na qual se desenvolve a amizade. Daí Aristóteles afirmar que: "Quando os homens são amigos, nenhuma necessidade há de justiça, mas, mesmo sendo justos, sim necessitam da amizade, e parece que são os justos os mais capazes de amizade".[100] Ou, nas palavras de Tomás de Aquino: "Daí que à amizade pertença usar de alguma maneira a igualdade já constituída, mas à justiça pertence reduzir à igualdade o desigual. Dando-se a igualdade, cessa o ato de justiça. Por isso, a igualdade é o último na justiça, mas o inicial na amizade".[101]

Dessa decorre duas possibilidades: ou a justiça tende à igualdade e a amizade inicia-se da igualdade sem que haja um ponto de contato, ou, realmente, a amizade é a causa final do direito. Para buscar a interpretação correta, deve-se dar um passo atrás e relembrar que o ato próprio da justiça é igualar e que a amizade é a expressão dessa igualdade e,

---

[97] Amizades nas quais não há igualdade entre os amigos são amizades apenas em seu sentido análogo, em que se devem igualar as ações que lhe correspondem para que se possa preservar a amizade. EE, VII, 1239 a 20 – 35.
A amizade na comunidade democrática se baseia na igualdade entre os amigos e, conseqüentemente, igualdade numérica entre as ações, enquanto, a amizade na comunidade aristocrática e na monárquica se baseia na desigualdade entre os amigos e, conseqüentemente, igualdade proporcional nas ações, de acordo com a superioridade ou inferioridade dos que dela participam. EE, VII, 1241 b 30-35. Ver também: EN, VIII, 1158 b e Tomás de Aquino. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, VIII, Lição VII, 1157.

[98] EN, VIII, 1156 b 20.

[99] A igualdade é anterior na amizade sob duplo aspecto: igualdade entre os sujeitos (que é a causa da amizade) e igualdade nos bens (que é um dos efeitos da amizade). Ver: EN, VIII, 1156 b 15; EN, VIII, 1158 b; EN, IX, 1169 b 5; EN, IX, 1170 b 5; EE, VII, 1238 b 20; EE, VII 1239 a; EE, VII, 1238 a 16, EE, VII, 1240 b 5.

[100] EN, VIII, 1155 a 25.

[101] AQUINO, Tomás de. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles, V.

portanto, não existe de fato esse ponto intermediário; não teria nenhum sentido Aristóteles dizer, por exemplo, que quando há amizade não há nenhuma necessidade de buscar a igualdade.

5 Conclusão

Tanto a justiça quanto a amizade, como formas de relação na sociedade, são condições necessárias ao desenvolvimento da Política e do direito, expressando as relações de igualdade ou desigualdade próprias do âmbito político, estas dão o sustento de toda a *pólis*.

Aristóteles expõe a justiça sob duplo aspecto: (a) como forma de se relacionar com os demais membros da comunidade (virtude completa), como expressão de qualquer das virtudes de determinado agente usada para a realização do bem de toda comunidade, ou, (b) como hábito (virtude particular), cuja natureza não é distinta das demais virtudes particulares. A justiça é sempre relacional, isto é, sempre tem por finalidade o bem do outro. Porém, enquanto a justiça geral (virtude completa) visa diretamente ao bem da comunidade em geral – o bem comum – e indiretamente ao bem dos indivíduos; a justiça particular (virtude particular) visa diretamente ao bem do particular e indiretamente ao bem comum. O âmbito da justiça se divide em justiça política e justiça doméstica. A justiça política existe em uma comunidade de vida entre pessoas livres e iguais, excluídas deste âmbito todas as relações que não se estabeleçam entre pessoas com tais características. A justiça política subdivide-se em *Natural* e *por convenção*): *Natural* é aquela que tem em todas as partes a mesma força e não está sujeita ao parecer humano; e, *por convenção*, aquela que, em sua origem, tem como objeto uma ação indiferente, mas que deixa de o ser depois de determinada.

A amizade, por sua vez, é o impulso altruístico de reciprocidade que ocorre nos indivíduos e que se torna, dentro da

comunidade como um todo, o laço de coesão que garante a unidade política, cívica e social. Apresenta cinco características: (a) uma disposição interna; (b) em relação ao outro; (c) recíproca; (d) não oculta; (e) na qual cada um deseja o bem do outro. O objeto da amizade é o amor. E as causas pelas quais os homens amam são três. Conseqüentemente, três também são os tipos de amizades: por interesse, por prazer ou pela virtude. Os que se amam por interesse se amam na medida em que um pode beneficiar o outro em razão de outra coisa; os que se amam por prazer se amam na medida em que um pode agradar o outro em seus sentidos – amam pelas paixões e não por uma escolha. Portanto, nestes dois casos o sujeito amado não é amado por si mesmo, mas como um meio para gerar o que é útil ou agradável ao outro. De tal forma que são amizades apenas por acidente ou por analogia e duram apenas enquanto durar estes efeitos. Por outro lado, a amizade perfeita é aquela que formada em razão da virtude dos amigos, ocorre entre os homens bons e iguais em virtude, porquanto, querem o bem um do outro, em razão apenas do outro em si, logo, é uma amizade tão estável quanto a virtude. E, neste tipo de amizade, a utilidade e o prazer não são a sua causa, são seus efeitos. É por si e não por acidente. E, pode-se dizer, que este tipo de amizade é um paradigma que serve de padrão ao comportamento do amigo. No entanto, é natural que amizades perfeitas sejam raras porque poucos homens existem assim. Na amizade por utilidade, pode-se determinar seu âmbito de duas formas: em amizade doméstica e amizade política, entre membros de uma comunidade; esta, por sua vez, pode novamente ser subdividida em duas: legal e ética. A amizade legal se forma baseada em um acordo, assim, considera a coisa recebida na estrita medida do intercâmbio de utilidade, é o tipo de amizade mais necessária na vida em comunidade; ao passo que a amizade ética se forma baseada na confiança, assim, se considera a intenção do amigo, de tal forma que, um amigo age corretamente com o outro se, depois de ter recebido grandes benefícios, os

corresponde na medida de suas possibilidades – é o tipo de amizade mais nobre. Por fim, Aristóteles determina os efeitos da amizade: a benevolência, a beneficência e a concórdia. A benevolência é o início da amizade, é uma boa disposição interior em relação a uma pessoa, inclusive em relação a um desconhecido. A beneficência é a voluntária prestação de benefícios aos amigos. Por fim, a amizade também mantém unidas as cidades, através da concórdia.

A matéria própria do direito (*causa material*), nos estudos aristotélicos, reside no ato de atribuir o próprio de cada um, ou seja, no ato de dar a cada um o "devido", para que seja (re)estabelecida a igualdade. O "devido" dá-se de diferentes formas: ao passo que o devido na justiça geral é a conformidade das ações dos indivíduos às disposições da comunidade na forma da lei; na justiça particular, o devido é a igualdade. Na divisão da justiça particular, tem-se a justiça distributiva que opera na distribuição tanto dos bens quanto dos males da comunidade aos seus membros – relação da comunidade com seus membros -, ou seja, na atribuição de coisas que, em um primeiro momento, são comuns a determinados indivíduos – de acordo com uma igualdade proporcional. Tem-se, outrossim, a justiça corretiva que, por sua vez, opera nas relações (voluntárias e involuntárias) de indivíduos com indivíduos, tanto nas trocas de bens como nas ações de um em relação ao outro. Nesta, a justiça também é uma igualdade, porém, uma igualdade definida como aritmética.

É sobre essa teoria da justiça que Aristóteles desenvolve sua teoria jurídica – a qual terá influência preponderante nos séculos seguintes – sendo, portanto, a identidade do direito em Aristóteles fundada na justiça; sua *causa formal*.

Existe uma forma de amizade política que é expressão da amizade legal, a qual pode ser causada pelo direito, qual seja, a concórdia. Essa atua como causa final da justiça, pois a harmonização dos interesses individuais é realizada pelo direito, desde seu início, através da lei, a qual, posteriormente, inicia amizade cívica entre os cidadãos. Ademais, Aristóteles

é expresso em dizer que com a amizade se dá o fim da justiça, isso se deve ao fato de que a justiça tende para a igualdade na qual se desenvolve a amizade. O ato próprio da justiça é igualar e a amizade é a expressão dessa igualdade, sendo, portanto, a *causa final* do direito a amizade.

Referências

AMARAL, Antônio Campelo; GOMES, Carlos de Carvalho. *Comentários*. In: Aristóteles, *Política*. Ed. Vega.

AQUINO, Tomás de. Suma Teológica. São Paulo: Loyola, 2005. Volumes IV, V e VI.

_____. Suma contra los Gentiles. México: Editorial Porrúa, 1991.

_____. Comentario a la Política de Aristóteles. Pamplona: Eunsa, 2001.

_____. Comentários a la Ética a Nicómaco de Aristóteles. Pamplona: Eunsa, 2000.

_____. Do Reino, in: Escritos políticos de Santo Tomás de Aquino. Petrópolis: Ed. Vozes, 1991.

ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

_____. Entre o passado e o futuro. São Paulo: Perspectiva, 1992

_____. A Condição Humana. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

ARISTÓTELES. Obras. Madrid: Aguilar, 1982.

_____. Política. Lisboa: Ed. Vega.

_____. Ética Nicomáquea e Ética Eudemia. Madrid: Gredos, 1985.

_____. Les Topiques. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1950.

_____. Organon. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1946.

_____. Physique. Paris: Les Belles Lettres, 1996. 2 v.

_____. Metafísica. Madrid: Gredos, 1982.

_____. Éthique à Eudème. Paris: Libraire J. Vrin, 1997.

_____. El arte de la retórica. Buenos Aires: Eudeba, 2005.

_____. De Anima. São Paulo: Editora 34, 2006.

_____. Constituição dos Atenienses.

AUBENQUE, Pierre. La prudence chez Aristote. Paris: PUF,1986.

_____. (org.). Aristote politique: etudes sur la politique d'Aristote. Paris: PUF, 1993.

BARZOTTO, Luis Fernando. A democracia na constituição. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2005.

_____. Justiça Social - Gênese, estrutura e aplicação de um conceito. Revista do Ministerio Público do Rio Grande do Sul, v. 50, 2003. P. 19 – 56.

_____. Reconocimiento y fraternidad. ARSP. Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, v. III, p. 83-89, 2007.

_____. Pessoa, Fraternidade e Direito. Anais do I Congresso Sul-Americano de Filosofia do Direito; org. Wambert Gomes Di Lorenzo. PUCRS. 2005.

_____. Os Direitos Humanos como Direitos Subjetivos - Da dogmática jurídica à ética. Jurisidição e Direitos Fundamentais. Porto Alegre, v. I, n. I, p. 239-280, 2005.

_____. Prudência e Jurisprudência. Uma reflexão epistemológica sobre a jurisprudência romana a partir de Aristóteles. Direito e Justiça, v.23, ano XXIII, p. 221-250, 2001.

_____. Verbete: ARISTÓTELES, no Dicionário de filosofia Política da Editora Unisinos, ainda no prelo.

BARNES, Jonathan. Aristóteles. Madrid: Catedra, 1993.

BARREAU, Hervé. Aristote. Paris: Éditions Seghers, 1972.

BERTI, Enrico. As razões de Aristóteles. São Paulo: Loyola, 2002.

_____. *Phrónesis* et science politique. In: Aristote Politique. Pierre Aubenque (org.). Paris: PUF, 1993.

_____. A relação entre as formas de amizade segundo Aristóteles. *In*: Analytica, vol 6, n 1.

COULANGES, Fustel de. A Cidade Antiga. São Paulo: Edipro, 2001.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Introdução ao Estudo do Direito: técnica, decisão, dominação. São Paulo: Atlas, 2001. FINNIS, John. Natural Law and natural rights. Oxford: Claredon, 1992.

FREUND, Julien. Politique et Impolitique. Paris: Éditions Sirey, 1987.

GAUTHIER, René Antoine et JOLIF, Jean Yves. Léthique a Nicomaque – Introduction, tradution et commentaire, Tomos I e II. Paris: Béatrice-Nauwelaerts, 1959.

GAUTHIER, René Antoine. Introdução à moral de Aristóteles. Lisboa: Publicações Europa-América, 1992.

GIANOTTI, José Arthur. O Amigo e o Benfeitor. In: Analytica, vol. 1, n. 3.

GILSON, Étienne. A filosofia na Idade Média. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. Le thomisme: introduction a la philosophie de Saint Thomas D'Aquin. 6. ed. rev. Paris: Librairie Philosophique J. Vrin, 1997.

HAARSCHER, Guy. Filosofia dos Direitos do Homem. Lisboa: Instituto Piaget, 1993. P. 57-73.

JAEGER, Werner. Aristotle: fundamentals of the history of his development. Oxford: Oxford University Press, 1962.

_____. Paidéia. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KALIMTZIS, Kostas. Aristotle on Enmity and Disease. New York: University of New York Press, 2000.

LAMAS, Felix Adolfo. La concórdia política. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, (s/a).

LEFEBVRE, René. Referência e semelhança: As amizades de Aristóteles. *In*: Analytica, vol 6, n 1.

LISBOA, Wladimir Barreto. A ciência do direito e o problema dos fundamentos – prolegômenos à filosofia do direito. Estudos Jurídicos, Vol. 26, n.º 66, 1993. P.

MACINTYRE, Alasdair. Justiça de quem? Qual racionalidade? São Paulo: Loyola, 1991.

_____. Trás la virtud. Barcelona: Crítica, 1987.

_____. A short history of ethics: a history of moral philosophy from the Homeric Age to the Twentieth Century. London: Rootledge, 1998.

_____. Tres versions rivales de la ética. Madrid: Rialp, 1992.

MANSION, Augustin. Introduction a la Physique aristotélicienne. Louvain: Éditions de L'Institute Supérieur de philosophie, 1945.

MARITAIN, Jacques. O homem e o estado. Rio de Janeiro: Agir, 1952.

_____. Os Direitos do homem e a lei natural. Rio de Janeiro: José Olympio, 1967.

MILLET, Louis. Aristóteles. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

MORRALL, John B. Aristóteles. Brasília: Ed. Universidade de Brasília, 2000.

NUSSBAUM, Martha. The fragility of goodness. Cambridge University Press, 1986.

PERRINE, Marcelo. Quatro lições sobre a ética de Aristóteles. São Paulo: Edições Loyola, 2006.

PLATÃO. As Leis. Bauru: EDIPRO, 1999.

_____. República. Lisboa: Calouste, 1990.

REALE, Giovanni. Aristóteles. São Paulo: Edições Loyola, 1994.

SPAEMANN, Robert. Bonheur et bienveillance: essai sur l'éthique. Paris: PUF, 1997.

VILLEY, Michel. Filosofia do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

VEATCH, Henry. O homem racional. Rio de Janeiro: Topbooks, 2006.

VERGNIÈRES, Solange. Ética e Política em Aristóteles. São Paulo: Paulus, 1998.

VOEGELIN, Eric. A nova ciência da política. Brasília: Editora UNB, 1982.

WOLFF, Francis. Aristóteles e a política. São Paulo: Discurso editorial, 1999.

Uma Panorâmica Geral no Planeta *Jurídico-Positivista*: Kelsen e os Outros

Guilherme Camargo Massaú[1]

1 Introdução. 2 Uma Panorâmica Geral no Planeta *Jurídico-Positivista*. 2.1 As Principais Visões Jurídicas. 2.2 As Concepções de Ross e de Hart. 2.2.1 Ross. 2.2.2 Hart. 3 Kelsen e Controvérsia. 3.1 Kelsen *Versus* Cossio em Cabral de Moncada. 3.2 Castanheira Neves: Seu Diálogo com Kelsen. 3.3 Kelsen em Ortega y Gasset. 3.4 De Kelsen paraRoss. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: O texto busca traçar o *positivismo jurídico kelseniano* de forma um pouco distinta da tradicional. Como o espaço da *galáxia positivista* é demasiado amplo para a sua total descrição, o ponto principal envolve a esfera jurídica, então, incontornavelmente, as teorias do Direito próximas ao pensamento de Kelsen. Justamente este aporte possibilitará o salto para comparar Kelsen com os outros autores. Logo, ter-se-á uma visão geral do *positivismo jurídico* e, após, o confronto do *austríaco* com os outros autores.

Palavras-chave: Filosofia do Direito. Kelsen. Outros Autores. Positivismo Jurídico. Teoria Pura do Direito.

Abstract: The text search delineates the legal positivism Kelsenian a little different from the traditional. As the positivist space of the galaxy is too wide for its full description, the key point involves the legal sphere the theories of law near the thought of Kelsen. Precisely this contribution will jump to the Kelsen compare with other authors. So, shall take an overview of legal positivism and after the confrontation with Kelsen the other authors.

Keywords: Kelsen. Legal Positivism. Other Authors. Philosophy of Law. Pure Theory of Law.

1 Introdução

Embora* a reflexão sobre o pensamento *kelseniano* seja uma temática muito explorada nas academias jurídicas, tanto em âmbito brasileiro como mundial, a pretensão deste trabalho não reside no esgotamento bibliográfico, crítico nem

---

[1] Professor; Doutorando pela Faculdade de Direito de Coimbra – Portugal

* Texto escrito com as novas regras ortográficas da língua portuguesa que entraram em vigor em janeiro de 2009.

analítico; pelo contrário, constitui mais um quadro informativo com um percurso distinto do desenvolvimento temático corrente na bibliografia consultada. Além disso, a exposição realizada no desenvolvimento está calcada mais na visão/interpretação *kelseniana* de alguns textos do autor. Tal opção foi motivada pela intenção de explorar a bibliografia pouco difundida sobre o tema.

A opção por não adentrar imediatamente no positivismo *kelseniano* ocorre pela necessidade de pré-compreensão de outras dinâmicas denominadas de positivistas. Isso tem implicações em alguns confrontos realizados pelo autor, pelo menos no tangente ao esforço de defender sua *Teoria Pura do Direito* juntamente com as bases teóricas sustentadoras de sua concepção, como a diferença epistemológica entre o *Sein* e o *Sollen*. Além do mais, o período histórico antecessor do jurista revela a direção do desenvolvimento do pensamento humano e o caminho percorrido até culminar na doutrina da *Teoria Pura*. Por isso, a visão, mesmo parcial do espaço, possui um sentido fundamentante no reconhecimento de (prováveis) detalhes do pensamento *kelseniano*, pois se pressupõe o seu conhecimento pelos dos autores e doutrinas clássicas. Isso revela o desenvolvimento das visões teóricas passadas e das presentes, além de constituir o cenário típico da movimentação *positivista*.

Porém, o espaço da *galáxia positivista* é demasiado amplo para a sua total descrição. Como o ponto principal envolve a esfera jurídica, então, incontornavelmente, as teorias do Direito próximas ao pensamento de Kelsen e aquelas possuidoras de traços positivistas têm espaço no *planeta jurídico-positivista*. Assim, não poderiam ser ignoradas como *Die Zurückführung des Rechts auf „Tatsachen"*, *Die Rechtssoziologie*, *Die Rechtstheorien des Neukantianismus* (*Der Dualismus von Sollen und Sein*, *Die konstitutive Funktion des Bewuâtsein*, *Unter dem Einfluâ der Marburger Schule* und *der Südwestdeutschen Schule* e *Die Reine Rechtslehre*). Exige-se a abordagem das concepções de dois juristas importantes como Hart e Ross; eles,

principalmente o último, elaboraram teorias jurídicas capazes de mostrar alguns contrapontos com o *positivismo kelseniano*, ou seja, elas servem de parâmetros em distintos ângulos de visão.

O tópico – Kelsen e *Controvérsia* – não possui o intuito, simplesmente, de estabelecer pontos de conflito entre o jurista e os demais pensadores; pelo contrário, é a exposição de debates de cunho esclarecedor de algumas percepções sobre a *Teoria Pura* e outras teorias. Ao convocar esses debates, objetivou-se a inclusão da forma dialética de expor as virtudes e os vícios das correntes expostas. Claramente, o intento está direcionado para a compreensão do pensamento do *austríaco* por meio das divergências doutrinárias. Isso demonstra os pontos fracos e fortes da *Teoria Pura*, além de estabelecer mais alguns pontos de contato com a sua lógica e a de seu autor. Na controvérsia, estão gravados os pontos de convergência e divergência do *positivismo jurídico kelseniano* diante das demais teorias sobre o Direito; porém, salienta-se a pontualidade dessas divergências, o que significa ali estarem postas exemplarmente algumas das diversas discordâncias decorrentes do embate de concepções. Portanto, o último tópico é um resumido espaço de uma perspectiva dialógica de diferenças teóricas entre os teóricos.

De fato, o principal objetivo é fornecer subsídios a mais para a tão explorada visão panorâmica *positivista*. Então, parte-se da base conhecida e inserem-se elementos de pouca evidência em outros focos de discussão. Por isso, o texto mostra a diferença na tentativa de estruturar e formar – de maneira não exaustiva – um consenso em torno do *positivismo kelseniano* e da ciência do Direito.

2 Uma Panorâmica Geral no Planeta *Jurídico-Positivista*

O *positivismo jurídico*, embora em crise, consiste, conceptualmente ainda, em uma teoria relevante ao estudo do Direito e sua filosofia. Mesmo com o abalo sofrido após a Segunda

Guerra Mundial,[2] o *positivismo* permanece no centro de muitas discussões, principalmente, quando defrontado com uma pressuposta noção de direito natural – que reduz a validade à justiça. Em outra perspectiva, encontra-se o *realismo* que vincula a validade à eficácia. Na busca de uma *via* entre o direito natural e o positivo, este último, com suas inúmeras variantes, se encontra fortemente atuante no seio do *pensamento jurídico*, principalmente como direito vigente ordenador de uma realidade social.[3] Ainda como linha orientadora para novas concepções que buscam manter distinções entre justiça, validade e eficácia.[4] Isso implica muitas tentativas de distinguir entre *ius* e *lex*, seja na aplicação de esquemas hermenêuticos/interpretativos, seja em considerar valores ético-morais como jurídicos, isto é, qualquer outra manifestação que considere o Direito mais abrangente do que as referências contidas na *lex*. Cabe ressaltar alguns sentidos, dentre os inúmeros, do *positivismo*: posição prática; sociológico-pragmática; teorético-filosófica; histórico-psicológica[5].

Essas correntes revelam a riqueza de pensamento produzida pela concepção geral *positivista*, além de denunciar a impossibilidade de reduzir o *positivismo jurídico* a uma única forma de manifestação, a *kelseniana* ou outra qualquer. Emerge daí a necessidade de direcionar algumas considerações

---

[2] SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar: 1998. p. 182.

[3] SALDANHA, *Filosofia do direito*. p. 178.

[4] REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005. p. 909 *vide* as distinções entre *jusnaturalismo* e *realismo jurídico* p. 906-909.

[5] Classificação de Eric Wolf apresentada em: SALDANHA, *Filosofia do direito*. p. 178. Para WELZEL, o *positivismo* reduz a razão a um caráter técnico-instrumental, que capta e interpreta as impressões sensíveis (empíricas). O valor do Direito é irrelevante, sendo decisivo somente aquilo que funciona como Direito, sem exceção alguma, e todo outro Direito não positivo é um contra-senso. O autor destaca o seguinte: é irrelevante o conteúdo conferido ao Direito positivo, podendo ser as idéias de um determinado ponto de vista, como as "idéias" fixas de um psicopata, como as idéias de homens geniais etc. WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural e Justicia Material*. Trad. Felipe Gonzáles Vicen. Buenos Aires-Montevideo, IB de F, 2005. p. 248-249.

sobre essas correntes e, também, sobre o pensamento característico de alguns autores *positivistas* para, justamente, situar, especificar e distinguir o pensamento de Kelsen no planeta *positivista*.

2.1 As principais visões jurídicas

O tratamento do Direito como uma ciência foi concepção pensada pela linha sociológica, que pretendeu elaborar normas jurídicas espelhadas em fenômenos naturais, sem a participação da vontade e ideais humanos.[6] Sem dúvida, o método a ser empregado se assemelha ao das ciências sociais, com três operações: a observação; a interpretação e a comparação.[7] De início, a teoria do Direito do *positivismo filosófico* deseja reduzir o Direito ao próprio fato-do-ser, ou seja, reconduz o Direito ao fato, sendo o *dever* uma conseqüência do juízo sobre o *ser*. Na possibilidade de visualizar a teoria sociológica do Direito, num sentido rigoroso, parte-se da teoria das *Gesellschaftswissenschaft*. Assim, Ehrlich[8] não

---

[6] PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 94; LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 95-99.

[7] LÉVY-BRUHL, *Sociologia do direito*. p. 99-117.

[8] A objeção fundamental, em termos da ciência do Direito, fende-se em dois fundamentos de distintas direções: o objeto e o método. Assim, pode-se considerar o Direito como norma, ou seja, como forma determinada de *Sollens* e como *Soll-regel* específica. Portanto, a ciência do Direito como uma normativa e dedutiva ciência dos Valores quer ensaiar a percepção do Direito como uma parte da realidade social (fato ou fenômeno), cuja regularidade abrange o caminho indutivo e a explicação causal. Nesse sentido, o Direito passa a ser uma *Seinsregel* de determinada conduta humana; então, a *ciência jurídica* se torna um modelo das *ciências naturais*. A possibilidade de ser uma ciência social está na identificação de condutas humanas diante do caráter social da vida em comum, das regras sociais, das regras da vida jurídica ou regras jurídicas. Assim é possível adjudicar para si a qualificação de ciência social ou sociologia, até mesmo a existência da sociologia jurídica, mas a sociologia do Direito, com seu objeto e método, é distinta da ciência do Direito. Existe a tendência de distinguir entre a observação e a forma de pensar, além de diferentes objetos entre elas. Na perspectiva da sociologia do Direito está implicado como o Homem age (*Sein*) e na perspectiva da ciência do Direito, como o Homem deve agir (*Sollen*). O conteúdo da norma é o que deve suceder, ao passo que o conteúdo da regra sucumbe ao que se deve pronunciar quanto ao que de fato sucedeu. Uma ciência jurídico-sociológica não pode pronunciar para o quê e dentro de que condições uma pessoa ou categoria de pessoas está juridicamente obrigada

ou autorizada, mas meramente ater-se ao que determina o Homem, como deve agir ou deixar de agir, dentro de certas pressuposições de fato. Com isso, tal ciência só pode ser um juízo de fato, um juízo sobre o contexto causal determinado por fenômenos e, tampouco, pode conter alguns juízos de valor a exemplo da biologia, da química ou da psicologia, como fato valorativo indiferente, pois o válido, nesse caso, é a associação causal. Naturalmente, a análise do objeto vai desembocar no exame e no esclarecimento da regularidade das condutas sociais do Homem. Logo, seriam alcançadas as regras de Direito por meio de condutas fáticas fornecidas por uma especial *sociologia jurídica*, apresentada por uma categoria social do *Sein*. Daí se retira o conceito normativo do Direito, assim abrange o Direito como norma e, diante disso, precisa valer como uma categoria de *Sollen*.

Kelsen destaca a falta de clareza na *Grundlegung der Rechtssoziologie* da separação do valor e da observação da realidade, além de ressaltar a contrariedade de Ehrlich pelo fato de a prática da *Jurisprudenz* querer estabelecer uma pura ciência teorética, baseada na abstração dedutiva: tal atitude faria o Homem perder o contato com a realidade. O *jurista sociólogo* acreditava que tal atitude estabeleceria uma grande contradição perante toda a genuína ciência, pois com o método indutivo o observador do fato iria aprofundar o conhecimento da essência do objeto. O *cientista jurídico* contesta a exclusividade do método indutivo como científico e ressalva o conhecimento científico pelo método dedutivo. Além disso, ele combate a aversão ao enxágue abstrativo com a indicação do enxágue da isolada aparição concreta. Para o *austríaco*, está-se diante da visão de uma ciência do Direito ser como uma disciplina causal-explicativa e indutiva, sendo o Direito considerado como a regra da ação geral do Homem, mas isso se colocaria em oposição à *Jurisprudenz* normativa. O emprego da palavra *regra* é questionado incisivamente, pois a questão é saber se é *Soll-regeln* ou *Sein-regeln*. Para esclarecer esse duplo significado de *regra*, empregaram-se as noções de biologia: nessa ciência, não se procura averiguar como deve comportar-se determinado *ser vivo* dentro de determinadas condições ou quais são seus direitos e obrigações, mas como ele se comporta regularmente. Nesse sentido, pode a sociologia – contanto que seja uma ciência do *ser* causal-explicativa – procurar fazer a *Seinsregeln* da conduta humana equivaler-se à *regra* ou a *lei* da biologia. Então surge a questão: o *Gewohnheitsrecht* seria aceito por Ehrlich como válido? Para responder a essa questão, é necessário conhecer algumas palavras preliminares, tal como Kelsen desenvolve. Então, até esse momento, foram procuradas regras para a ação de determinadas categorias (Ciência do Direito *kelseniana*), como o Judiciário ou outro órgão do Estado, mas a sociologia do Direito procura uma regra de ação em que todos os Homens se enquadrem. Nesse sentido, Ehrlich identifica as regras de ação de fato com cada dever-agir, isso acarretando uma sociologia particular, uma sociologia de órgão estatal, e da identificação do órgão com o Estado surge o Estado sociológico. Porém, a ação geral humana não é a ação do Homem em geral, se não uma ação particular do Homem indicativa de uma determinada direção. A questão está em diferenciar uma direção específica das demais direções resultantes da ação *humana*.

As consequências do pensamento *ehrlichiniano* estão expressas no exame do órgão Estatal, instigador da oposição da prática diante da teoria, e da oposição entre regra à ação do órgão Estatal e regra à ação de todos os Homens, além da oposição do causal e do normativo, do *Sein* e do *Sollen*. Aqui o ponto está na procura de uma regra geral para todos os Homens agirem, na tentativa de formar uma *Sein* e *Soll-Regeln*. Essas regras, denominadas de Ordenamento, algumas inferiores e outras superiores, na Comunidade são pensadas como prescrições de dever até cumprir-se

essa ordem de obrigações. Tais *regras* de indicação de tarefas de cientificidade, em contraposição à *Jurisprudenz*, cujo fim é a obtenção do objetivo da Sociologia jurídica teórica, têm caráter prático e teórico ao mesmo tempo.
O jurista *austríaco* transporta a análise para a questão das *Rechtssätzen*. A *Rechtssatz* pode significar a expressão linguística para o *dever jurídico*, isto é idêntico à *Rechtsnorm*; ou significar a expressão linguística para uma regra do acontecimento de fato, ou seja, possui igual significado da *Rechtsregel* no sentido do *Sein*. Para a diferenciação entre *Rechtssatz* e *Rechtsnorm* não é conveniente, contudo, se entender como *Rechtsnorm* o imperativo das condutas legítimas acerca de juízos e como *Rechtssatz*, uma outra formação linguística ligada num determinado *Tatbestand*, uma série de não-direitos. Então a *Rechtsnorm* é estatuída com o *Rechtssatz*, assim possa-se deixar identificar *Rechtsnorm* e *Rechtssatz*, nesse caso. O *jusfilósofo* destaca a crença de Ehrlich em que o Direito e as relações jurídicas, nos primórdios, eram fundamentados sem a generalidade dos *Rechtssätze*, sendo o Direito antigo idêntico à ordem interna da associação original. Tal ordem, segundo o *austríaco*, seria composta por uma soma de normas ou de determinadas *Seinsregeln* de condutas dos membros. Para o Ehrlich do Direito, as séries de condutas concretas entre os parentes, os pais e as crianças e as relações com outros clãs significavam Direito.
Séries de questionamentos feitos e respondidos pelo *austríaco* o levam a concluir que mesmo essas relações da ordem interna de associações primitivas encontravam-se baseadas na pressuposição da validade da *Rechtssatz*. Porém, não como o exposto por meio dos códigos e das legislações modernas – divisor de épocas – pois os membros da associação sabiam, antecipadamente, de suas obrigações e seus direitos, por isso, cumpriam os contratos, uniam-se em casamento ou manifestavam condutas aptas a gerarem direitos e deveres. O conceito *ehrlichiano* de *Rechtssatz* no sentido da *Rechtsnorm* compreende a *Sollregel*, pois as relações jurídicas, os negócios jurídicos podem estar dentro de pressuposição de *Rechtsnorm* ou de *Rechtssatz*. Se o jurista concluir um contrato ou instituir um testamento, ele precisa de uma *Rechtssatz* existente, segundo a qual os contratos ou os testamentos são obrigatórios; logo, ela estabelece, com isso, o abstrato diante do concreto.
Segundo o *austríaco*, se dentro da *Rechtssatz* está compreendido uma norma jurídica geral e obrigatória, então é logicamente impossível pensar relações jurídicas sem pressuposições semelhantes à *Rechtssätze*. A terminologia de Ehrlich apresenta um significado divergente com o habitual, a ponto de apresentar "uma quase" teoria da norma, ao estabelecer que a *Rechtssatz* não deve ser confundida com a *Rechtsnorm*, pois aquela é a redação geral e obrigatória de uma prescrição jurídica na lei ou num código. Diante dessa diferenciação, Kelsen destaca que tampouco pode se entender na *Rechtssatz* somente o aspecto gramatical da lei ou do código. O desenvolvimento da análise sobre a *Grundlegung ehrlichiana* dá-se de forma enfática nas expressões jurídicas compositoras da possibilidade de entendimento teórico (científico). Os argumentos do *austríaco* buscam evidenciar a falta de precisão no emprego das expressões na análise de períodos da História, além de buscar provar a inconsistência de situar o *Seinstatsachen* como objeto da ciência jurídica. Isso recai na visão dos institutos jurídicos como fatos psicológicos ou fenômenos do mundo exterior, sendo suas normas atribuídas pelo observador, pois para ele (Ehrlich), o Direito e as relações jurídicas são coisas pensadas, viventes na cabeça do Homem. Se assim fosse, destaca o *austríaco*, a *Jurisprudenz* seria um campo especial da Psicologia.
O modo de observação não conduz a um juízo *Recht* ou *Unrecht*, de um *deve ser* ou *não ser*, mas a um juízo de pensado e agido, de *ser* ou de *era*. O conhecimento do

considerava o simples regramento de relações idêntico à normatização; os acontecimentos não se encontram pré-escritos e, por isso, não são devidos.[9] Outra dimensão desse aspecto fático está no *marxismus*, pois, para ele, o Direito se reduz ao simples reflexo da estrutura econômica da sociedade. Não se visualiza o Direito com seus próprios valores, mas como outra coisa situada na superestrutura, sendo sua ação baseada na economia. Portanto, o aspecto jurídico é reduzido aos fatos sociais, no primeiro caso, e aos dados econômicos, no segundo, e será por eles condicionado.[10]

O fato psicológico do querer também fundamenta uma das correntes *positivistas*; sob esta perspectiva, a norma é a expressão de uma vontade que se consome à espera de outra. A sua particularidade encontra-se no reconhecimento recíproco – tanto psicológico quanto "habitual" – em uma comunidade de *seres humanos* capaz de compreender um

---

observador sociológico é *wertfrei*, como o da biologia. Assim, a distinção da *Soziologie* para a *Rechtswissenschaft* (no sentido normativo) é igualmente a distinção de uma *história religiosa* para a *Theologie*. A confusão, segundo Kelsen, está em não saber dividir o modo de observação, ou seja, toma-se em consideração explicativa do esclarecimento do *Sein* sociológico e recaí, diretamente, no conceito normativo do Direito. Disso, porém, advém um importante resultado da investigação da sociologia jurídica que é o conhecimento imediato do "*Tatsachen des Rechtes*"; e nada mais pode ser entendido como regra baseada sobre um *Tatsache* como objeto de regulação, sendo, talvez, os fatos do Direito, objeto de regulação justa. O modo de observação não conduz a um juízo *Recht* ou *Unrecht*, de um *deve ser* ou *não ser*, mas a um juízo de pensado e agido, de *ser* ou de *era*. O conhecimento do observador sociológico é *wertfrei*, como o da biologia. Assim, a distinção da *Soziologie* para a *Rechtswissenschaft* (no sentido normativo) é igualmente a distinção de uma *história religiosa* para a *Theologie*. A confusão, segundo Kelsen, está em não saber dividir o modo de observação, ou seja, toma-se em consideração explicativa do esclarecimento do *Sein* sociológico e recaí, diretamente, no conceito normativo do Direito. Disso, porém, advém um importante resultado da investigação da sociologia jurídica que é o conhecimento imediato do "*Tatsachen des Rechtes*"; e nada mais pode ser entendido como regra baseada sobre um *Tatsache* como objeto de regulação, sendo, talvez, os fatos do Direito, objeto de regulação justa. Trechos baseados em: KELSEN, Hans. *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*. In: ASWP. Band. 39, Heft I. Tübingen: Paul Siebeck, 1914. p. 839-845.

[9] ZIPPELIUS, Reinhold. *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*. 3. Auflag. München: Beck, 1973. p. 12.

[10] ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*. p. 13; *vide*: WELZEL, *Introducción a la Filosofia del Derecho*. p. 257-271.

respeito contínuo da segurança normativa. O Direito é constituído por meio do *psíquico* correspondente ou de outro suporte fático fixo de experiência.[11] A questão do aspecto fático ainda se encontra invocada noutra corrente, esta de grande importância para as concepções *kelsenianas*: a *teoria neokantiana do Direito*. Ela assume posição relevante na forma como *a Reine Rechtslehre* vai se posicionar diante do fato e do Direito; isso implica rigorosa diferenciação entre *Sollen* (*Vorschreiben*) e *Sein* (*Beschreiben*).

A norma (*Sollen*) não possui um simples sentido descritivo, pois diferencia-se da verificação de como o Homem é de maneira regular. Ela deve indicar algum acontecimento,[12] ou seja, estabelece afirmações descritivas sobre o decorrer dos acontecimentos, as quais [afirmações], inclusive, poderão ser refutadas por meio de experiências distintas. A questão prescritiva assume duas implicações: se por um lado apresentar-se-á com aparência de conduta social, por outro, o objetivo da prescrição normativa se aproximará de um valor desejado de conduta na realidade social. Significa perceber a possibilidade de alterar a conduta prescrita quando

---

[11] ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*. p. 14. O autor continua sua exposição no sentido de indicar a necessidade de atualização do Direito na direção de um *intersubjetiver Sinngehalte* em que a maioria dos homens participarem numa coordenação comum de ações humanas.

[12] ZIPPELIUS deixa o seguinte exemplo: „... daß der Richter in bestimmter Weise urteilen soll, selbst wenn man prophezeien kann, daß er im vorliegenden Rechtsstreit tatsächlich anders („falsch") entscheiden wird." In *Das Wesen des Rechts*. p. 15. WELZEL chama atenção ao falar do *neokantismo* de STAMMLER do conceito e da idéia de Direito, sendo o primeiro constitutivo e a idéia apenas regulativa. In: *Introducción a la Filosofía del Derecho*. p. 252. Ainda para esse autor, a ciência do Direito se constitui em uma *ciência final*, pois ela se calca na relação entre *meio* e *fim*, ao contrário das ciências da natureza que estão baseadas na relação *causa* e *efeito*. A *ciência jurídica* limita-se à função de sistematizar adequadamente o conteúdo oferecido pelo direito positivo, sem inserir qualquer espécie de alteração ou acréscimo. Sob essas coordenadas pode-se conhecer o Direito *justo*. Aí advém sua teoria do *Direito justo*. Como o Direito é um modo de pensamento – de um querer vinculante – ele está sob a exigência da justeza. Porém, essa idéia está ligada à unidade de consciência; assim uma proposição jurídica será justa se não contraditar com o conjunto de pensáveis "quereres jurídicos." LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 117-121.

esta entra em contradição com a experiência. No entanto, a prescrição pode persistir diante de conduta social diversa e poderá ser atribuída uma sanção para tentar motivar o respeito à prescrição normativa. Assim, a apresentação prescritiva da norma não pode perder seu fundamento de validade para não infringir a ordem.[13]

Com outro ângulo de visão, encontram-se as noções da expectativa[14] *cognitiva* e da *normativa*[15] ao se enquadrarem nessa dicotomia *neokantiana*. Destarte, pode-se traçar a seguinte distinção: a *expectativa cognitiva* versa sobre a realidade e experimenta ajustar a ela todo caso de frustração da expectativa. Para a *expectativa normativa* vale o contrário; ela não pode ignorar se alguém transgrediu/desapontou a expectativa, ou seja, ela não pode ajustar a transgressão à realidade. Salienta-se, novamente, que a norma jurídica não contém enunciados descritivos, mas prescritivos. O conjunto do ordenamento jurídico é reduzido à proposição de dever ser. Isso tem validade para norma primária (que regra as *zwischenmenschlichen Verhaltens*) e para a norma secundária (sanção de *Vollstreckungszwang oder Strafe*) dispostas para o caso. Assim, proposição dever ser está fundamentada em outra proposição de dever ser, como num circuito fechado, por isso que as variantes da filosofia do direito *neokantiano* estão de acordo.[16]

---

[13] ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*. p. 15-16.

[14] Para ZIPPELIUS, a palavra expectativa pode ocultar sentidos diversos daqueles esperados. In: *Das Wesen des Rechts*. p. 17. Para Luhmann, as estruturas possuem um recorte mais delimitado das possibilidades, delimitação efetuada pelas expectativas (as expectativas são fáticas – p. 57). Mas por elas serem enganosas em relação à complexidade do mundo, o sistema das instituições trabalha com a perspectiva do desapontamento. Por isso, o desapontamento decorre de eventual surpresa advinda da complexidade do mundo. LUHMANN, Niklas. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983. p. 55.

[15] A diferença entre a expectativa *cognitiva* e a *normativa* consiste, resumidamente, em: a primeira diz respeito à adaptação da expectativa desapontada à realidade desapontante; a segunda versa sobre a sustentação da expectativa, no intuito de contrapor-se à realidade desapontante. LUHMANN, *Sociologia do direito I*. p. 56, para maiores informações sobre essas expectativas p. 53-66. Em relação ao conceito de norma baseada numa expectativa (-fática) *vide*: LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 32.

[16] ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*. p. 16-18; REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998. p. 23-26.

Ainda no trajeto proposto, abre-se a possibilidade de considerar a *função constitutiva da consciência* dentro da visão *neokantiana*. O fundamento está na teoria do conhecimento e na metodologia do dualismo: *ordem* e *unidade* no mundo apresentado e não pretendido pelo conhecimento, mas gerado por meio do pensamento e resultado de uma síntese. Assim, o pensamento projeta a *lei* e o contexto, além de constituir o objeto do conhecimento. Outra questão essencial está na metodologia, ao transportar o ponto de vista copernicano à criação da seleta cientificidade isolada da atividade, ou seja, da consciência. O produto da síntese categorial é resultante da realidade, ao se expressar na teoria do conhecimento – um produto formado do conceito da ciência cultural. Diante disso, é possível entrar na zona de influência da *Marburger Schule*. Essa escola filosófica concentra-se na função condicionada e sintética da consciência, sendo ela constituídora do objeto do conhecimento.

Na norma que determina a relação humana existe a diferença entre a norma jurídica e a regra advinda do costume; no entanto, existem características gerais entre elas. Por isso, faz-se necessário criar características identificadoras das normas jurídicas com o objetivo de diferenciá-las das outras espécies, por exemplo, das costumeiras. Dessa maneira, a filosofia do Direito deve interpelar o *conceito de Direito* para proporcionar a determinação dos objetos do conhecimento a fim de centralizar a realidade jurídica no ato de demarcação das normas de Direito de outras normas, sendo o *conceito de direito* constitutivo (com as formas de pensar permanente, a evitar a arbitrariedade e a injustiça)[17] – a vontade apresenta alguma coisa a ser realizada no futuro, assim as normas jurídicas ordenam a vida em comum do Homem. Logo, a consciência coopera constitutivamente na formação e na delimitação do conceito geral. Critica-se o conceito de coisa bem como o conceito de Direito por não serem puros, mas conceitos *a priori*, ao mostrar as reflexões prévias do sujeito.[18]

---

[17] WELZEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*. p. 252-253.

[18] ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*. p. 18-20; REALE, *Fundamentos do direito*. p. 138-141.

Outra escola a exercer influência na perspectiva *neokantiana* é a *Südwestdeutschen Schule*, ao partilhar concepção e método próprios. A maneira da livre-valoração e a generalizada da observação fornecem, como objeto do conhecimento, a lei natural num constante regresso à realidade contextualizada. A partir de então, mostra-se uma corrente contra o formalismo metódico da escola anterior, ao renunciar à validade de normas injustas. Ademais, se alcança uma idéia de *Direito natural de conteúdo variável*.[19] Isso implica a diferenciação da norma jurídica das demais normas sociais, pois a primeira tem um caráter específico de valor, um sentido para realizar, diga-se: a *justiça*. Essa visão admite normas que não aspirem à *justiça*, porém elas carecerão da natureza geral do Direito, podendo-lhes ser recusada a aplicação por serem injustas (não-jurídicas).[20] A questão jurídica está circunscrita no *justo* e *injusto*, como leciona Radbruch, ao negar validade às normas injustas e nocivas ao bem comum.[21] Por fim, o esforço *neokantiano* destaca-se pela tentativa de deixar intacta a estrutura do conceito de Direito do estrito *positivismo*, sendo considerada uma teoria complementar ao inserir componente de "irrealidade", de "ideal", no conceito *jurídico positivo*.[22]

Com o foco delimitado em Kelsen, a incursão resumida aos/nos dois autores seguintes possui o condão de estabelecer duas janelas diferenciadoras em face do horizonte *kelseniano*. Esses dois autores, conjuntamente com Kelsen, são oriundos da mesma tradição intelectual, nem por isso eles deixam demonstrar de entre si, pontos de divergências. A questão principal, neste momento, é diferenciar o positivismo

---

[19] WELZEL, *Introducción a la Filosofia del Derecho*. p. 253.

[20] ZIPPELIUS, *Das Wesen des Rechts*. p. 20-21.

[21] RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997. p. 417.

[22] WELZEL, *Introducción a la Filosofia del Derecho*. p. 256-257; LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*. p. 125-138. Para uma abordagem do pensamento de RADBRUCH *vide*: KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004. p. 62-67.

empirista e o analítico, do aquele idealista. Nesse talante, buscar-se-á uma visão abrangente do pensamento de dois autores ligados ao patrimônio intelectual do *positivismo*, o que implica o vínculo com o *kelsenianismo* sendo mais um fato evidenciador da existência de diversas correntes *positivistas*.

2.2 As concepções de Ross e Hart[23]

A preocupação deste tópico é uma apresentação dogmática dessas duas personagens do pensamento jurídico. A pretensão não é colocar algum deles no fogo cruzado das críticas nem mesmo construir estratégias para criticar o positivismo *kelseniano*, mas somente buscar compreender os respectivos pensamentos para enriquecer a paisagem das estruturas/estratégias positivistas de Kelsen: nada além de mostrar pontos de partida e de chegada distintos do conceito de Direito.

2.2.1 Ross

A proposta filosófica de Alf Ross reside no sentido da interpretação do conceito de Direito válido. O ponto-chave desencadeia uma sequência de significados norteadores, a começar pelo conceito de regra jurídica que clama pelo gênero denominado de proposição diretiva. As proposições diretivas exercem influência no comportamento, porém não possuem o escopo informativo. Para guiar o comportamento humano de modo pré-estabelecido, encontram-se as espécies de proposição diretiva, as regras jurídicas.[24] Portanto,

---

[23] Esse tópico tem como base as considerações de BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo, uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[24] O exemplo fornecido pelo *jusfilósofo* é a analogia da regra jurídica com a regra de xadrez. A imagem desenhada é a seguinte: dois jogadores de xadrez e um terceiro a observar o jogo. A hipótese de o observador não conhecer as regras do jogo, faz com que os movimentos realizados pelos jogadores não possuam nenhum sentido. Assim, as jogadas, para o observador, serão arbitrárias e sem propósito. No entanto, se o observador conhecer as regras do jogo, cada movimento terá um significado e ele poderá compreender as jogadas e o jogo. BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 68.

as regras jurídicas, sob determinado ângulo, são captadas pelos sentidos, com a possibilidade de serem explicadas por *leis* baseadas nas noções fisiológicas. Porém, a questão jurídica não é estancada nesse momento; para entendê-la é preciso convocar regras jurídicas, pois a dimensão das *leis casuais* não satisfaz as exigências das regras jurídicas. A questão focaliza-se nos significados dos fenômenos sociais do Direito, portanto, deve pressupor as regras jurídicas. Elas são diferenciadas das técnicas, sendo as jurídicas diretivas ao indicarem diretamente a conduta a ser observada. Quando não cumpridas/transgredidas, resultam em uma sanção ou protesto, ao passo que as técnicas indicam condutas-meios para se atingir uma determinada finalidade e quando não observadas, o objetivo desejado não se cumpre.[25]

Após conhecidos os traços das regras jurídicas, é fundamental estabelecer os critérios de identificação. Para tal, devem ser considerados dois modelos pré-compreensivos de identificação. O primeiro, denominado "*condutivista*", consiste na observação dos comportamentos. No entanto, a observação não é suficiente para identificar as regras ao não permitir diferenciar as regras das regularidades de conduta, ocasionadas pelo costume, pelo hábito, pela técnica. Assim, nem sempre atinge a medida diferenciadora entre a regra jurídica (do permitido e proibido) e comportamentos habituais. O segundo, conhecido como "*formalista*", limita-se a consultar os documentos contentores das regras jurídicas prescritas. Para Ross, tal modelo é insuficiente devido à dificuldade de conhecer as regras praticadas pelos membros sociais. Depois de verificada a insuficiência desses dois modelos, o pensador propôs duas regras: 1) para contrariar a insuficiência do *formalismo*, ele estabelece que a regra deve ser efetiva e ser constatada pela observação; 2) do mesmo modo, em oposição ao *condutivismo*, a obrigatoriedade social da regra deve estar calcada na experiência emocional.

---

[25] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 68.

Portanto, a validade[26] da regra será auferida pela efetividade do comportamento movido pelo sentimento de obrigatoriedade social. Nota-se a interdependência das regras com os fenômenos; sem essa ligação não se pode determinar a conduta adequada às regras jurídicas. Então, a regra jurídica só tem sentido, de fato, quando é empregada para interpretar os comportamentos sociais.[27]

A validade do Direito consiste no conjunto abstrato e normativo de idéias que servem de molde interpretativo dos fenômenos do chamado *Direito em ação*. Destarte, são normas efetivamente obedecidas por serem socialmente obrigatórias. A concepção de *Direito em ação* deve ser pensada por meio de um conjunto de normas, após estar estabelecida uma ligação com um conjunto de comportamentos sociais visualizados como um todo. Na seqüência, os atos sociais são identificados por meio da análise estrutural das ordens jurídicas nacionais. Tais ordens possuem duas formas: as regras de conduta e as regras de competência. As primeiras estabelecem o comportamento, já as segundas, dizem respeito à competência das autoridades. Consequentemente, as regras comportamentais só podem ser estabelecidas pelas autoridades instituídas pelas normas de competência (ambas constituem o ordenamento nacional). Cabe salientar sobre as regras de conduta que, para o autor, elas são diretivas aos Tribunais sobre o exercício de seu poder. Aos indivíduos, resta conhecer como o Tribunal julga determinado caso e, diante dessa informação, os indivíduos poderão conformar suas condutas. Portanto, o *Direito em ação* está contido no

---

[26] A questão da validade deve ser destacada pela diferente consideração que ela tem de Ross para os jusnaturalistas e para Kelsen. O termo validade, para Ross, indica existência de da norma ou do sistema de normas em contraposição a regra pensada ou projeto de regra. A validade encontra-se completa se considerar a validade sendo a norma considerada pelo juiz como socialmente obrigatória; logo, a natureza da validade é psicológica, ao depender das considerações mentais do juiz. Em suma, essas considerações serão pautadas pela *ideologia jurídica em vigor*. BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 71-74 e 76.

[27] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 68-70.

conteúdo das sentenças dos Tribunais a vincularem, por meio da força física, aqueles resistentes a observar a sentença. Portanto, diante dessas noções e definições, é possível encaixar o pensamento na corrente normativista.[28]

Em face dos conteúdos das sentenças dos Tribunais serem a expressão das regras jurídicas e, também, essas sentenças derivarem de um juiz dotado de convicção própria, o ordenamento jurídico só pode ser conhecido a partir de uma investigação dos sentimentos animadores das mentes dos juízes. Por meio dessa investigação o autor pretende encontrar a ideologia indicadora das normas válidas. Ele acredita num processo determinado de tomada de decisão sobre uma regra e não outra, que afasta a arbitrariedade, a formar uma ideologia comum presente entre os juízes. Essa ideologia possui a função de indicar o caminho para o juiz desvendar as diretivas decisivas ao caso em debate. Logo, a ideologia não tem o condão de estabelecer a controvérsia jurídica, pois ela se mostra como um processo de reconhecimento do Direito, não ultrapassando o sentido tradicional de *fonte jurídica*. Ademais, a visualização da ideologia só pode ser efetuada por meio da observação da postura ética dos juízes.[29]

A esfera legislativa do Direito se refere às normas textuais como: a constituição, as leis emanadas do órgão legislativo, os decretos, os regulamentos etc. Tais normas recolhem sua autoridade diretamente das *normas de competência*, tendo a promulgação força legal. Elas, as normas, estabeleceram as condições formais e materiais do ordenamento jurídico, ou seja, determinam os procedimentos legislativos: quem está apto a legislar; o conteúdo das normas; como e quem deve criar outras normas de competência. Assim, o ordenamento vai se tornar mais complexo e adquirir uma forma hierárquica. A fórmula abstraída desse contexto se resume a ser a norma capaz de produzir norma de acordo com as condições materiais e formais ditadas pela norma superior. A denominação

[28] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 70-71.
[29] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 77-78.

se restringe ao seguinte: norma "inferior" e norma "superior". A visão do ordenamento é exemplificada da seguinte forma: norma de competência 3 (não produzida por nenhuma autoridade) institui autoridade 3; autoridade 3 produz norma de competência 2 que institui autoridade 2; autoridade 2 produz norma de competência 1 que estabelece autoridade 1.[30]

Num esquema hierárquico, para não cair no infinito, é essencial formular uma *norma básica* que, segundo o autor, pode ser encontrada na Constituição formal. Além disso, é a norma depositária do poder de emenda à Constituição. Justamente ela é considerada norma superior às outras por ter a capacidade de elaborar normas constitucionais. Por conseguinte, têm-se dois níveis de normas constitucionais: o daquelas capazes de fazer ou emendar normas e o das normas elaboradas pelas autoridades instituídas pela norma suprema. A questão da norma básica instituidora dessa autoridade está numa "ideologia pressuposta", pois ela não foi instituída por nenhuma autoridade. A partir de então, a hierarquia vai proporcionar a criação de normas desde o topo até a base: a norma superior cria normas e autoridades que, por sua a vez, estabelecem normas e autoridades até chegar à base. Mas Ross possui uma particularidade nesse ponto. A autoridade máxima no sistema é a norma que possui o poder de reforma, logicamente por estar situada acima das demais normas constitucionais, embora materialmente seja uma norma constitucional. Em decorrência desse fator, o poder constituinte é instituído, assim a norma que institui o poder não pode sofrer reforma, pois é autorreferencial e o pressuposto ideológico mais alto do ordenamento. A sua mudança é juridicamente inviável, mas sua alteração somente se dará por meio do fato psicossocial.[31]

Em relação à diferença entre a eficácia e a validade, a eficácia tem consistência na aplicação efetiva das normas pelos

---

[30] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 78-79.
[31] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 79-81.

juízes ao passo que a validade encontra-se no elemento psicológico (no sentimento) dos magistrados. A validade é ligada à ideologia que, por sua vez, estabelece uma unidade das normas do ordenamento jurídico. Os juízes animam a validade das normas e a eficácia acaba por se tornar efeito da validade. Portanto, na prática as normas não aceitas/rejeitadas pelos Tribunais, como aquelas regras que se afastam da materialidade do ordenamento, perderão a validade por ineficácia. A adição da eficácia, na concepção de Ross, pode determinar a extinção da validade de uma norma ou estabelecer como válida uma prática criada pelos Tribunais. Então, aqui, a validade não se liga à ideologia, mas à eficácia.[32]

2.2.2 Hart

Herbert Hart busca demonstrar a importância do conceito de regra na concepção do Direito e não admite a redutibilidade do Direito à ordem coercitiva e ao hábito de obediência. Por isso as regras não podem ser fundamentadas em comandos ou ameaças, pois existem outras normas possuidoras de funções diversas dos comandos. Nomeadamente, há aquelas regras que criam condições de validade para algum ato jurídico, ao conferir poderes aos indivíduos a fim de regularem relações de caráter jurídico. Outro destaque está na esfera de aplicação da norma sob condições coercitivas, em que o comando, no Estado Moderno, está dirigido a uma classe ou generalidade de destinatários, inclusive ao(s) próprio(s) criador(es). Ainda a teoria da origem das regras legislativas não pode ser aplicada ao costume, por faltar nesse a presença do elemento da vontade consciente em sua elaboração. Assim se dá com a insuficiência da idéia de hábito na exemplificação feita por Hart, quando da passagem da soberania de *Rex* para o *Rex II*. Logo, o autor demonstra a lacuna jurídica na sucessão de legisladores, pois as regras estabelecidas por *Rex II* só seriam consideradas jurídicas após a criação do hábito de obedecer a ela.

---

[32] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 82-83.

De outro modo, se existisse uma norma estabelecendo o legítimo sucessor de *Rex*, portanto *Rex II*, as suas ordens adquiririam caráter jurídico no momento da posse do poder soberano. Portanto, a comparação entre a *regra social* e *hábito* ocorre das seguintes formas: para a existência de um hábito em um grupo basta uma convergência de comportamentos, e o desvio comportamental não resulta em reprovação. De modo inverso, na existência de uma regra social, a transgressão da regra implicará a reprovação por parte dos membros. A reprovação ao comportamento desviante é legítima, na existência da regra social, por parte dos membros e até mesmo reconhecida pelos violadores. Tanto a regra social como o hábito possuem uma regularidade no comportamento capaz de ser observada (aspecto externo), mas as regras agregam uma atitude reflexiva em relação ao comportamento regrado (aspecto interno).[33]

Junta-se, aqui, a concepção das regras que estabelecem a autoridade com a prerrogativa de legislar, portanto, de criar regra, com isso, elas explicam e legitimam a continuidade e as características da autoridade. Perante essa espécie de regra, identificam-se no tempo as pessoas aptas a legislarem. Porém, o autor invoca a observância de regras de legisladores passados, como do século XVIII, ao argumentar que não é por força de hábito a respectiva observação, mas justifica-se pelo emprego de referência atemporal por meio dos Tribunais e funcionários do sistema. Isso acaba por atribuir poder legislativo àqueles já mortos. Desse modo se constata, no fenômeno jurídico, a não-homogeneidade das regras, o que possibilitou, segundo a sua função, dividi-la em regras primárias e regras secundárias. As primárias têm como função estipular o dever, ao impor um comportamento a todos os cidadãos ou categorias de pessoas. Noutra função, estão as secundárias, elas estabelecem poderes e se referem a criação, a alteração e a aplicação das regras primárias.[34]

---

[33] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 97-100.
[34] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 100-102.

As regras secundárias suprem a deficiência das regras primárias, por isso o esforço de Hart em destacar a necessidade delas nos sistemas jurídicos complexos. Por meio de um exercício de imaginação, o autor convoca argumentos para destacar a importância das regras secundárias. Logo, imagina-se um cenário de uma sociedade primitiva que possui, apenas, regras de caráter costumeiro aplicadas pelos próprios membros, pois nessa sociedade não existe o poder judiciário, nem o legislativo ou qualquer outro. Diante do cenário exposto, cabe arrolar os seguintes argumentos: a regra primária apresenta incertezas, por não delimitar quais as regras que podem ser consideradas regras da sociedade. Então, cabe recorrer à regra de reconhecimento, justamente para identificar quais são as regras a serem observadas pelo grupo.

O caráter estático das regras primárias apresenta-se como outra deficiência, pois o único modo de alterá-la é por meio da mudança de costumes. Nesse sentido, não existe como introduzir novos padrões de comportamento, porém, se existissem regras de alteração vinculadas ao poder legislativo, seria possível inserir novos padrões comportamentais. O terceiro aspecto junge-se ao fato de a pressão social difusa causar ineficácia nas regras mantidas pela sociedade. A falta de regras indicadoras de como proceder à aplicação das regras primárias resulta em grande dispêndio de tempo do grupo em se auto-organizar para aplicar a regra e no crescimento da violência derivado da autotutela. Tais deficiências podem ser contornadas por regras instituidoras de um órgão julgador, a estabelecer se aconteceu a violação da regra e qual a sanção a ser aplicada aos culpados.[35]

O sistema jurídico se estabelece com a junção de regras primárias com as secundárias e forma a idéia de sistema por meio da regra de reconhecimento ao aplicar a concepção de validade. Como fundamento do sistema convoca-se, a situação social, em que todos os membros sociais instituem

[35] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 102.

critérios (legislação, precedentes dos tribunais, costumes...) comuns a fim de identificar as regras instituidoras de obrigações. A complexidade das sociedades atuais estimula a regra de reconhecimento a admitir vários critérios dispostos hierarquicamente até atingir o ponto supremo. O critério supremo qualifica as regras reconhecidas por ele como regras do sistema. Então, quando as regras reconhecidas por outros critérios colidem com as regras reconhecidas pelo critério supremo, aquelas deixam de ser regras do sistema.

A regra de reconhecimento raramente se encontra de forma expressa, sua existência é manifestada pelo uso dos tribunais e funcionários no momento de identificação das regras do sistema. Isso, segundo Hart, pode ser feito por meio da análise dos enunciados dos funcionários ou tribunais que a empregam. Aqui são invocados dois fatores enunciadores da regra de reconhecimento: o ponto de vista interno e o ponto de vista externo. O ponto de vista interno revela a aceitação da regra; assim, o enunciado proferido por alguém reconhece a vinculação – ao expressar uma regra – da seguinte forma: "O direito dispõe que...". Em contraposição, do ponto de vista externo a regra não é aceita; no entanto, alguém observa a aplicação de um ângulo exterior – ao considerar o fato da existência de uma regra – por meio do seguinte enunciado: "No Brasil, reconhecem como direito...".[36] Para Hart, a validade jurídica está imiscuída na diferenciação entre os pontos de vistas externo e interno.[37]

A validade da regra passa pela afirmação interna, ou seja, está atrelada à identificação como regra do sistema ao se conformar aos critérios da regra de reconhecimento. A supremacia hierárquica da regra de reconhecimento é notória justamente por ser a última regra invocada no processo de validação. Portanto, qualquer alteração, criação ou aplicação deve estar dentro dos parâmetros definidos por essa regra,

---

[36] Os exemplos dos pontos de vista interno e externo são de: BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 104.
[37] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 103-104.

pois está aí o termo de fundamentação da validade de qualquer regra. Como a regra de reconhecimento fundamenta todo o sistema, ela não tem questionada sua (in)validade. Cabe acrescentar mais algumas considerações dos pontos de vista interno e externo sobre a regra de reconhecimento. Internamente, ela é um padrão identificador das demais regras do sistema por parte dos funcionários e juízes, por meio de referências às regras. Na perspectiva externa, ela constitui-se em fato, numa prática social complexa capaz de ser observada, tendo como referência os fatos.[38] A eficácia referida por Hart está em consonância com a obediência frequente e não com a desobediência. Por isso, não existe uma relação necessária com a validade de uma regra concreta, porém, se a regra de reconhecimento incluir em seus critérios a regra do desuso, consequentemente vincula a validade à sua eficácia.[39]

Ao desenvolver esquematicamente o pensamento desses dois juristas, notam-se diferenças e semelhanças, embora o esforço, aqui, não esteja localizado em distinções entre eles, mas em criar uma paisagem do positivismo propriamente jurídico. São dois autores (com certeza ficaram de fora inúmeros outros nomes) marcados por uma *ratio* especificamente moderna, pois se movimentam, cada qual com suas peculiaridades, na direção do cientificismo jurídico – na busca cega pela segurança e certeza.

3 Kelsen e Controvérsia

A *Reine Rechtslehre* ocasionou e ocasiona no mundo jurídico um abalo. A lógica nela impregnada tornou-se um desafio analítico aos incursores do *positivismo jurídico*, em suas diversas formas, sem poderem ignorá-la por completo. Qualquer tentativa de estabelecer uma visão panorâmica nítida sobre as fundamentais correntes positivistas não pode

[38] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 104-105.
[39] BARZOTTO, *O Positivismo Jurídico Contemporâneo*. p. 105-106.

deixar de citar a *Reine Rechtslehre*, nem mesmo ignorá-la no estudo da norma e do ordenamento jurídico. Na realidade, o pensamento *kelseniano* marcou um espaço relevante no conhecimento jurídico. A firmeza da sua logicidade levou-a – permanece ainda hoje – a inúmeras discussões sobre os componentes e sua teoria como um todo. Para visualizar o *mundo positivista* de Kelsen de outro ângulo não analítico-expositivo de sua teoria, far-se-ão algumas inserções de interlocutores com ele.[40]

3.1 Kelsen *versus* Cossio em Cabral de Moncada[41]

As circunstâncias a serem invocadas neste tópico dizem respeito ao encontro entre os dois juristas em Buenos Aires, em 1949. Ambos dialogam sobre a *Reine Rechtslehre* e a *Teoria Egológica do Direito*, a fim de esclarecer alguns pontos, já que o segundo pretende substituir a posição de teoria do Direito do *normativismo kelseniano* ao propor um *condutivismo cossiano*. O discurso de Kelsen foi intermediado pela posição socrática nos diálogos de Platão, assumida por Cossio. As questões destacadas circundam o objeto da ciência do Direito e os limites da *Reine Rechtslehre* em face à ciência. O jurista *austríaco* distingue a ciência socionormativa das ciências naturais ao elencar dois aspectos da primeira: o *estático* e o *dinâmico*. O estático se refere puramente ao sistema de normas, sem relação com os atos de criação e aplicação do Direito. Está aí o objeto da ciência do Direito. O dinâmico considera a criação e a aplicação do Direito, com isso, o seu objeto é constituído pela conduta humana condicionada pelas normas. Embora exista essa distinção, a teoria *kelseniana* tem como objeto a *norma*. Foi convocada, também, a distinção

---

[40] Esses interlocutores e as respectivas fontes bibliográficas são aquelas disponíveis no momento. Não se ignora a existência de inúmeros outros interlocutores e fontes mais qualificadas e diretas.

[41] Esse tópico é inteiramente baseado numa recensão do livro *Kelsen-Cossio: Problemas Escogidos de la Teoría Pura del Derecho* em MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*. v. II. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004. p. 319-324.

entre *Rechtsnorm* e *Rechtssatz*. Mas o jurista *austríaco* não se limita à análise da lógica estrutural das proposições nem ao exame lógico da regra de Direito. Está clara a necessidade do emprego da lógica na análise do *dever ser*, não podendo ela, isoladamente, constituir a *teoria do Direito*. Encontra-se, conjuntamente, a especificação do conteúdo das regras de Direito em contraponto às demais regras sociais; só a teoria geral do Direito está apta para delinear as concepções jurídicas e os preceitos fundamentais como sanção, obrigação, responsabilidade [...].[42]

Em face do exposto, a reação de Cossio foi reconhecer a aproximação do pensamento da *teoria pura* com o *egológico* no condizente ao chamado *axioma ontológico* (*tudo o que não está proibido, está permitido*) e da característica lógico-formal do nexo imputativo do *Sollen*. No entanto, o problema ontológico da conduta a despontar como objeto único da ciência do Direito, fundamento da teoria *egológica*, causa a divergência básica entre os juristas. A divergência concentra-se na incidência do sentido normativo na *conduta humana*. Para o *condutivismo cossiano*, a conduta constitui as normas jurídicas, que são esquemas interpretativos da conduta; logo, o jurídico existe ontologicamente antes das normas. Para o *normativismo kelseniano*, as normas constituem as condutas como jurídicas, a existência antecipada da norma jurídica transforma a simples conduta em juridicamente relevante. As diferenças entre os dois juristas não se resumem a essas nem aos idiomas, por tanto, a aproximação entre as duas concepções é impossível em face às inconciliáveis *Weltanschauung*. A base de *pensamento* de Kelsen está calcada no *neokantismo* de *Marburg* que reconhece unicamente a existência lógica do *Sollen*; tal idéia afasta questões ontológicas do Direito, ao colocá-las como sem sentidos ou como falsos problemas.[43]

Cossio entende o Direito de outra forma: fundamentalmente, ele é existencialista, fenomenólogo e engajado culturalmente. Por essas qualificações, pode-se visualizar um abismo

---

[42] MONCADA, *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*. v. II. p. 320-321.
[43] MONCADA, *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*. v. II. p. 322-323.

intransponível entre os dois juristas e as duas teorias. O argentino carrega ontologicamente sua concepção com a *existência* e a *cultura* na mesma direção. Aposta numa *teoria dos objetos* na qual introduz a idéia de objetos culturais como reais e capazes de serem experimentados. Ademais, sua postura *existencialista* e *heideggeriana* atribui a liberdade à essência do *ser humano*. Por conseguinte, o Direito se reveste de condutas produzidas por seres livres. No *kelsenianismo*, a existência e a liberdade não possuem sentido no Direito. A liberdade, então, é assumida como marco final da imputação normativa, sendo que a existência não ultrapassa a categoria de símbolo. Os mundos criados pelas duas teorias se encontram, somente, na lógica jurídica; nos demais pontos são opostos e distintos, sendo impossível o advento de uma superação teórica de uma teoria em relação à outra. Não existem pontes possíveis de serem construídas entre elas, inclusive uma dialética seria inconcebível, por se tratar de *linguagens* distintas. Portanto, o diálogo foi marcado mais pela simbologia diplomática do que pela científica.[44]

3.2 Castanheira Neves: seu diálogo com Kelsen[45]

O diálogo travado por Castanheira Neves com a concepção *kelseniana* coloca na perspectiva da unidade sistemática o ponto central da discussão. A hipervalorização do teorético em face da *práxis* estrutura o cunho científico da sistemática do Direito; uma reflexão intensamente elaborada pelo jurista *austríaco* a ponto de transformá-la no principal problema epistemológico do século XX. A separação metodológica da ciência do Direito das demais esferas do conhecimento, principalmente, da *sociologia* e da *política* foi fruto da orientação do dualismo *neokantiano*. A intenção de empregar esse mecanismo fundamenta-se no desejo de estabelecer

---

[44] MONCADA, *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*. v. II. p. 323-324.

[45] Tópico baseado em: NEVES, António Castanheira. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)*. In: Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 95-180.

a pureza do objeto e da teoria. O *jusfilósofo* de Coimbra também intenciona manter a autonomia do Direito em relação à *sociologia* e à *política*, porém insiste na autônoma problematização do *fato* em termos axiológico-normativo. Nesse sentido, não se abandona o fato, simplesmente recupera-se, em face do Direito, o controle da regulação normativa de validade axio-lógica. Em face à *política*, também não se deve impingir à esfera jurídica a completa absorção das vontades originadas na *política* sem, ao menos, considerar o pensamento jurídico da legitimidade. Embora se mantenha a autonomia do Direito, é preciso estabelecer uma dialética com a *sociologia* e com a *política*, a fim de não ingressar num ideal abstrato nem perder o fundamento de validade normativa do político.[46]

É necessário compreender a intenção do *jurista português* em refutar a pureza do método e do objeto, pois o Direito é lançado na prática da vida com uma intenção de validade axiológico-normativa a enfrentar a problemática histórica. Para tal, o pensamento jurídico é convocado a assumir essa problemática com a intenção de *dever ser*. Por conseguinte, ele não observa diferença entre a intenção do Direito e a intenção do pensamento jurídico. Este deve assimilar a primeira intenção e realizá-la na prática. Tal pensamento diferencia-se do *kelseniano* pela tomada prática de posição, distinguindo-se da indiferença ao sentido axiológico-normativo do Direito com o objetivo de construir um conhecimento formal sobre ele. Traduzindo de forma direta: o pensamento jurídico não deve servir à ideia de ciência, mas à ideia de Direito. A cisão entre os dois juristas concentra-se, nesse momento, no objetivo que cumpre o *pensamento jurídico* frente à realidade da vida. Se o *austríaco* pretendia estabelecer um conhecimento alheio a qualquer influência externa, o *português* visa manter a autonomia do Direito sem, no entanto, perder de vista a realidade problemática da vida. Portanto,

---

[46] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 95-103.

o problema *de* Direito não é epistemológico, mas sim, prático-normativo.[47]

É primacial compreender a diferença da questão da *unidade do sistema jurídico* diante do *jurista português*. Para ele, a *unidade* concentra-se no sentido prático-normativo do Direito e não em um sistema teorético da ciência jurídica. Aqui existe o distanciamento conceitual da *Wiener Schule* de um postulado do conhecimento jurídico, mas como ordem prática, não tanto como *unidade objetiva*, mas como *unidade intencional*. A *unidade* não é algo dado previamente nem descoberto pela interpretação, ela resulta do movimento prático-normativo. Assim, a *unidade* não se cumpre na abstração do princípio da igualdade generalizado de modo formal; ela exige a interferência no nível das circunstâncias concretas da sociedade, ou seja, da igualdade material. Isso corrobora a descrença na dedução sistemático-conceitual e afirmativa da realização normativo-constitutiva na aplicação do Direito.

Desse conjunto de esclarecimentos decorrem, correlativamente, então, a justiça no sentido material e a historicidade, o que revela uma intenção "aberta" do *sistema*. Tal abertura indica a insuficiência da unidade abstrata do sistema, mas não significa que os casos jurídicos se limitem àqueles abstratamente previstos nem que os critérios normativos para a realização do Direito sejam exaustivos. Se o Direito não está limitado pela unidade abstrata pré-estabelecida, a segurança jurídica se estrutura pela noção de continuidade ao considerar a concreta e mutável realidade social, a fim de responder validamente à adequação exigida. Por conseguinte, a estabilidade se sustenta na continuidade e essa, na unidade; portanto, a importância da unidade não é apenas teorética, mas prática.[48]

O desacordo com Kelsen em relação à unidade do sistema está na perspectiva de considerá-la como problema

---

[47] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 103-109.
[48] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 109-111 e 120-124.

posto no momento da realização do Direito, ou seja, ao enfocá-la dessa forma, a pressuposição existencial abstrata do sistema é posta em causa. Logo, o esclarecimento do problema, para o autor *português*, encontra-se na metodológica fenomenologia da realização do Direito. A partir de então dar-se-á o ponto de corte nas respectivas teorias no referente à unidade. Se o pensamento *kelseniano* não ultrapassa a fronteira estrutural-formalista, Castanheira Neves avança no sentido da prática normativa para a constituição da unidade jurídica e do Direito. Este não foge à dimensão histórica e isso implica não se restringir ao desenvolvimento intra-sistemático, pelo contrário, o transcende. Além disso, o sentido normativo constituendo constituído não se resume a um único momento ou patamar do pensamento jurídico.[49]

A normatividade jurídica não está destituída da dimensão *axiológica* como pretendia Kelsen, ao desvencilhar o *axiológico* do jurídico – pelo menos em sua análise científica do Direito – pois, para o jurista *português*, ela é o fundamento da normatividade. Logo, aqui existe o afastamento do dogma empírico-analítico que assume grande relevância no *pensamento kelseniano*. A distinção relevante não está plasmada unicamente no afastamento dogmático, ela se encontra no *axiológico*. O elemento *axiológico* estabelece os pressupostos sentidos de validade objetivados como todas as realizações do considerado humanamente significante. Portanto, o crucial focaliza-se no momento *axiológico* para delinear a essência da normatividade, ou seja, isso provoca a necessidade de reconhecer, na dimensão valorativa, o fundamento de normatividade e, ao mesmo tempo, contraria a dimensão finalista. A constituição desse momento *axiológico* provoca a autonomia da *instância de validade*, mecanismo capacitado a manter a autonomia do Direito em face da política.

---

[49] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 124 e 132. Em face de o trabalho estar restrito ao pensamento *kelseniano*, não se aprofundará a visão do *jusfilósofo* português. Para a compreensão dessa metodológica fenomenologia, *vide* p. 124-134.

Nesse ponto constitutivo da própria dimensão jurídica, o *austríaco* se limitou a imaginar a formalidade da *Grundnorm*, diferentemente da dimensão jurídico-material decorrente da *axiologia*.[50]

O fator dogmático do Direito possibilita a objetivação racionalizada e sistematizada do *normativo*, o que significa admitir a correlação entre a matéria e a forma. Os *princípios* fundamentais da senda normativo-jurídica precipitam a validade axiológica dogmatizada. Esta dogmática não é confundível com a teológica a ontologizar a normatividade absoluta de um sistema fechado. Pelo contrário, a dogmática abordada demonstra duas características principais: abertura sistemática e problemática dialética, ou seja, na sua formação e realização. Com isso, a dinâmica do sistema jurídico atua constitutivamente sem plasmar-se em pontos fixos da História nem em conceitos estáticos; ou seja, não se torna vulnerável às influências externas e, com isso, mantém sua autonomia. A abertura somada à dialética estrutura o sistema para enfrentar, coerentemente, as mudanças sociopolítico-econômicas, sem expor o Direito ao simples formalismo fechado. Ainda, as tais características são capazes de adaptar o sistema à intersubjetividade, que derrubou o modelo ideal do sistemático *a priori*.[51]

O pensamento *kelseniano* concebe uma unidade normativo-sistemática de unidade lógica *a priori*. Tal unidade de relacional conexão não é uma abstrata unidade lógico-conceitual, é uma unidade capacitada a institucionalizar um processo normativo e dinâmico, a fim de produzir (aplicar) o Direito, tendo como fundamento legitimante-normativo a *Grundnorm*. A partir daí, a unidade sistemática é desenvolvida pelo escalonamento de competências normativas, legitimado a criar normas hierarquicamente inferiores de intenção concretizadora. Embora a atribuição dinâmica do sistema jurídico *kelseniano* seja verificada nas normas inferiores,

---

[50] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 134-140.
[51] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 144-147.

a *Grundnorm* não apresenta tal qualificação, seu caráter estático não abre espaços para a dialética própria do normativo jurídico nem admite outro sentido do movimento dialético, o de baixo para cima. Esse problema é oriundo do próprio esquema intelectual do racionalismo teorético-sistemático-analítico pois, no caso *kelseniano*, somente é pensada a normatividade e abandonado o elemento condicionante do histórico-concreto jurídico, o que, para o jurista *português*, afasta a autêntica realização do Direito.[52]

A pressuposição da *Grundnorm* provoca a pressuposição das demais normas sem verificação, constituindo-se no sentido normativamente dogmático. Desse modo, deixa-se a validade normativa para a assunção da validade lógica. As consequências disso estão na juridicionalização da estrutura do sistema coativo de normas do poder. Os limites de atuação do poder não se encontram na idéia de "justiça", somente na lógica implementada pelo sistema normativo. O fator material, nesse caso, não compõe a dimensão jurídica a ser concretizada, ele se mantém na senda do pensamento e é atribuído às outras áreas da cultura. Por conseguinte, a normativa unidade prática jurídica também é relegada.[53] A questão a ser ressaltada é a insuficiência da lógica dos *pressupostos* na missão de concretizar o Direito. Os referidos *pressupostos* não alcançam as exigências problemáticas impostas pela dinâmica social. A crítica *portuguesa* acentua o vazio material como uma insuficiência de essência normativa do Direito, a qual impossibilita a construção de uma resposta adequada (*a posteriori*) ao problema a ser respondido pelo Direito. Porém, isso não implica o completo fechamento do sistema, pelo contrário, é importante a abertura sistemática com a reconstrução dialética numa frequente constituenda ordem de alteração.[54]

---

[52] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 155-159.
[53] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 160-161.
[54] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 171.

A divergência entre os dois *jusfilósofos* concentra-se no desinteresse *kelseniano* pelo aspecto normativo material e pela plena preocupação com a formal analítica da idéia de pureza científica do Direito: a ingenuidade de considerar a ciência pura algo afastado da dominação do poder. Essa concepção deixou de ser verificável no momento do emprego de sua teoria para justificar atos de autoritarismos. Mas o jurista *austríaco* exilado não intencionava entregar o Direito nas mãos dos déspotas, apenas queria resguardá-lo deles. Em suma, a divergência latente entre os dois juristas está na consideração formal e material do Direito.[55]

3.3 Kelsen em Ortega y Gasset[56]

Os dois autores, em suas trajetórias de vida, não chegaram a se encontrar, mas entraram em contato com uma filosofia em comum durante os respectivos períodos de aprendizagem: a *neokantiana* da *Marburg Schule*. Outras duas semelhanças estão: a) nos discípulos em comum – Luis Recanséns Siches e Luis Legaz Lacambra (indiretamente); b) na circunstância de viverem em exílio. Mas, os dois tiveram sortes distintas nesse período: Kelsen seguiu sua carreira acadêmica nos Estados Unidos da América, ao passo que Ortega y Gasset perambulou por diversos locais, até retornar à Espanha, em 1945, para readquirir o *status* de repatriado. Destaca-se a falta de evidências de um encontro entre os dois pensadores, mesmo quando o último esteve nos Estados Unidos da América. Porém, isso não infere o desconhecimento recíproco das respectivas concepções teóricas, pois o filósofo *espanhol*, em toda a sua obra, cita duas vezes o *austríaco*. Além do mais, os dois discípulos foram, de forma determinante, influenciados pela doutrina *kelseniana* a ponto de publicarem estudos direcionados a analisar a *teoria pura*. Já o *austríaco*,

---

[55] NEVES, *A unidade do sistema jurídico*. p. 180.

[56] Tópico baseado em: LLANO ALONSO, Fernando H. *Las glosas de José Ortega y Gasset a Hans Kelsen*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. s. V, anno LXXXIII, n. 3 – luglio/settembre. Milano: Giuffrè, 2006. p. 407-434.

ao longo de sua obra, não menciona o *madrileño*; no entanto, devido aos discípulos em comum, ao interesse em temas comuns e à grande divulgação – em diversos idiomas – do livro *La rebelión de las masas* (1930), pode-se inferir o possível conhecimento da concepção, mesmo resumida, do pensamento *orteguiano*.[57]

O primeiro aspecto a ser invocado se refere à crítica de Ortega y Gasset ao hermetismo da *Reine Rechtslehre* ao escrever sobre o pintor *Diego Velázquez* e a evolução estética e técnica da pintura no decorrer da História. Ao analisar essa evolução, o filósofo espanhol reconhece a mudança em todas as esferas da cultura humana. Em relação ao nexo entre o pintor e o jurista, ele estabelece o *hermetismo* cerrado a distinguir, radicalmente, o conhecimento técnico do profano. Isso significa compor uma política para os políticos, um direito para os juristas [...]. Essa perspectiva é marcada pelo tempo vivenciado pelo *madrileño* em uma época propensa ao domínio da especialização do conhecimento científico que ele considera bárbaro, típico do *homem-massa*. A tentativa de buscar a pureza metodológica do Direito, eliminando todos os elementos considerados estranhos do campo de visão jurídico, faz Kelsen constituir, para o espanhol, um jurista-bárbaro. Destaca-se, novamente, que os discípulos *orteguianos* foram influenciados pela doutrina *kelseniana* assim como inúmeros juristas do século XX.

Todavia, Ortega não se entusiasma com a autossuficiência e a assepsia das ciências, o formalismo do *positivismo jurídico*, o resplandecer do arbítrio do poderoso (dominador) ou com o aporte da ideia de neutralidade, em que julga ter esquecido a essência do Direito. Ele segue a crítica dos *jusfilósofos* do *Nachkrieg*, no sentido de Radbruch, excetuando a aproximação com o conceito de *jusnaturalista*. O filósofo está mais próximo do *formalismo ético* adotado pelo Bobbio, rechaçando qualquer critério de justiça além do Direito positivo, ou seja,

---

[57] LLANO ALONSO, *Las glosas de José Ortega y Gasset a Hans Kelsen*. p. 407-411.

da *lei*.[58] Nesse ponto, ele se aproxima de Kelsen, porém se afasta na forma de conceber a *ciência jurídica* como análise focada na norma jurídica embasada em *juízo lógico-hipotético* conectado à medida coativa. Para o *madrileño*, a modificação do Direito é um fato social, uma realidade encontrada nas relações interindividuais da vida coletiva, um fato que demonstra um comportamento exemplar para a manutenção da própria coletividade. Por ele se fundar em toda a vida de uma comunidade. O *filósofo* não admite o ato coativo do Estado como sustentáculo do Direito nem que exista uma identificação entre ambos.[59]

Outro ponto de crítica *orteguiana* se encontra no positivismo e normativismo *kelseniano*. O ataque é desferido contra o fundamento de o Direito estar calcado unicamente em algo jurídico. Assim, o Direito não pode estar fundamentado só em algo jurídico nem mesmo a ciência tem seu último fundamento em algo científico. Em face de tal crítica, cabe situar o *filósofo* na *neokantiana Marburg Schule*. Ortega distancia-se do formalismo idealista de tal *Schule*, ao tentar preencher os conceitos *kantianos* vazios do bom e do justo, mas reconhece que sua educação baseou-se no *neokantismo*. Segundo ele, para aprender filosofia, seria necessário estudar na Alemanha, porque, na época, a filosofia de *Marburg* era o ponto de referência de inúmeras universidades alemãs. Por isso, não poderia esquivar-se de penetrar, até as últimas consequências, no sistema filosófico *neokantiano*. Sua intenção era compreender profundamente tal teoria para buscar uma saída/alternativa, porém ele não recusa a sua origem teórica, apenas tenta evitar cair na *ontofobia* – reducionista dos objetos da experiência em conteúdos da consciência – de seus mestres de *Marburg*. Seu ponto de discordância está na admissão bidimensional do Homem; para o *madrileño*, existem as dimensões objetiva e subjetiva, ou seja, uma parte

[58] LLANO ALONSO, *Las glosas de José Ortega y Gasset a Hans Kelsen*. p. 412-417.
[59] LLANO ALONSO, *Las glosas de José Ortega y Gasset a Hans Kelsen*. p. 417-420.

vital e outra racional, inseparáveis do *ser*. Assim, o conceito de Direito encontra-se na realidade social, ao contrário da tese do normativismo formalista, de Kelsen que não escapa da responsabilização inerente às consequências do *neokantismo*.[60]

A partir do desvio conceitual *orteguiano*, o Direito assume uma perspectiva *raciovitalista*. Para o *filósofo* espanhol a sociedade constitui um sistema de vigência social, significando um conjunto de usos que exercem sobre cada indivíduo uma coação, portanto, um sistema normativo. Nota-se que esses usos não são meros fatos sociais ou simples condutas repetidas, pois eles reúnem algumas características particulares: a) coatividade; b) irracionalidade; c) processo lento de formação; d) normatividade; e) vigência social. Nesse talante, existe a divisão em *usos débeis e difusos*, aqueles correspondentes aos usos e costumes, os tratos sociais e *usos fortes e rígidos*, participantes do Estado de Direito (a economia, a política, o direito). Essa distinção baseia-se no grau de obrigatoriedade. O Direito, portanto, para ele, é uma classe ou um conjunto de usos diferenciados – por suas características – de outras classes de usos.

Embora exista normatividade nos usos *orteguianos*, sua diferença da ideia *kelseniana* focaliza-se na concepção jurídico-formalista dessa última em face da jurídico-sociológica do *madrileño*. A vigência possui função análoga à validez do sistema *kelseniano*, sendo a norma um *Sollen* independente de sua eficácia, e sua validade atrela-se ao essencial idealizado. A concepção *orteguiana* vincula a validade à sua eficácia; já a coação não é realizada pelo Estado (Kelsen), mas pela *opinião reinante*, capacitada a coagir os indivíduos a agirem conforme os usos sociais e a impedir a produção de comportamentos antissociais. Logo, a figura do Estado não tem o sentido de coator dos indivíduos.[61] Em suma, o ponto nodal localiza-se entre o *Sollen* e o *Sein* na perspectiva de

---

[60] LLANO ALONSO, *Las glosas de José Ortega y Gasset a Hans Kelsen*. p. 421-425.
[61] LLANO ALONSO, *Las glosas de José Ortega y Gasset a Hans Kelsen*. p. 427-431.

enquadramento do Direito. Se para Kelsen o Direito se manifestava por um *Sollen*, para Ortega y Gasset o *Sein* compunha o Direito com traços de *Sollen*, embora prevalecesse o *Sein*.

3.4 De Kelsen para Ross[62]

Primeiramente, destaca-se que Ross foi aluno de Kelsen e, em muitos pontos, seguiu caminho oposto ao de seu professor. A sua respeitável fama de expoente da escola *Realista do Direito* evidencia o seu afastamento de concepções do *jusfilósofo austríaco*, porém esse escreve algumas considerações/observações sobre *On Law and Justice*.[63] De início, Kelsen chama a atenção para a diferença do trabalho de Ross(*Towards a Realistic Jurisprudence*) em relação à sua *Reine Rechtslehre*. Ross, este defende uma teoria realística que a compreende o caráter empírico de negação da especulação metafísica e de tendência de *Seinstatsachen*. Ressalta Ross que a *noção legal* deve ser interpretada como concepção da realidade social. Porém, a *Reine Rechtslehre* não se aproxima do conhecimento empírico do Direito, pois seu objeto é a *norma* ou o *sistema de normas*, sendo a norma a *prescrição do Sollen* e não um *Seinstatsache*. Assim, o conhecimento pode ser dirigido ao *Seinsakt* ou ao *Soll-Sinn*. No entanto, entre os dois objetos existe a diferença de o primeiro ser real e do segundo ser um objeto ideal. A questão concerne à distinção existente entre as duas dimensões: a do fato e a ideal, ou seja, como se conduz o Homem e não como ele deve conduzir-se; então Ross aproxima o conceito de Direito ao conceito de realidade social.[64]

O *austríaco* destaca algumas passagens no *On Law and Justice* referentes à ciência do Direito e ao Direito, sendo que

---

[62] Tópico com base em: KELSEN, Hans. *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice*. In: Österraichshe Zeitschrift für öffentliches Recht. Band X. Wien: Springer, 1959/1960. pp. 1-25.

[63] BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 157.

[64] KELSEN, *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre*. p. 1-2.

ele diferencia o Direito como um complexo de regras e a ciência do Direito como o conhecimento das proposições jurídicas. Isso implica o reconhecimento do Direito como norma prescritiva e o Direito como ciência descritiva. Ainda ressalta que as normas (advindas das *leis* contidas nos estatutos ou das normas oriundas dos precedentes) do Direito prescrevem determinada conduta. Logo, essa forma, a diretiva para a decisão jurídica, considera, ainda, o sistema nacional como um corpo integrado de regras disciplinadoras da coerção estatal. A *teoria realista* encontra-se, nesse sentido, em consonância com a *Reine Rechtslehre*, ao considerar o Direito um sistema de coação de normas ordenadas orientadoras de certos órgãos jurídicos, as quais, em determinadas condições, serão impostas (normas coativas) contra os indivíduos. Kelsen, em face disso, afasta o *Sein* como objeto da *realistischen Rechtswissenschaft* e aproxima o *Sollen*. Ademais, no escrito *Towards a Realistic Jurisprudence*, o Direito é concebido como *Seinstatsache*, no momento em que ele busca separar o ponto de vista normativo do conceito jurídico e determiná-lo como puro fato.[65]

Ao estabelecer a forma do objeto do Direito e da Ciência do Direito, Ross cria uma contradição, segundo o jurista *austríaco*; por conseguinte, não é possível conceber o Direito como norma, no sentido de dever prescritivo e, ao mesmo tempo, qualificar a Ciência do Direito como uma descrição do *Seinstatsache* (no sentido de ciência empírico-realista). O aspecto empírico da Ciência do Direito permanece na descrição da norma estabelecida, sem tangenciar o *Sollen*: o *Sollen* da *Rechtsnorm* possui o sentido de prescrição imperativa, já o *Sollen* do *Rechtssatzes* se expressa no sentido da descrição indicativa. Segundo Kelsen, a *Jurisprudez* tradicional confunde *Rechtsnorm* e *Rechtssatz* e não distingue claramente o Direito da Ciência do Direito, mas Ross evita esse erro. Este *jurista* classifica as *Rechtsnormen* como *directives*,

[65] KELSEN, *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre*. p. 3-4.

já as proposições (*Sätze*) da *Rechtswissenchaft* se manifestam nas doutrinas, nos livros de Direito. Porém, um ponto destoante da *Reine Rechtslehre* está na negação de a *Rechtsnorm* ser uma proposição descritiva da *Sollsätze*; assim, a proposição (*Satz*) é um *Seinssatz*, ou seja, uma afirmação sobre o *Seinstatsache*. Ross não percebe que a palavra *Sollen* possui, além do caráter de prescrição, o caráter de descrição, com isso, pode-se inferir – na toada de Kelsen – a existência de diferença no emprego de *Sollen* na *Rechtssatz* e na *Rechtsnorm*: na primeira, a palavra se apresenta como um juízo lógico, ao passo que, na segunda, pode constituir-se na realidade (verdade) ou não-realidade (não-verdade).[66]

Outro ponto de afastamento entre as duas teorias (a *Reine Rechtslehre* e a *realistische Rechtstheorie*) encontra-se num problema importante e difícil para as *Teorias positivas do Direito*: as relações entre o *Sollen* do Direito e o *Sein* da realidade natural. Assim, são necessárias algumas considerações entre esses dois polos. Há de se considerar o Direito positivo como as *Soll-Normen* estabelecidas por meio de um ato humano que são consideradas, também, em sua grande e total eficácia. Com isso, a *Teoria positiva do Direito* encontra-se no meio de duas teses polarizadoras. Num polo localiza-se a tese de que entre a *Geltung*, como um *Sollen*, e a *Wirksamkeit*, como um *Sein*, não existe relação alguma, sendo as duas totalmente independentes uma da outra. No polo oposto estão aqueles que creem na total identidade entre a *Geltung* e a *Wirksamkeit*. Os dois polos apresentados mostram traços falsos, pois o Direito não se restringe ao plano ideal nem somente ao plano concreto (dos fatos), isto é, a norma jurídica prescreve dentro de determinadas condições de que maneira o Homem deve

[66] KELSEN, *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre*. p. 4-8; para demonstrar sua razão, o *austríaco* utiliza o exemplo dado pelo próprio Ross da lei penal da Califórnia. Segundo Kelsen, em suma, a *Satz* não é uma descrição, por isso, se o policial prender ou não o criminoso, ela continuará possuindo sua validade, significa dizer, a *Satz* gostaria que a prisão do criminoso se realizasse, todavia, se isso não ocorrer ela continuará com a plena validade. Por isso, ela não pode ser descritiva, sob pena de não ser verificada ou não corresponder à realidade com a proposição. (p. 7).

proceder; caso ele não proceda da maneira determinada existe a prescrição de um ato sancionatório a ser aplicado, pelos órgãos jurídicos, ao faltoso. Encontra-se aí a junção ao ideal (*Sollen*) e do real (*Sein*) no momento em que a prescrição de um dever torna-se um fato. No entanto, ressalta Kelsen, a *Soll-Norm* permanece com sua *Geltung*, quando esta não atinge a plenitude de sua eficácia (torna-se fato); diante disto, a *Geltung* não se identifica com sua *Wirksamkeit*. Portanto, em sentido oposto a esse, Ross baseia-se na identificação da *Geltung* com a *Wirksamkeit*.[67]

Segundo Kelsen, em *Towards a Realistic Jurisprudence*, Ross identifica o dualismo da *Reine Rechtslehre* como um erro fundamental. A "*validity*" não é nada mais do que experiências subjetivas de impulsos/motivos dirigidos à ação. Assim, no conceito objetivo de *Soll-Geltung* será racionalizado esse impulso/motivo em direção a uma determinada conduta, porém ele a considera um erro, pois a racionalização provém da impossibilidade da *teoria do conhecimento* realizar tal operação, deixando-a sem sentido. Logo, significa o abandono do conceito de validade normativa do Direito referente àquilo que não seja *Seins-Wirklichkeit*, sob pena de tornar a *Geltung* somente uma palavra. Este autor acredita poder dar outro significado à *Geltung* do que aquele constante na *Reine Rechtslehre*. Então, a *Geltung* não é *Soll-Geltung*, mas um *Tatsache* – um impulso (*behaviour attitude*) a determinada conduta sob o respeito à autoridade ou o medo do exercício da coação prescrita na norma jurídica. Destarte, a própria *validity* se insere no âmbito da *reality*, já como um fato real. Ele elimina o conceito de *Geltung* como idéia normativa, mas devido ao objeto da *Rechtswissenschaft* ser uma *conduta humana*, um *Seinstatsache*, a *Geltung* não pode ser seu critério de ideia normativa. Em face disso, Kelsen destaca que não cabe indagar se o fato vale ou não, mas se ele existe ou não; somente a *Soll-Norm* pode ser questionada se vale ou não.[68]

---

[67] KELSEN, *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre*. p. 9-11.
[68] KELSEN, *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre*. p. 11-15.

Cabe ainda destacar a observação *kelseniana* da *Geltung* na teoria *Rosseniana*: portanto, dado que a *Geltung* é um motivo determinado em cada conduta fática, isso a indica como a *Wirksamkeit* do Direito, que não se reduz a simples aplicação por um órgão jurídico ou o medo da sanção. Ela é também um cumprimento fático por meio da sujeição do indivíduo pelo Direito. O conceito de *Geltung* apresenta dois fatores: um é externo, o físico; outro é interno, o psíquico. A *Wirksamkeit* do Direito corresponde à conduta jurídica é um determinado motivo para ela. Todavia, Kelsen insiste em destacar a diferença de *Geltung* e *Wirksamkeit*, principalmente no que diz respeito à precedência da *Geltung* sobre a *Wirksamkeit*, no sentido de que, antes de qualquer juiz aplicar a norma ao caso, ela já possui *Geltung*. Também pode ocorrer uma conduta que deveria ser sancionada conforme a norma jurídica, porém acabou por não ter sido aplicada a sanção ao indivíduo, mas nem por isso ela perde sua *Geltung*. Encontra-se, nestes exemplos, a impropriedade da negação, por parte de Ross, do dualismo entre *Sollen* e *Sein*, que ele acreditava ser uma separação metafísica, já que é a imanente validade do positivismo jurídico. As críticas de Ross são em direção ao caráter formal da validade da *Reine Rechtslehre*.[69]

Na mesma negação do dualismo, Ross ataca a *Grundnorm*, porém Kelsen defende-se na mesma linha acima exposta. Portanto, em último momento, cabe destacar que a *Positivität* do Direito não é a sua validade, mas é a norma cujo ato humano a estabelece.[70]

4 Conclusão

O *positivismo jurídico kelseniano* é objeto de inúmeras análises teóricas e práticas e ainda serve de paradigmas aos diversos juristas no momento de pensarem as instituições jurídicas e o Direito em si mesmo depois dos reflexos pós-guerra.

---

[69] KELSEN, *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre*. p. 16-22.
[70] KELSEN, *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre*. p. 23-25

Por isso, não é de um todo retrógrado analisar esse *positivismo*, mas ao mesmo tempo, não traz nada de inovador às atuais discussões sobre o Direito. Ao reconhecer essas duas perspectivas, o desenvolvimento da abordagem desse *positivismo* atravessa alguns elementos peculiares do pensamento do *austríaco*, por vezes encobertos por outros ângulos de visão. O encobrimento é justificado pela impossibilidade, em pesquisas gerais, de observar os detalhes contidos nas obras e no pensamento de Kelsen. Embora ele tenha sido cuidadoso na forma de sistematizar seu pensamento e expor sua teoria, o entendimento torna-se complicado quando se parte de pré-compreensão diferente e em épocas distintas. Outra questão importante nos primeiros momentos da análise é, justamente, a multiplicidade de visões sobre o *positivismo* como movimento da cultura em geral. Conforme a aplicação de uma das diversas teorias positivistas, o Direito muda por completo a visão jurídica, mesmo estando sob a égide doutrinária do positi-vismo. Logo, isso deve ser levado em consideração no momento da análise. Porém, nesse aspecto, a dificuldade é imensa, pois recai a interpretação do teórico e do analista do teórico sobre a concepção basilar da teoria em questão.

O caminho foi desenhado em face dessas considerações. O olhar sobre o *positivismo jurídico* se justifica na medida em que se reconhecem as bases teóricas denominadas como tais. Significa desvelar e distinguir conceitos, teorias e doutrinas ligadas, direta ou indiretamente, a essa corrente. Claro que, para atingir os objetivos do trabalho, necessitou-se de um breve olhar sobre a teoria. Este trabalho de escavação buscou encontrar a base *kelseniana* e diferenciá-la de outras correntes/autores.

Em outro plano da exposição, buscou-se fornecer algumas visões de Kelsen e de outros autores sobre a *Teoria Pura do Direito*. Não se trata de crítica ou elogio, mas de convocar outras perspectivas para encarar o mesmo objeto em exame: o *positivismo kelseniano*. Esses juristas e textos foram invocados devido à disponibilidade bibliográfica e à forma como

se colocam diante de Kelsen. Isso implica que tais controvérsias são apenas ilustrativas, a não ser naqueles textos referentes diretamente aos autores e às teorias, como é o caso dos artigos do próprio Kelsen e Castanheira Neves. Embora neste último autor, o texto abranja mais a sua própria idéia do que a *kelseniana*, nem por isso deixa de formar um diálogo com o *austríaco*. Em outros dois tópicos, está-se diante de uma visão de um terceiro sobre dois autores Kelsen e Cossio e Kelsen e Ortega y Gasset. Por último, Kelsen desenvolve críticas ao Ross. A intenção da última parte era trazer alguns elementos novos ou, pelo menos, não tão difundidos – não se encontram nas bibliografias consultadas, salvo aquela expressamente indicada no texto – para análise do *positivismo kelseniano*. Isso também significa obter do *austríaco*, explicações mais detalhadas da sua *teoria* e da *Weltanschauung* jurídica.

Salienta-se, por último, devido à infinidade de material existente sobre o autor e sobre o positivismo, que as escolhas aqui feitas dizem respeito ao material disponível e, além de tudo, configuram bibliografias relevantes para esta temática, embora se possa divergir da opinião dos respectivos autores, inclusive a do autor deste estudo.

Referências

BARZOTTO, Luis Fernando. *O Positivismo Jurídico Contemporâneo, uma introdução a Kelsen, Ross e Hart*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico. Lições de filosofia do Direito*. Trad. Márcio Pugliesi; Edson Bini; Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.

KAUFMANN, Arthur. *Filosofia do direito*. Trad. António Ulisses Cortês. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

KELSEN, Hans. *Eine Grundlegung der Rechtssoziologie*. In: ASWP. Band. 39, Heft I. Tübingen: Paul Siebeck, 1914. p. 839-876.

_____. *Eine „Realistische" und die Reine Rechtslehre. Bemerkungen zu Alf Ross: On Law and Justice*. In: Österraichshe Zeitschrift für öffentliches Recht. Band X. Wien: Springer, 1959/1960. p. 1-25.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LÉVY-BRUHL, Henri. *Sociologia do direito*. Trad. Antonio de Pádua Danesi. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LLANO ALONSO, Fernando H. *Las glosas de José Ortega y Gasset a Hans Kelsen*. In: Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto. s. V, anno LXXXIII, n. 3 – luglio/settembre. Milano: Giuffrè, 2006. p. 407-434.

LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995.

_____. *Sociologia do direito I*. Trad. Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

MONCADA, Luís Cabral de. *Estudos de Filosofia do Direito e do Estado*. v. II. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 2004.

NEVES, António Castanheira. *A unidade do sistema jurídico: o seu problema e o seu sentido (diálogo com Kelsen)*. In: Digesta. Escritos acerca do Direito, do Pensamento Jurídico, da sua Metodologia e Outros. V. 2. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica*. Trad. Verginia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Trad. L. Cabral de Moncada. 6. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1997.

REALE, Giovanni e ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. v. 3. 7 ed. São Paulo: Paulus, 2005.

REALE, Miguel. *Fundamentos do direito*. 3. ed. São Paulo: RT, 1998.

SALDANHA, Nelson. *Filosofia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar: 1998.

WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho Natural e Justicia Material*. Trad. Felipe Gonzáles Vicen. Buenos Aires-Montevideo, IB de F, 2005.

ZIPPELIUS, Reinhold. *Das Wesen des Rechts. Eine Einführung in die Rechtsphilosophie*. 3. Auflag. München: Beck, 1973.

Terceira Parte:
Fundamentos da Integração Jurídica

O Estado, Segundo o Direito Internacional

Paulo Emílio Vauthier Borges de Macedo[1]

1 Introdução. 2 A Constituição do Estado e o Direito Internacional. 3 Estado de Natureza e Direito Internacional. 4 Conclusão. Referências.

Resumo: Este artigo propõe-se a traçar um programa de estudos para trabalhos futuros; nele, procura-se fornecer subsídios para uma espécie de "Teoria Geral do Estado" que leve em consideração não apenas o direito constitucional e/ou a situação jurídica-política interna, mas também o direito internacional. Como regra, os estudos tradicionais deste porte consideram o Estado o pináculo do engenho humano e, assim, ou as suas análises detêm-se dentro das fronteiras nacionais, ou elas aceitam a idéia de que, além destes limites, não pode haver Direito. Estudar o Estado, segundo o direito internacional, tornar-se-ia irrelevante, uma vez que as relações internacionais não poderiam engendrar uma ordem jurídica em sentido próprio, porque as nações estariam num verdadeiro estado de natureza. Contudo, estas duas posturas – a que, por comodidade, não avança a análise além das fronteiras nacionais, e a que opta por isso, de maneira consciente – revelam-se equivocadas. Primeiro, o direito internacional pode contribuir bastante para a revisão da clássica tese dos três elementos do Estado, como sugerem recentes casos de sucessão de Estados, e, segundo, negar a juridicidade do direito internacional significa supor que o Direito não pode florescer sem o Estado.

Palavras-chave: Analogia Doméstica. Elementos do Estado. Estado de Natureza. Soberania. Sucessão de Estados.

Abstract: This article attempts to sketch a program of studies for future works: it intends to draw criteria for a "General Theory of State" that would take into account not only Constitutional Law and/or the domestic juridical-political scenery, but International Law as well. As a rule, traditional studies of this kind consider the State the utmost human achievement and, as such, either the argument would contain itself inside of national borders, or they accept the idea that, beyond those limits, there exists a Lawless domain. A study of the State, from the International Law perspective, would become irrelevant since international relations cannot not engender a juridical order in the proper sense, because nations would strive in a true state of nature. Yet, these two opinions – the one that inadvertedly does not advance the argument beyond national borders, and the other chooses the same alternative, but in a conscious

---

[1] Doutor em Direito (UERJ), professor de direito internacional da Universidade Federal Fluminense, autor dos livros *Guerra e Cooperação Internacional* e *Hugo Grócio e o Direito: o jurista da guerra e da paz*.

manner – are mistaken. First, International Law may indeed deliver to revisit the classic theory of the three State elements, as recent cases of succession of States suggest. Second, denying the juridical essence of International Law implies presupposing a conception that Law cannot blossom without State.

Keywords: Domestic Analogy. Elements of State. State of Nature. Sovereignty. Succession of States.

1 Introdução

Estado e direito internacional sempre foram vistos como antípodas: quando um é ressaltado, isto é, feito em detrimento do outro. Se o poder do Estado é enfatizado, coloca-se em dúvida a própria juridicidade do direito internacional, e, ao contrário, uma ênfase na jurisdição internacional implica a redução do poder estatal. De fato, compatibilizar uma concepção absoluta de soberania com a idéia de um Estado responsável e cumpridor de suas obrigações internacionais parece tarefa de Sísifo. Assim, várias foram as tentativas para diminuir o conceito absoluto de soberania. Contudo, impor limites a um poder que não encontra outro superior (*summa potestas superior non recognoscens*) significa atentar contra a própria noção de soberania.

A Carta da ONU consagra o princípio da não-intervenção e assegura aos Estados certo domínio reservado, um âmbito de validade material exclusivo do direito nacional, mas estes institutos encontram diversos limites. De fato, há inúmeras normas e organismos internacionais que constrangem a atuação estatal. Se soberania corresponde a um poder sem limites, não há outra alternativa ao Estado senão negar validade ao direito internacional.

As relações entre o Estado e o direito internacional constituem uma questão, em essência, doutrinária. Com isso, não se quer dizer que se trata de matéria de fé, uma convicção de foro interno destituída de conseqüências práticas. Em 1922, foi celebrada uma convenção germano-polonesa que deveria proteger as minorias naqueles países. E essa convenção

foi desrespeitada. Em 1933, a Assembléia Geral da Liga das Nações reúne-se, Bernheim, um judeu habitante da Silésia, pede a palavra e denuncia as "práticas odiosas e bárbaras dos hitleristas a expensas de seus próprios compatriotas refratários ao regime". Ele explica como os nazistas incendeiam as lojas e as casas, violentam as mulheres, assassinam os homens e molestam as crianças, saqueiam as sinagogas, profanam tumbas e lugares sagrados e expulsam famílias inteiras de seus lares. O presidente da sessão concede a palavra ao representante da Alemanha, um certo Joseph Goebbels. A sua resposta está registrada nos anais do princípio da não-intervenção: "Senhores, representantes e presidente. Nós somos um Estado soberano; tudo o que este indivíduo afirmou não vos concerne. Nós fazemos aquilo que queremos dos nossos socialistas, pacifistas e judeus, e não estamos sujeitos ao controle nem da humanidade, nem da SDN."[2] Não procurou negar ou escamotear os fatos, nem alegou a inocência do seu governo.

Os diplomatas daquele encontro ficaram petrificados, mas não por Goebbels e sim por Bernheim. A resolução proveniente daquela sessão foi bastante comedida e se absteve de qualquer condenação: a Liga "confia" que todos seus membros não devem atentar contra os direitos dos homens sob sua jurisdição. A prevalência da soberania sobre os direitos do homem foi bem estabelecida. A Alemanha recebe carta branca sobre como tratar suas minorias, e o plano político descrito no *Mein Kampf* pôde ser cumprido. Hitler acreditava que o "respeito pela pessoa humana que todos têm presente nada mais é do que uma invenção das fábulas para se proteger dos mais fortes"[3]. Neste caso, a Liga preferiu assistir à violação do tratado (bem como, posteriormente, de outros documentos internacionais) a permitir qualquer arranhão na superfície da soberania alemã.

---

[2] BETTATI, Mario. *Le Droit d'Ingérence*: mutation de l'ordre international. Paris: Odile Jacob, 1996. p. 18. Tradução livre.

[3] BETTATI, Mario. *Op. cit.*, p. 19. Tradução livre.

Essa atitude não deve causar surpresa: na sua ampla maioria, a doutrina sempre enfatizou o poder do Estado em detrimento do direito internacional. Os escritores que criaram o conceito de soberania não deixaram espaço para este direito. Consoante Bodin, "a soberania é o poder absoluto e perpétuo de uma república (...) não é limitada nem em poder, nem na responsabilidade, nem no tempo".[4] Neste texto, procurar-se-á realizar uma démarche em sentido contrário e colher elementos para uma espécie de "Teoria Geral do Estado" que leve em consideração não apenas o direito constitucional e/ou a situação jurídica-política interna, mas também o direito internacional.

2 A Constituição do Estado e o Direito Internacional

Até bem recentemente, o Estado apresentava-se ao direito internacional como uma realidade histórico-social que este nada contribuía para a sua formação. A existência do Estado revelava-se matéria estranha ao direito internacional, o qual se limitava somente a constatar um fato. O instituto do reconhecimento de Estado possuía, de acordo com a mais aceita doutrina, natureza meramente declaratória: o país preexiste ao reconhecimento dado pelos seus pares. O art. 13 da Carta da OEA consagrou esta concepção: "a existência política do Estado é independente do seu reconhecimento pelos outros Estados."[5] E esta posição não parece alterar-se. Consoante a Opinião n. 1 de 29/11/1991 da Comissão de Arbitragem da Conferência pela Paz na Iugoslávia (Comissão Badinter), "a existência ou desaparecimento de um Estado é uma questão de fato, (...) os efeitos do reconhecimento por outros Estados são meramente declaratórios".[6]

---

[4] BODINO, Juan. *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Aguilar, 1973. p. 46-48. Tradução livre.

[5] ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível no sítio oficial da OEA: <http://www.oas.org>. Acesso em maio de 2008.

[6] Opinion n. 1. OPINIONS OF THE ARBITRATION COMMITTEE FOR YOUGOSLAVIA. Disponível em <http://www.ejil.org/journal/Vol3/No1/art13.html>. Acesso em maio de 2008. Tradução livre.

Hans Kelsen, mesmo sem concordar com uma natureza puramente declaratória do instituto de reconhecimento de Estado, foi decisivo para difundir a idéia de que a criação de um Estado não consiste num ato jurídico internacional. O pensamento kelseniano exerceu profunda influência sobre a Escola de Viena, em especial, e toda a teoria jurídica do século XX, em geral. O autor explica a existência de uma determinada ordem jurídica pelo que denomina de "princípio da eficácia". Sabe-se que o professor de Berkeley distingue a validade da eficácia. Uma norma não precisa ser efetivamente cumprida para ser válida. O mesmo, contudo, não se aplica ao ordenamento como um todo. "Cada norma individual perde sua validade quando a ordem total perde sua eficácia como um todo. A eficácia da ordem jurídica como um todo é uma condição necessária para a validade de cada norma individual da ordem." Adiante, explica que o princípio da eficácia constitui uma norma positiva de direito internacional. "A partir da perspectiva do direito internacional, a constituição de um Estado é válida apenas se a ordem jurídica estabelecida com base nessa constituição for, como um todo, eficaz."[7]

Isso significa que o direito internacional nada tem a dizer sobre a constituição de um Estado, não impõe qualquer condição. Mas ele vai conferir validade a ordens jurídicas nacionais eficazes. Na teoria kelseniana, isso se revela bastante importante porque o autor considera o Estado uma ordem jurídica parcial dentro do direito internacional. Há, portanto, um elemento de subordinação do Estado em relação àquele direito. Todavia, fora deste contexto, este raciocínio mostra-se destituído de qualquer força. Para aqueles não adeptos do monismo kelseniano, essa assertiva traduz-se pela noção de o direito internacional tão-somente ratificar a existência dos Estados.

Assim, o Estado permanecia um problema apenas para a teoria geral do Estado ou para o direito constitucional. No

---

[7] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990. p. 123 e 125.

entanto, alguns acontecimentos parecem autorizar certa margem de discordância. Nos recentes nascimentos de Estados, o direito internacional desempenhou papel relevante na medida em que proveu, direta ou indiretamente, um fundamento jurídico. É o caso do surgimento da Namíbia, em 1990. A ONU pôs fim ao mandato da África do Sul sobre o território, o que eliminou o justo título do governo de Pretória. Em seguida, a Assembléia Geral reconheceu o direito do povo da Namíbia à autodeterminação. A autodeterminação também foi o argumento utilizado para a obtenção do status de Estado pela Micronésia e Palau em, respectivamente, 1990 e 1994. Na independência da Eritréia, de 1993, há uma justificativa jurídica bastante importante: o destino desta ex-colônia italiana foi decidido na Assembléia Geral, mas a Etiópia não havia respeitado os seus compromissos internacionais desde que assumiu a jurisdição deste território, em 1950. A independência do Timor Leste e dos países bálticos recebeu ampla legitimidade do direito internacional, uma vez que haviam sido ocupados de maneira ilícita.[8]

Além desses exemplos, houve diversas proclamações de independência que não se beneficiaram de reconhecimento internacional: entre vários outros, a Tchetchênia, o Kosovo, a ilha de Bougainville, Somalilândia e a ilha comorense Anjouan. Não se deve olvidar ainda do estranho caso da Palestina, cujo direito à existência não oferece dúvidas, mas que não consegue obter sua independência. Todos esses fatos possibilitam criar uma distinção entre Estados *de jure* e Estados *de facto*: os primeiros reuniriam todas as condições necessárias para formar um Estado e ainda contariam com o respaldo da comunidade internacional. Por este motivo, Marcelo Kohen advoga a idéia de a legalidade perante o direito internacional ser um requisito – além dos três elementos tradicionais, povo, território e governo – para a existência do Estado.[9]

---

[8] Cf. KOHEN, Marcelo. Création d'Etats en droit international contemporain. *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international*, v. VI, 2002, p. 549-550.

Uma distinção entre Estados *de jure* e Estados *de facto*, *ab initio*, não teria qualquer sentido para os seguidores do princípio da efetividade. Se há, de fato, um Estado, este se torna um Estado *de jure* também. As situações de fato são assimiladas às situações de direito. Porém, mesmo com a manutenção deste princípio, há determinadas questões legais que só podem ser explicadas com a referida distinção. Apesar da RES/CS/ONU/276/1970, que considerava ilegal a presença da África do Sul na Namíbia, aquele país continuava a ocupar este. A manutenção da ocupação sem justo título gerou à África do Sul responsabilidade internacional. Mas esta não foi a única obrigação internacional do país. Segundo a Corte Internacional de Justiça,

> o fato de a África do Sul não possuir mais título válido para administrar o Território não a libera de suas obrigações e responsabilidades internacionais perante outros Estados, no que tange o exercício de seus poderes em relação a este Território. É o controle físico de um território, não a soberania ou a legitimidade do título, que constitui a base da responsabilidade do Estado em razão de atos que afetem outros Estados.[10]

Perceba-se que a Corte, em momento algum, abdicou do princípio da efetividade; ao afirmar que o controle físico do território constitui a base da responsabilidade do Estado, ela faz deferência a este princípio. Se for aceita a concepção de que a efetividade cria o direito, haverá um paradoxo: o direito internacional considerava a ocupação ilegal, mas esta, de fato, existia, o que gera conseqüências jurídicas. Não há ocupação ilegal, de acordo com o princípio da efetividade: ou ela é legal e, assim, gera efeitos jurídicos normalmente, ou não existe e, pois, não há nenhuma obrigação jurídica

---

[9] Cf. KOHEN, Marcelo. Op. Cit., p. 631.

[10] CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Advisory Opinion of 21 June 1971. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). p. 54. § 118. Disponível em <www.icj-cij.org>. Acesso em maio de 2008. Tradução livre.

decorrente. A opinião da Corte só faz sentido se for possível estabelecer uma diferença entre Estados *de facto* e *de jure*. Isso significa que o direito internacional não é irrelevante para a criação de um Estado.

Assim, a razão assiste a Kohen, e deve procurar-se um quarto elemento constitutivo do Estado, além dos três tradicionais. Ademais, este elemento deve provir do direito internacional.

Cumpre salientar que a concepção tradicional encontra-se bastante arraigada tanto entre doutrinadores, como nos instrumentos jurídicos internacionais. A Convenção de Montevidéu sobre Direitos e Deveres dos Estados de 1933 a consagra, logo no seu art. 1°: população permanente, território determinado, governo e capacidade de entrar em relações com os demais Estados.[11] Este último elemento pode ser englobado por governo,[12] porque representa um grau de poder deste. À época, preferiu-se não empregar o termo "soberania", por questões políticas, mas é exatamente por isso que se deve entender a expressão "capacidade de entrar em relações internacionais": um Estado legalmente independente (o que reflete a clássica identificação entre soberania e independência realizada por Max Huber no bastante citado caso Palmas de 04/04/1928, no Tribunal Permanente de Arbitragem).

Ainda assim, mostra-se possível "traduzir" os elementos constitutivos do Estado em linguagem jurídica internacional. É o que realiza Kelsen. Para o autor, a palavra "Estado" equivale a uma personificação da ordem jurídica nacional. Estado e direito nacional constituem uma só realidade. Assim, território e povo significam, respectivamente, o âmbito de validade espacial e pessoal do ordenamento jurídico nacional, e o governo – que Kelsen substitui pela idéia de "poder"

---

[11] CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS E DEVERES DOS ESTADOS. Assinada em Montevidéu, em 26/12/1933, e promulgada pelo Dec. 1570 de 13/04/1937. Disponível em <www.mre.gov.br>. Acesso em maio de 2008.

[12] Cf. KOHEN, Marcelo. *Op. Cit.*, p. 556.

do Estado – corresponde à própria validade e eficácia desta ordem nacional.[13] O jurista austríaco define os tradicionais elementos constitutivos do Estado pelo Direito.

Importa ressaltar que todos âmbitos de validade do Estado são limitados pelo direito internacional. Assim, o território é fixado por tratados de fronteira. Se uma norma do Estado for executada fora de seu território, há uma violação ao direito internacional. "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." Por sua vez, o povo encontra-se submetido à ordem jurídica do seu Estado, por vezes, mesmo por condutas praticadas fora do seu território. Ocorre que as sanções não poderão efetivar-se fora do território. "Desse modo, a esfera pessoal de validade da ordem jurídica nacional é determinada pelo direito internacional. Trata-se de uma determinação indireta. Ela resulta da determinação da esfera territorial de validade."[14]

Kelsen também afirma que há outros âmbitos de validade de um ordenamento jurídico; por isso deve haver outros elementos do Estado. São eles: o tempo de vida de um Estado e a sua competência; trata-se, respectivamente, dos âmbitos de validade temporal e material da ordem nacional. Como os demais, o direito internacional regula esses dois âmbitos. Este direito regula a esfera temporal de validade na matéria de sucessão de Estados. Como supramencionado, para o autor, esta questão é marcada pelo princípio da efetividade. A esfera material, por sua vez, também encontra limitações no direito internacional: este não permite que a ordem jurídica nacional possa normatizar qualquer matéria.[15] Muitas questões escapam ao domínio reservado dos Estados.

---

[13] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 207, 230 e 249.
[14] KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 208 e 231.
[15] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*, p. 217 e 238.

Por fim, Kelsen faz o direito internacional limitar o próprio conceito de soberania. No último quartel do século passado, o autor responde, perante a Academia de Direito Internacional da Haia, as teses dualistas de Triepel, segundo as quais o direito internacional e o direito estatal formam ordens jurídicas separadas e distintas. A teoria dualista revela-se bastante simples: a vontade do Estado cria o direito interno, que se aplica aos indivíduos, e a vontade dos Estados combinada (*Vereinbarung*) gera o direito internacional, que incide sobre as nações.[16] Direito interno e direito internacional são fruto de fontes diferentes e se destinam a relações distintas.

Para Kelsen, o dualismo mostra-se absurdo porque conduz à própria negação do valor jurídico tanto do direito internacional como de outras ordens nacionais, em virtude da ausência de um mesmo fundamento jurídico. O autor caracteriza a unidade de um sistema jurídico em razão de todas as regras individuais comungarem da mesma norma fundamental. Esta norma confere, além da unidade, o fundamento de todos os demais comandos de um ordenamento. Uma lei irá pertencer a um determinado ordenamento, se elá foi criada por uma autoridade que recebeu este poder de uma outra lei superior. Esta, por sua vez, pertence ao mesmo ordenamento, se foi criada por outra autoridade que recebeu esta faculdade de uma terceira norma superior. Este raciocínio pode aplicar-se repetidas vezes até que a última norma positiva (do direito estatal) seja a constituição. Acima desta, haverá uma norma hipotética, pressuposta e não posta, chamada *Grundnorm* (e, com ela, encerra-se o fenômeno jurídico). Ocorre que, tanto o direito estatal, como o direito internacional possuirão apenas uma única norma fundamental.[17]

---

[16] Cf. TRIEPEL, Carl H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, tomo I, 1925. p. 85.

[17] Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, tomo 14,

Segundo o jurista austríaco, duas ordens jurídicas co-existentes só podem estar em relação de coordenação ou de subordinação. Esta estabelece uma relação de hierarquia entre as duas ordens. Já coordenar significa equilibrar dois sistemas equivalentes. Esta tarefa, contudo, implica subordinar ambos a uma terceira ordem, a qual deverá delimitar o domínio de uma e de outra. A subordinação, pois, mostra-se a relação mais importante. E uma ordem será subordinada a outra se possuírem o mesmo fundamento de validade.[18] Trata-se do caso das relações entre direito internacional e direito interno.

Com base nessas afirmações, Kelsen torna-se capaz de negar a própria idéia de soberania. A teoria da soberania estatal só pode sobreviver num sentido bastante relativizado. O Estado somente pode apresentar-se como poder supremo, superior a qualquer outro, em relação a um determinado agrupamento de indivíduos que ele contém. Quanto a outros grupos, como a população de um Estado estrangeiro, o Estado não é superior, mas apenas – numa acepção negativa – não-subordinado. Revela-se, portanto, seu igual e independente. Há que se distinguir então dois conceitos de soberania, um interno e outro externo (ou de direito internacional). Ocorre que este raciocínio é contraditório e representa uma simples atenuação da noção de soberania. Se, no seu interior, o Estado é supremo e, para o exterior, ele é independente e igual aos demais Estados, então todos os Estados estão em relação de coordenação e, assim, compreendidos numa ordem superior que delimita o domínio de cada um. Esta ordem é o direito internacional. Num sentido tão relativo de soberania, que permite a existência de uma ordem superior, a

1926, p. 258. Kelsen afirma que há duas possibilidades para esta unidade: o monismo com prevalência do direito interno ou o monismo com prevalência do direito internacional. Ambas são lógica e juridicamente perfeitas, mas a primeira conduz a uma espécie de "egotismo jurídico"; cada país consideraria o seu próprio direito como o único verdadeiro. Por isso, ele faz uma opção política pela segunda alternativa.

[18] Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public; p. 270.

noção se transforma numa tautologia: o Estado é soberano apenas em relação àqueles que subordina. Nesta acepção, também o município será soberano.[19]

Tudo o que foi exposto serve para indicar que uma definição de Estado não pode prescindir do direito internacional. Para que se possa continuar a definir o Estado sem elementos do direito internacional, faz-se necessário negar a existência desta ordem.

3 Estado de Natureza e Direito Internacional

Os autores que enfatizam a soberania do Estado tendem a negar a existência ou a juridicidade do direito internacional. A inspiração comum é um trecho bastante pequeno do *Leviatã*, de Thomas Hobbes. Depois de caracterizar o estado de natureza, o filósofo inglês indaga se esta condição já tenha porventura existido ou se constitui somente uma hipótese lógica. Após considerar a guerra civil e a situação de alguns povos selvagens da América como ilustrações deste estado, afirma categoricamente: o estado de natureza sobrevive nas relações entre os Estados.

> [De] qualquer modo, em todos os tempos os reis, e as pessoas dotadas de autoridade soberana, por causa de sua independência vivem em constante rivalidade, e na situação e atitude dos gladiadores, com as armas assestadas, cada um de olhos fixos no outro; isto é, seus fortes, guarnições e canhões guardando as fronteiras de seus reinos, e constantemente com espiões no território de seus vizinhos, o que constitui uma atitude de guerra.[20]

Tal como os homens se encontravam no estado de natureza, uma situação de guerra permanente de todos contra todos, antes do advento do Estado, os países viveriam assim nas

---

[19] Cf. KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public, p. 260.

[20] HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 77.

suas relações internacionais, em razão da ausência de um poder político mundial. Além disso, por causa da violência generalizada, o estado de natureza hobbesiano, além de não-político, é um cenário pré-jurídico. Perceba-se como o próprio Hobbes exclui a juridicidade do estado de natureza:

> Numa tal situação não há lugar para a indústria, pois seu fruto é incerto; conseqüentemente não há cultivo da terra, nem navegação, nem uso das mercadorias que podem ser importadas pelo mar; não há construções confortáveis, nem instrumentos para mover e remover as coisas que precisam de grande força; não há conhecimento da face da Terra, nem cômputo do tempo, nem artes, nem letras; não há sociedade; e o que é pior do que tudo, um constante temor e perigo de morte violenta.

A descrição prossegue:

> Desta guerra de todos os homens contra todos os homens também isto é conseqüência: que nada pode ser injusto. As noções de bem e de mal, de justiça e injustiça, não podem aí ter lugar. (...) Outra conseqüência da mesma condição é que não há propriedade, nem domínio, nem distinção entre o *meu* e o *teu* (...).[21] (grifo no original).

Assim, são três as características apontadas pelo filósofo de Malmesbury: um estado de guerra permanente, de todos contra todos; a ausência de qualquer empreendimento humano, pois há uma impossibilidade para o trabalho nesse estado, e a inexistência de qualquer forma de Direito, pois não há título de propriedade, nem noção de certo ou errado, permitido ou defeso, lícito ou ilícito. Logo, se não há Direito no estado de natureza, e esta situação subsiste nas relações entre os soberanos, não há direito internacional.

E o que dizer das leis naturais? Elas existem no estado de natureza. Contudo, Hobbes as destitui de qualquer dignidade. Para ele, as leis naturais consistem em simples regras de

[21] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, pp. 76 e 77.

prudência. "Uma lei da natureza (*lex naturalis*) é um preceito ou regra geral, estabelecido pela razão, mediante o qual se proíbe a um homem fazer tudo o que possa destruir sua vida ou privá-lo dos meios necessários para preservá-la, ou omitir aquilo que pense poder contribuir melhor para preservá-la."[22] Não há nenhuma concepção de alteridade nesta definição; a lei natural hobbesiana não busca estabelecer padrões valorativos para a conduta do homem em relação ao seu semelhante, mas instrui cada indivíduo na maneira mais eficiente de perseguir a sua própria sobrevivência. Desta feita, se, num determinado momento, o cumprimento de alguma das dezenove leis naturais expressas no *Leviatã* (ou vinte no *De Cive*) vier a arriscar a autopreservação, será lícito desobedecê-la. Em outras palavras, a lei natural não constitui uma verdadeira lei.[23] Corresponde a imperativos hipotéticos instrumentais, cálculos utilitários racionais para melhorar a própria vida.

Por esse motivo, quando Hobbes identifica o direito das gentes com a lei natural, ele não quer com isso conceder algum conteúdo ético ao primeiro, mas demonstrar que as relações internacionais são intrinsecamente violentas e conduzem a um estado de guerra permanente.

> No que se refere às atribuições de um soberano para com o outro, que estão incluídas naquele direito que é comumente chamado *direito das gentes*, não preciso aqui dizer nada, porque o direito das gentes e a lei de natureza são uma e a mesma coisa. E qualquer soberano tem o mesmo direito, ao procurar a segurança de seu povo, que qualquer homem privado precisa ter para conseguir a segurança de seu próprio corpo. (grifo do autor).[24]

Diversos escritores que negam a existência do direito internacional percorreram o mesmo trajeto. John Austin,

---

[22] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, p. 82.
[23] Cf. HOBBES, Thomas. *Do Cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 74.
[24] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, p. 210.

por exemplo, afirma haver quatro categorias as quais o vulgo denomina de Direito: o direito divino (ou direito natural), o direito positivo, a moralidade positiva e o direito em sentido metafórico ou figurado. Ele rechaça a primeira do campo da ciência jurídica, visto que ela não pode tornar-se objeto de um estudo científico (o que significa uma investigação que possa ser observada de modo empírico). Apenas o direito positivo merece a atenção do jurista. Trata-se do direito humano estabelecido por uma autoridade política superior aos seus subordinados. O direito propriamente dito consiste num comando. O elemento distintivo do direito positivo em relação à moralidade positiva é a idéia de "autoridade política superior". Se uma lei for posta por quem não detém este tipo de poder, ela não poderá diferenciar-se de uma mera opinião. Por fim, o Direito em sentido metafórico corresponde a um emprego inadequado do termo. É o caso das leis causais que regulam o crescimento dos vegetais, ou das "leis" que determinam o comportamento dos animais inferiores. Para Austin, a falta da inteligência e da vontade importa.[25]

A ciência jurídica possui um objeto bastante concreto: ela estuda os comandos que aparecem na relação entre superiores e inferiores; uma relação caracterizada pela obediência habitual que se comprova pela observação simples. No direito internacional, no entanto, não há uma autoridade política superior. Os seus preceitos, pois, não passam da mera opinião dos Estados.[26] O estudioso de direito internacional, assim, escreve sobre moralidade positiva.

Tal como Hobbes, em vez de negar, de maneira frontal, a existência do direito internacional, Austin retira-lhe a juridicidade e o equivale a um ordenamento moral. Cabe ressaltar que o pensamento de ambos pressupõe a controversa tese

---

[25] Cf. AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 2. ed. London: John Murray, 1861. pp. 1-4. Disponível em <http://www.book.google.com>. Acesso em maio de 2008.

[26] Cf. AUSTIN, John. *Op. Cit.*, p. 126.

do estatalismo jurídico e sofre, portanto, de todos os ataques que já foram dirigidos a ela. Em apertada síntese, estas críticas podem ser reunidas em dois importantes grupos:

1. Críticas ao monismo jurídico do Estado. O estatalismo jurídico pressupõe uma doutrina de que somente o Estado produz o Direito e, assim, exclui todas as formas de pluralismo jurídico. O Estado consistiria no único organismo da sociedade autorizado a dizer o Direito. Outras ordens jurídicas, como a de uma empresa ou a canônica, apresentariam uma espécie de "delegação" do poder político para conceder às suas normas alguma validade e, desta maneira, estas organizações estariam, em certa medida, "contidas" dentro da estrutura estatal. Além disso, não haveria nenhuma força legiferante no costume. Por fim, visto que o Estado se mostra fruto de uma construção histórica, sociedades que não se organizam segundo modelos estatais ou não possuiriam Direito ou possuiriam um tipo mais primitivo de Direito.

Essas premissas revelam-se bastante questionáveis. A tese da delegação legislativa a outros ordenamentos assemelha-se mais a uma hipótese lógica que justifica uma determinada concepção do que uma verdadeira descrição. Ela falha em explicar tanto os mecanismos desta delegação, os quais parecem permanecer insubstanciais, como as eventuais contradições entre uma norma de uma ordem delegada com a ordem principal. Ademais, negar juridicidade ao costume significa contrariar toda a tradição jurídica medieval, ao mesmo tempo em que precisa contornar o fundamento de validade mais aceito da *common law*. Por fim, a idéia de que sociedades não-estatais constituam uma comunidade jurídica primitiva constitui, nas palavras de Michel Virally, "uma grande falta de imaginação",[27] porque pressupõe que a organização jurídica estatal equivalha ao único caminho de desenvolvimento possível de um ordenamento

[27] VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 256.

jurídico; o Estado seria o pináculo da criatividade política humana, o "fim da história" em matéria política.

2. Críticas à noção de que a força cria o Direito. Os autores que afirmam que somente o direito positivo é Direito terminam por concluir também que todo o direito positivo é Direito. Por uma questão de coerência, os escritores positivistas – que rechaçam o idealismo de algumas teorias que fundam o Direito na justiça – perdem qualquer outro critério de validade do Direito à exceção da própria vontade do Estado. Ocorre que aceitar o voluntarismo estatal significa legitimar todos os atos do legislador, mesmo os mais monstruosos. "Só é admissível fundar-se o direito na vontade estatal se admitirmos por direito a força física."[28]

O maior defeito desse argumento resume-se a uma confusão entre ser (a força) e o dever ser (a norma). A força não pode produzir o Direito, porque os dois pertencem a planos ontológicos diferentes. Esta distinção foi repetida *ad nauseam* por neokantianos, em geral, e por Kelsen, em especial.[29] Por isso, juspositivistas mais sofisticados como este último, quando buscam o fundamento de validade do Direito, introduzem um elemento intermediário antes da força, uma norma hipotética fundamental ou um contrato social (como faz Hobbes). Assim, contornam o problema e conseguem radicar o Direito no próprio direito. Contudo, trata-se de um artifício argumentativo ou uma idéia da razão, e serve para encerrar o domínio da investigação jurídica. Se o pesquisador quiser continuar a sua busca, ele irá deixar o campo especulativo da ciência jurídica. Esta afirmativa funciona como um aviso para encerrar o percurso, porque, se for ignorada, a única resposta que sobra é a força.

Há, ainda, como foi visto, uma teoria estatalista que não nega a juridicidade do direito internacional: o monismo

---

[28] BORGES DE MACEDO, Ubiratan. *Metamorfoses da Liberdade*. São Paulo: IBRASA, 1978. p. 115.

[29] Cf. KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Luís Carlos Borges. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 64.

kelseniano. Só que ela destrói o conceito de soberania. Ela aceita a estatalidade do Direito, porém, para conservar a juridicidade do direito internacional, subtrai do Estado aquele elemento que muitos consideram a sua característica mais essencial. Em verdade, o direito internacional não pode existir num mundo de Estados absolutamente soberanos.

Ademais, existe um equívoco nesta "analogia doméstica" hobbesiana. O filósofo inglês afirma que, nas relações entre os soberanos, subiste o estado de natureza. Então, por que não ocorre um pacto entre os Estados para formar um grande "superestado" e deixar o estado de guerra vigente?[30] No estado de natureza, a situação de insegurança é tamanha que o medo e a razão vão concorrer para a construção do contrato. A resposta parece bastante óbvia: o consenso entre os Estados não é tão amplo como aquele entre os indivíduos; só é possível atingir *esferas de consenso* em determinadas áreas temáticas. Por isso, o sistema internacional não apresenta um governo mundial, e a cooperação (que é resultado das mesmas motivações do pacto hobbesiano) revela-se mais pontual. Assim, em determinados tópicos (em que ocorre consenso), criam-se instituições jurídicas, as quais se revelam o meio termo entre um governo mundial, fruto de um pacto entre os Estados, e o próprio estado de natureza.

E por que esse consenso não se mostra tão amplo no sistema internacional? Observe-se que Hobbes não admite um meio-termo entre o contrato e o estado de natureza.

> Porque divergindo em opinião quanto ao melhor uso e aplicação de sua força, em vez de se ajudarem só atrapalham uns aos outros, e devido a essa oposição mútua reduzem a nada a sua força. E devido a tal não apenas facilmente serão subjugados por um pequeno número que se haja posto de acordo, mas além disso, mesmo sem haver inimigo comum, facilmente farão guerra uns aos outros, por causa de seus interesses particulares.[31]

---

[30] Como o contrato é uma idéia da razão, é preciso entender essa pergunta de forma alegórica.

[31] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, p. 104.

Se o consenso não for tão amplo, segundo Hobbes, quando da realização do pacto, os recalcitrantes devem acatar o que a maioria decidir, pois integram a congregação. "Aquele que voluntariamente ingressou na congregação dos que constituíam a assembléia, declarou suficientemente com esse ato sua vontade (e, portanto, tacitamente fez um pacto) de se conformar ao que a maioria decidir." Para a minoria, recusar-se a aceitar o pacto equivale a violar esse pacto. Tampouco pode discutir-se a sua pertença à congregação: "E quer faça parte da congregação, quer não faça, e quer seu consentimento seja pedido, quer não seja, ou terá que se submeter a seus decretos ou será deixado na condição de guerra em que antes se encontrava, e na qual pode, sem injustiça, ser destruído por qualquer um."[32]

Perceba-se que, nas relações entre os Estados, a falta de consenso ocorre em relação tanto à *extensão* da adesão entre os membros (que Hobbes resolve em favor da maioria e do pacto), como ao *grau* dessa adesão (que, segundo o filósofo, não haveria um meio-termo entre o estado civil e o de natureza). Então, por que, no sistema internacional, não houve um consenso com a mesma extensão e no mesmo grau que o ocorrido no estado de natureza entre os homens, se ambos os cenários se caracterizam por um estado de guerra permanente?

Porque as relações entre os Estados não são como as relações entre os indivíduos no estado de natureza. Há uma diferença sutil na base que acaba originando um desenvolvimento posterior bastante distinto. No estado de natureza hobbesiano, os homens são naturalmente iguais.

> A natureza fez os homens tão iguais, quanto às faculdades do corpo e do espírito que, embora por vezes se encontre um homem manifestamente mais forte de corpo, ou de espírito mais vivo do que outro, mesmo assim, quando se considera tudo isto em conjunto, a diferença entre um e outro homem não é suficientemente considerável

[32] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, p. 109.

> para que qualquer um possa com base nela reclamar qualquer benefício a que outro não possa também aspirar, tal como ele.[33]

Nas faculdades do corpo, não há pessoa tão forte que não possa temer uma maquinação ou uma aliança entre os mais fracos. E, nas faculdades do espírito,

> a natureza dos homens é tal que, embora sejam capazes de reconhecer em muitos outros maior inteligência, maior eloqüência ou maior saber, dificilmente acreditam que haja muitos tão sábios como eles próprios, porque vêem sua própria sabedoria bem de perto, e a dos outros homens à distância. Mas isto prova que os homens são iguais quanto a esse ponto, e não que sejam desiguais. Pois geralmente não há sinal mais claro de uma distribuição eqüitativa de alguma coisa do que o fato de todos estarem contentes com a parte que lhes coube.[34]

Os Estados, pelo contrário, são bastante desiguais; nem mesmo "considerados todos em conjunto", pode constatar-se a igualdade. Como considerar iguais países como os Estados Unidos e o Haiti? Qual é a igualdade existente entre a China de um bilhão e duzentos milhões de pessoas e a Micronésia de cerca de cem mil habitantes? Os Estados podem ser juridicamente iguais, mas são naturalmente desiguais. Os fatores que geram a desigualdade são vários: economia, tamanho do território, população, força militar etc. Atente-se para o fato de que essas não são desigualdades quaisquer, como a cor dos olhos ou o formato da face, mas correspondem a assimetrias que afetam a conquista e a manutenção do poder.

Dessa maneira, o estado de insegurança que perpassa o sistema de Estados não se apresenta tal como o existente no estado de natureza hobbesiano, pois não é geral. Enquanto para uns a sensação de temor se revela irrisória, para outros a simples continuidade da existência constitui um

---

[33] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, p. 74.
[34] HOBBES, Thomas. *Leviatã*, p. 74.

favor. Essa diferença ocasiona diferenças de liberdade e de autonomia na condução das políticas externas. Alguns podem, com mais facilidade, impor a sua vontade e ditar as regras para terceiros, outros barganham uma maior autonomia na mera obediência. A analogia doméstica hobbesiana pressupõe que os Estados sejam jurídica e materialmente iguais, o que não são.

Como conseqüência, o direito internacional, de modo diverso do direito nacional, possui "esferas de juridicidade": em determinadas matérias em que o consenso é maior, suas normas apresentam-se mais eficazes, funcionam mecanismos de solução de controvérsia, com divisão de trabalho e de função, enfim, há uma maior institucionalização. O direito internacional não constitui um todo uniforme. A advertência de Virally revela-se ainda mais presente: não se deve supor que o direito internacional deva evoluir como o direito nacional.

4 Conclusão

Este trabalho não pretende ser propositivo. Procurou-se tão-somente demonstrar que, primeiro, os tradicionais elementos constitutivos do Estado não conseguem explicá-lo por inteiro, e, segundo, que a transposição da situação jurídica primordial dos indivíduos para as relações internacionais se apresenta, no mínimo, questionável. Pela argumentação anteriormente exposta, pode chegar-se à conclusão modesta de que uma teoria geral do Estado que leva em consideração o direito internacional deverá, de um lado, revisar os elementos constitutivos do Estado e, de outro, rechaçar a analogia com o direito interno – ou, ao menos, adaptá-la para uma realidade de países formalmente iguais, mas materialmente desiguais.

De fato, o poder do Estado e o direito internacional correspondem a dois extremos de uma mesma escala. A insistência, num lado, ocorre em detrimento do outro. Mas é igualmente verdadeiro que um não pode prescindir do

outro. O problema é que, por um longo tempo, considerou-se que o ponto de equilíbrio se encontrasse mais próximo do poder do Estado. Hoje, no entanto, parece delinear-se um esforço em sentido contrário com as sucessivas transformações por que passa o conceito de soberania.[35]

O art. 2.1 da Carta da ONU consagra o princípio da igualdade *soberana* de todos os membros. A soberania encontra-se, pois, positivada e, dessa maneira, o poder do Estado constitui uma necessidade da ordem internacional. Mas uma norma, depois de posta em vigor, adquire certa independência dos motivos e das idéias específicas que a engendraram. Episódios como o de Goebbels, em 1933, dificilmente poderão ainda encontrar abrigo sob o referido dispositivo.

Referências

AUSTIN, John. *The Province of Jurisprudence Determined*. 2. ed. London: John Murray, 1861. p. 1-4. Disponível em <http://www.book.google.com>. Acesso em maio de 2008.

BETTATI, Mario. *Le Droit d'Ingérence*: mutation de l'ordre international. Paris: Odile Jacob, 1996.

BODINO, Juan. *Los Seis Libros de la República*. Madrid: Aguilar, 1973.

BORGES DE MACEDO, Ubiratan. *Metamorfoses da Liberdade*. São Paulo: IBRASA, 1978.

CONVENÇÃO SOBRE DIREITOS E DEVERES DOS ESTADOS. Assinada em Montevidéu, em 26/12/1933 e promulgada pelo Dec. 1570 de 13/04/1937. Disponível em <www.mre.gov.br>. Acesso em maio de 2008.

CORTE INTERNACIONAL DE JUSTIÇA. Advisory Opinion of 21 June 1971. Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970). Disponível em <www.icj-cij.org>. Acesso em maio de 2008.

[35] A última delas, em 2001, define soberania como "responsabilidade para proteger" (INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY [ICISS]. The Responsibility to Protect: Report of the Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, dezembro 2001. Disponível em <http://www.iciss-ciise.gc.ca>. Acesso em fevereiro 2006).

INTERNATIONAL COMMISSION ON INTERVENTION AND STATE SOVEREIGNTY (ICISS) The Responsibility to Protect: Report of the Commission on Intervention and State Sovereignty. Ottawa: International Development Research Centre, dezembro 2001. Disponível em <http://www.iciss-ciise.gc.ca>. Acesso em fevereiro 2006.

HOBBES, Thomas. *Leviatã*. Trad. João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

_____. *Do Cidadão*. Trad. Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

KELSEN, Hans. Les rapports de système entre le droit interne et le droit international public. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, tomo 14, 1926.

_____. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1990.

_____. *Teoria Pura do Direito*. Trad. Luís Carlos Borges. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KOHEN, Marcelo. Création d'Etats en droit international contemporain. *Cours Euro-Méditerranéens Bancaja de droit international*, v. VI, 2002, pp.546-635.

OPINIONS OF THE ARBITRATION COMMITTEE FOR YOUGOSLAVIA. Disponível em <http://www.ejil.org/journal/Vol3/No1/art13.html>. Acesso em maio de 2008.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Carta da Organização dos Estados Americanos. Disponível no sítio oficial da OEA: <http://www.oas.org>. Acesso em maio de 2008.

TRIEPEL, Carl H. Les Rapports entre le Droit Interne et le Droit International. *Recueil de Cours de L'Académie de Droit International*, tomo I, 1925.

VIRALLY, Michel. *El devenir del derecho internacional*. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

As Jurisdições Supranacionais em Matéria Penal

Sandro Brescovit Trotta[1]

1 Introdução. 2 Tribunal de Nurembergue. 3 Tribunal de Tóquio – Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente. 4 Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia. 5 Tribunal Penal Internacional para Ruanda. 6 Considerações acerca dos Tribunais "Ad Hoc". Quadro 1 – Comparativo dos Tribunais "Ad Hoc". 7 Tribunal Penal Internacional (Tpi). Quadro 2 – Tribunal Penal Internacional (Tpi). 8 Conclusão. Referências.

Resumo: O presente estudo se propõe a analisar a evolução do exercício jurisdicional supranacional, em matéria penal, ou seja, as hipóteses de conduta delitiva com efeitos para além das fronteiras territoriais, e dos limites de competência do Estado soberano, quando a solução pacífica dos conflitos não se mostra suficiente, com ênfase nas contendas ocorridas entre nações, nos casos de genocídio, crimes contra a Humanidade, de guerra, agressão, ou, ainda, aqueles crimes cometidos por líderes políticos de Estados soberanos em detrimento de outros Estados, ou de particulares, ou, ainda, aqueles cometidos por particulares, mas cujos efeitos causam danos a inúmeras pessoas situadas em um ou mais territórios. Arrolados os principais tipos penais em espécie, parte-se de uma breve abordagem histórica, dos chamados tribunais "ad hoc", até o principal organismo de natureza supranacional, em matéria penal, hoje existente, que é o Tribunal Penal Internacional (TPI), buscando-se demonstrar a evolução do exercício jurisdicional supranacional em matéria penal.

Palavras-chave. Jurisdição. Penal. Supranacional. TPI. Tribunais "ad hoc".

Abstract: This study aims to examine the evolution of the exercise supranational court in criminal matters, namely the chances of criminal conduct with effect beyond the territorial boundaries and the limits of jurisdiction of a sovereign state, when the peaceful settlement of conflicts not appears sufficient, with emphasis on disputes arising between nations, in cases of genocide, crimes against humanity, war, aggression, or even those crimes committed by political leaders of sovereign states at the expense of other states, or individuals, even those committed by individuals, but whose effects causing damage to many people located in one or more territories. Listed the main criminal in kind, is part of a brief historical approach, called the court "ad hoc", until the

---

[1] Especialista em Dir. Internacional Público, Privado e da Integração (UFRGS), Mestre em Ciências Criminais (PUC) e Doutorando em Altos Estudos Contemporâneos (Universidade de Coimbra/Portugal).

main body of supranational nature, in criminal matters, we see today, which is the International Criminal Court (ICC), seeking to demonstrate the evolution of the exercise supranational court in criminal matters.

Keywords: Jurisdiction. Criminal. Supranational. ICC. Courts ad hoc.

1 Introdução

Embora vivamos na efervescência do mundo globalizado, com toda uma série de alteração de paradigmas (entre os quais, brevemente, cabe destacar, a questão da reformulação dos conceitos de fronteiras, a velocidade de comunicação, informação e deslocamento, bem como a "diminuição" das distâncias territoriais), o fato é que até a bem pouco tempo atrás, as nações buscavam assegurar seu poderio mediante a conquista de territórios geográficos que lhes assegurassem respeito e autonomia, principalmente por meio do exercício bélico.

Com a evolução dos meios de comunicação, hoje sabemos, em tempo real, fatos acontecidos em qualquer lugar do mundo. Nessa evolução da humanidade, todos os campos da ciência sofrem alterações. No âmbito jurídico, não poderia ser diferente.

Esse estudo propõe-se a analisar o processo evolutivo da humanidade, em seu aspecto jurídico, nos (vários) momentos em que a solução pacífica dos conflitos não foi suficiente, causando efeitos, no campo da ciência jurídica, classificados como de direito internacional penal.

Tal hipótese tem razão de ser ao considerarmos que, se no âmbito do exercício jurisdicional interno, as questões já são de dificílima solução fática, como proceder, quando nos deparamos com conflitos específicos ocorridos entre nações, como nos casos de genocídio, crimes contra a Humanidade ou de guerra?

É reconhecido que contamos, atualmente, com uma estrutura estatal absolutamente ultrapassada e paradoxal, segundo a

qual, nos dizeres de Flávia Piovesan,[2] "quem mata uma pessoa tem mais chance de ser julgado do que quem mata 100 mil pessoas", no que se poderia traduzir em uma "desagradável sensação de esquizofrenia produzida pelo conflito entre discurso e realidade da pena criminal".[3]

De fato, sejam crimes cometidos por líderes políticos de Estados soberanos em detrimento de outros Estados, ou de particulares, ou, ainda, aqueles cometidos por particulares, mas cujos efeitos causam danos a inúmeras pessoas, o fato é que a repressão ou tentativa de controle dos delitos que não foram julgados no âmbito interno, ou cujas conseqüências ultrapassam os (cada dias mais flexíveis) limites da soberania, o fato é que tais condutas não podem restar sem julgamento por mera ausência de disposição legal (em nível mundial) ou pelo receio de ferir a autonomia de outro país (ainda que isso sirva comumente como ferramenta à impunidade dos agentes com poderes políticos e financeiros para fazê-lo).

Tendo como referencial o campo da ciência penal, deve-se atentar que "As injustiças cometidas podem ser de tão diferente gravidade e qualidade que a formulação de directrizes válidas em geral parece, todavia, problemática. O número e a qualidade das injustiças são, por isso, indicadores importantes para julgar o valor do direito, em especial do Direito Penal, na compreensão das injustiças dos sistemas totalitários."[4]

---

[2] PIOVESAN, Flávia. Título. Disponível em: <http://www.dhnetorgbr/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ruanda.html> Acesso em: 03 mar. 2005.

[3] SANTOS, Juarez Cirino dos. Novas hipóteses de criminalização. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DOS ADVOGADOS. CIDADANIA, ÉTICA E ESTADO, 18., 2002, Salvador. *Anais*... Brasília: OAB, Conselho Federal, 2003. v.1. p. 938.

[4] O Direito Penal como reação às injustiças do sistema – visão comparativa da política de tratamento do passado do ponto de vista penal depois da mudança de sistema. Um relatório de investigação do Instituto Max-Planck para Direito Penal Estrangeiro e internacional, Freiburg i. Br. Albin Eser e Jörg Arnold, na obra Direito Penal Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos. Simpósio da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e Goethe-Institut de Lisboa, Fim de Século, 2003, p. 24.

O tema objeto de análise diz respeito ao exame dos delitos de natureza penal internacional e sua repressão.

Arrolados os principais tipos penais em espécie, o estudo parte de uma breve abordagem histórica, dos chamados tribunais "ad hoc", até o principal organismo de natureza supranacional, em matéria penal, hoje existente, que é o Tribunal Penal Internacional, buscando-se demonstrar a evolução jurisdicional ocorrida.

Não se procurou, aqui, asseverar qual foi o efetivo primeiro Tribunal a ter atuação supranacional, mas, uma das primeiras notícias que se tem, ocorreu em 1474, quando houve, na Alemanha, o julgamento de Peter von Hagenbach, condenado e executado por decisão de 27 juízes provenientes da Alemanha, Suíça, Alsácia e da Áustria, sob a acusação de haver determinado às suas tropas que estuprassem, matassem civis inocentes e pilhassem propriedades, num período em que não havia hostilidades, violando leis Divinas e Humanas).[5] Posteriormente, houve a menção de que a "idéia de criação de um Tribunal Penal Internacional remonta ao ano de 1872, quando Gustavo Moynier apresentou em uma Conferência da Cruz Vermelha, a primeira proposta formal direcionada ao estabelecimento de tal Tribunal";[6] no entanto, para fins acadêmicos, entende-se que a primeira previsão legal concernente à criação de um Tribunal Penal Internacional se deu em 28 de junho de 1919, com o Tratado de Paz de Versalhes, em 28 de junho de 1919.[7]

E a utilização de tal via "judiciária" (e a referência tem razão de ser, pois muito se questionou na época, a respeito de sua legitimidade, tanto que um termo análogo era "Tribunais Militares") se deu logo após a 2ª Grande Guerra. No transcurso dessa, foram vistas as maiores atrocidades do mundo

---

[5] JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O Tribunal Penal Internacional:* a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p. 37.
[6] SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Tribunal Penal Internacional:* aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão. Porto Alegre: Fabris, 2004. p. 17.
[7] SILVA, P., 2004, p. 18.

moderno. Vencidas as nações agressoras, julgou-se necessária a instalação de Tribunais destinados a apurar e punir os graves atentados cometidos contra os mais basilares direitos humanos. Criam-se, então, os Tribunais de Nurembergue e Tóquio (também denominado "Tribunal do Extremo Oriente").

2 Tribunal de Nurembergue

Por meio de um Convênio Internacional que teve como celebrantes os EUA, o governo provisório da França, o Reino Unido e a URSS, foi firmada em Londres, em 08 de agosto de 1945, e aberto à adesão de todas as nações, a deliberação de formar o que viria a se denominar Tribunal de Nurembergue (na chamada Carta de Londres). Além de que o referido documento "preenchia" o fundamento legal para o indiciamento dos acusados, sua localização geográfica colaborava para o efetivo exercício jurisdicional.

Na realidade, sua criação foi motivada muito mais por conotações políticas que jurídicas, com o escopo de julgar criminosos do regime nazista (e atos ordenados por Hitler contra o povo judeu). Além de membros do governo terem sido julgados (24 membros do partido e do governo nazista), também foram apreciadas as condutas de outras 08 (oito) organizações dentre as quais se destacava a classe médica (sendo diversos de seus integrantes considerados criminosos de guerra por conta das experiências realizadas com humanos e as decisões sobre pessoas que deveriam ser eliminadas).

No artigo 6° da chamada Carta de Londres, havia a previsão dos "crimes contra a paz, de agressão, guerra" e (enfim) "contra a humanidade" ("já se afirmou que a maior virtude do Tribunal de Nurembergue foi ter incorporado ao debate jurídico e político a noção de crime contra a humanidade").[8] Tal Corte mesclou os direitos civis europeus e anglo-americanos

[8] CANÊDO, Carlos. O genocídio como crime internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 73.

no afã de levar a julgamento os respon-sáveis pela morte de milhares de pessoas.

Ao longo do funcionamento do Tribunal de Nurembergue, entre 1945 e 1946, a grande crítica que contra ele se levantou, foi a de haver aplicado a "justiça do vencedor" (aí incluídos os EUA, o Reino Unido, a União Soviética e a França, que, como já manifestado, criaram a Carta do Tribunal Internacional Militar) pois, "como os Aliados estavam exercendo poder soberano sobre os territórios alemães ocupados, pode-se dizer que os processos eram praticamente de natureza doméstica",[9] além de que, entre outras características já sucintamente observadas, não houve "estrita observância ao princípio da reserva legal, dogma indispensável em um Direito Penal de índole democrática",[10] tendo sido permitido "ao tribunal declarar que uma organização tenha essência criminosa", que "o processo pode ser feito contra um acusado, mesmo na sua ausência", "que o Tribunal não está vinculado às regras técnicas de administração da prova e deve admitir qualquer elemento que pareça ter um valor de prova, além de não haver previsão de recurso".[11]

Entendemos que a mais embasada crítica ao referido Tribunal, na doutrina nacional, foi a lecionada por Nelson Hungria:[12]

> O Tribunal de Nurembergue há de ficar como uma nódoa da civilização contemporânea: fez tábula rasa do 'nullum crimen nulla poena sine lege' (com um improvisado Plano de julgamento, de efeito retroativo, incriminou fatos pretéritos e impôs aos seus autores o 'enforcamento' e penas puramente arbitrárias); desatendeu ao princípio da 'territorialidade da lei penal'; estabeleceu a responsabilidade

---

[9] MAIA, Marrielle. Tribunal Penal Internacional: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 49

[10] CANÊDO, 1999, p. 21.

[11] BAZELAIRE, Jean-Paul; CRETIN, Thierry. A justiça penal internacional. São Paulo: Manole, 2003, p. 22-23.

[12] HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1, t. 1. p. 31.

> penal de indivíduos participantes de tais ou quais associações, ainda que alheios aos fatos a eles imputados, funcionou em nome dos vencedores, que haviam praticado os mesmíssimos fatos atribuídos aos réus; suas sentenças eram inapeláveis, ainda quando decretavam a pena de morte.

Dentre especiais particularidades, há de se registrar os três elementos definidores da Jurisdição do Tribunal de Nurembergue:[13]

> a) Um elemento real-objectivo: só caiam sob a jurisdição do tribunal os fatos descritos no art. 6º da Carta de Londres (agressão, genocídio etc.); este era o elemento que dava sentido à existência de uma jurisdição internacional, por se tratar de crimes contra o direito internacional.
>
> b) Um elemento pessoal-subjetivo: a jurisdição do tribunal restringia-se aos fatos praticados no interesse de um País do Eixo-Europeu; este elemento permitia excluir liminarmente a análise da responsabilidade das forças aliadas, por fatos eventualmente análogos aos que se encontravam em julgamento, nas chacinas de Hiroshima e Nagasaqui, na razia de Dresden, no massacre da floresta de Katyn, etc.
>
> c) E, enfim, um elemento implícito de reserva de jurisdição sobre os 'majors war criminals' (jurisdição especial), que permitia evitar que uma das potências pudesse julgar sozinha os principais responsáveis do Eixo e colher os inerentes louros perante a comunidade internacional.

Outra crítica que merece observação diz respeito à ausência de tipos penais fechados, o que significou um campo fértil para a violação (especialmente) do princípio da legalidade. É importante reconhecer que esta foi uma das primeiras experiências de integração de dois diferentes ramos

[13] CAIERO, Pedro. Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação, doutrina internacional. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 37, 2002, p. 103.

do direito em uma situação concreta, a saber, os direitos penal e internacional.

A mescla desses importantes institutos fez-se materializada com o atual Estatuto de Roma, mas a presente apreciação diz respeito a um projeto, na época, absolutamente inédito. Por isso a crítica à ausência de tipos penais fechados deve ser valorada não só pela qualidade do ineditismo, como também pelo fato de que as principais normas de direito internacional (em total contrariedade ao direito penal) são efetivamente tipos penais abertos, pois, em se tratando dos interesses de mais de um Estado, por certo que se faz necessária a flexibilidade.

Ainda que sucintamente levantadas as principais críticas ao primeiro Tribunal *ad hoc*, constituído com o objetivo de julgar os crimes contra a paz, de agressão, de guerra e contra a humanidade, não se pode olvidar que seu intuito foi razoavelmente atingido. Além de buscar coibir novos crimes dessa natureza, não só fez projeção de penalidades como as aplicou, pela primeira vez, em desfavor de sujeitos individuais, não mais se repetindo a tradição de punir os Estados. Na mesma linha, repudiou-se a principal tese defensiva, nos casos de cometimento dos delitos antes referidos, na qual se "justificava" a autoria e a materialidade delitivas em nome de obediência às normas proferidas por oficiais superiores.

Por outro lado, sempre com a óptica parcimoniosa necessária em questões desse gênero, e sem nunca esquecer a necessidade do oferecimento de garantias ao réu (independentemente da gravidade do delito), é importante perceber que a instituição da referida Corte de Nurembergue buscou não meramente oferecer revanchismo às inúmeras mortes protagonizadas pelo governo alemão, cuja maneira mais comum seria com mais invasões e derramamento de sangue, por parte dos aliados, em uma punição a um Estado inteiro (ou a membros de uma organização), mas sim a opção de um julgamento sendo apreciadas provas, prática da jurisdição por juízes de carreira etc. Para tanto, diante das falhas

apresentadas (comum a um projeto neófito e de especial relevância como o ocorrido em Nurembergue), operou-se o exercício da jurisdição para reprimir crimes graves, de repercussão mundial, e isto deve ser visto como algo bastante louvável.

Como resultado do exercício jurisdicional (neste quadro: de 04 juízes, do Reino Unido, USA, França e da URSS), 3 (três) pessoas foram absolvidas, houve 12 condenações à morte, 3 prisões perpétuas, 2 condenações de 20 anos de reclusão, uma de 15 anos e outra de 10 anos de reclusão.

Entendemos que o pensamento vigente, na época, foi bem traduzido na primeira audiência do processo de Nurembergue:[14] "O privilégio de abrir o primeiro processo na história dos crimes contra a paz do mundo é uma grande responsabilidade. As quatro grandes nações vitoriosas [...] detêm o braço da vingança e submetem voluntariamente os seus inimigos prisioneiros ao julgamento da lei. Os crimes pelos quais buscamos condenar e punir foram a tal ponto premeditados, perversos e devastadores que a civilização não pode tolerar que sejam ignorados, pois não poderíamos sobreviver se eles fossem reiterados."

3 Tribunal de Tóquio – Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente

O Estatuto do Tribunal Militar Internacional do Extremo Oriente, lançado em 1° de dezembro de 1943, na conferência do Cairo, teve como subscritores representantes chineses, britânicos e americanos. Na ocasião, foi declarada a intenção de pôr termo à agressão japonesa, com o julgamento dos criminosos de guerra. Assim, em 19 de janeiro de 1946, quando já em curso os trabalhos em Nurembergue, foi instituído o referido Tribunal Militar Internacional para o Extremo Oriente, composto de 11 magistrados, cujo objetivo era o de levar

[14] BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 42.

a julgamento as autoridades japonesas pelos conflitos ocorridos entre 1937 a 1941, cuja maior repercussão foi o "famoso bombardeio a Pearl Harbour"[15].

Embora idealizado nos termos de Nurembergue, foram concedidos "aos acusados os direitos mais fundamentais de notificação em tempo útil do ato de acusação, de assistência por um advogado, da possibilidade de fazer ouvir testemunhas de defesa e de contra-interrogar as testemunhas de acusação e de acompanhar todas as fases do processo em seu idioma."[16] Também aqui não houve previsão recursal, nem pôde ser utilizado como argumento defensivo de exoneração de responsabilidade a obediência a ordens recebidas de governante ou superior, sendo estabelecido o princípio de responsabilidade dos dirigentes pelos atos previstos como crime.

As atividades do Tribunal desdobraram-se de 29 de abril de 1946 a 12 de novembro de 1948 e a competência previa o julgamento de crimes contra a paz, crimes contra as convenções da guerra e crimes contra a humanidade. Foram acusadas 28 pessoas, sendo 9 civis e 19 militares de carreira.

Uma particularidade que importa revelar, e que define bem a falibilidade do sistema de julgamento criado, foi o fato de que cada réu teve em sua defesa, um advogado japonês e outro norte-americano (sendo os EUA um dos países acusadores, financiadores do Tribunal, que havia imposto a rendição ao governo japonês e seu Comandante Supremo podia escolher os juízes e reduzir as penas, só não podia aumentá-las).

Assim como em Nurembergue, também no Tribunal Militar para o Extremo Oriente, os Aliados cuidaram de executar, na opinião de inúmeros doutrinadores, uma jurisdição "de vencedores". Chama a atenção que o imperador Hiroito, o primeiro dos criminosos de guerra, não tenha sido julgado,

---

[15] CANÊDO, 1999, p. 79.
[16] BAZELAIRE, CRETIN, op. cit., p. 29.

bem como o fato de vários criminosos (de guerra) japoneses terem sido libertados pelos norte-americanos, sem qualquer processo tal como os médicos da "unidade 731" (responsáveis por experimentos humanos).[17]

4 Tribunal Penal Internacional para a Ex-Iugoslávia

Ainda que seja missão bastante difícil precisar uma ordem cronológica para a confusa guerra da ex-República Socialista Federal da Iugoslávia, para fins do presente estudo, pode-se estabelecer como termo inicial a data de 25 de junho de 1991, quando a República da Eslovênia proclamou-se independente da Iugoslávia. A segunda fase do conflito foi relativo à Croácia; o terceiro momento deu-se na Bósnia e Herzegovina, sobrevindo, por fim, o período de Kosovo.

Gravíssimos crimes contra os Direitos Humanos se fizeram presentes após tais acontecimentos bélicos, sendo comuns as violações não só no campo do Direito Internacional Humanitário, como também do Direito Internacional Penal, com a reiterada prática de genocídio e demais crimes, aos quais se convencionou chamar de depuração étnica (entre as espécies de delitos que configuraram tal denominação, foi noticiado o cometimento de homicídios, torturas, encarceramentos arbitrários, execuções sem processo judicial, estupros e outras agressões sexuais em praça pública e envolvendo desde crianças de 7 anos a idosos, confinamento de populações civis em guetos, expulsões pela força, deslocamento e deportação de civis, destruição injustificada de bens, entre outros).

Por intermédio da Resolução 827, de 25 de maio de 1993, foi criado o Tribunal Internacional com o único fim de julgar as pessoas presumidamente responsáveis pelas graves violações ao Direito Internacional Humanitário cometidas no território da ex-Iugoslávia entre o dia 1º de janeiro de 1991 e a data em que se celebrar a paz. Pela mesma Resolução, foi aprovado o Estatuto do Tribunal.

---

[17] BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 37.

O Tribunal Penal Internacional para a ex-Iugoslávia,[18] também conhecido como TIPIAJ, com sede na Haia (Países Baixos), tem competência para processar e julgar violações graves às Convenções de Genebra, de 1949, violações às leis e aos costumes da guerra, genocídio e crimes contra a humanidade, que tenham sido cometidos no território da antiga Iugoslávia, a partir de 1991.

Importante registrar a especial particularidade de que tal Tribunal foi instituído quando os conflitos ainda estavam em curso, sendo um desses, seus pressupostos cumulativos, como segue:[19]

> a) Um elemento real-objetivo: o tribunal só tem jurisdição sobre os crimes incluídos no catálogo dos arts. 2º e seguintes do Estatuto;
>
> b) Um elemento temporal: só caem sob a jurisdição do tribunal os fatos praticados a partir de 01.01.91;
>
> c) Um elemento territorial: o tribunal só tem jurisdição sobre os fatos cometidos no território da antiga Iugoslávia;
>
> d) A quarta nota importante da jurisdição do TIPIAJ é o princípio da primazia. Dada a desconfiança política em relação à justiça administrada pelos tribunais estaduais naquele território, o princípio da primazia confere ao TIPIAJ o direito de avocar um caso que esteja a ser por eles processado e, além disso, manda que se mantenha a jurisdição do tribunal internacional se os tribunais estaduais tiverem qualificado o crime como comum ou se houver suspeita de fraude judiciária.

Sua composição é de 16 (dezesseis) juízes permanentes (eleitos pela Assembléia Geral da ONU, por um mandato de 4 anos, com direito à reeleição) e, no máximo, nove juízes *ad*

---

[18] As informações aqui constantes podem ser encontradas no site oficial do Tribunal (www.un.org/icty).
[19] CAIERO, 2002, p. 103.

litem, escolhidos pela Assembléia Geral, sem direito à reeleição, por período não superior a 3 anos.

Outra particular novidade em relação a Tóquio e Nurembergue é que a composição prevê três Câmaras de Julgamento e uma Câmara de Apelação (nos casos anteriores não havia possibilidade de recurso).

Também o particulariza o fato de não existir julgamento *in absentia*, pois é necessária a presença física do acusado perante o Tribunal, havendo uma Seção de Vítimas e de Testemunhas (o que visa a garantir segurança aos acusados).

Durante a tramitação do processo, os acusados são mantidos presos na Unidade de Detenção do TIPIAJ, (no bairro penitenciário) em Haia. Entre as penalidades, a maior é a de prisão perpétua, podendo as penas ser cumpridas em qualquer Estado que tenha assinado compromisso com a ONU de receber pessoas condenadas pelo TIPIAJ.

Dados apontam[20] a existência de 77 (setenta e sete) indiciados, sendo que 56 (cinqüenta e seis) respondem a processo perante o Tribunal. Desses, 47 (quarenta e sete) estão detidos, 9 (nove) provisoriamente soltos e 21 (vinte e um) foragidos.

Desde a criação do TIPIAJ, contudo, foram mais de 90 (noventa) os indiciados, sendo que, destes, 4 (quatro) já faleceram, 7 (sete) cumprem pena, 3 (três) já cumpriram pena, 9 (nove) foram absolvidos ou tiveram seu indiciamento negado.

As principais críticas são no sentido de que:

a) O Tribunal fora estabelecido ilegalmente, pois foi criado pelo Conselho da ONU e não por um tratado internacional;

b) Não havia justificativa para a previsão de primazia do Tribunal sobre cortes nacionais competentes;

---

[20] JAPIASSÚ, 2004, p. 100.

c) Não havia competência do Tribunal para julgar o caso, visto que os crimes relacionados referiam-se a conflitos armados internacionais e o caso iugoslavo relacionava-se com conflito armado interno.

Permanece aguardando o tramitar processual e julgamentos Milan Milutinovic (Presidente da República da Sérvia). Slobodan Milosevic (então Presidente da República Federal da Iugoslávia e comandante supremo das forças armadas), um dos mais importantes homens de Estado envolvidos naquele conflito, que também estava preso, aguardando julgamento, faleceu em fevereiro de 2006.

5 Tribunal Penal Internacional para Ruanda

Antes do exame da Corte penal instaurada em Ruanda, é importante uma pequena descrição dos fatos que acarretaram os horrendos conflitos lá vislumbrados.

Trata-se de um país localizado no leste do continente africano, que teve sua independência consolidada em 1962. Sua população é composta basicamente por duas etnias principais, quais sejam, os hutus (que representam cerca de 4/5 da população local), e os tutsis. A desigualdade numérica também tem raízes históricas, considerando que os primeiros lá chegaram entre 500 a.c. e o final do primeiro milênio. Os tutsis, por seu turno, provenientes do nordeste da África, entre os anos 1400 e 1700.

O conflito entre as etnias teve um significativo aumento em 1994, quando houve graves problemas políticos que se intensificaram após o atentado contra o Presidente de Ruanda, Juvénal Habyarimana, quando seu avião, no qual também estava o presidente de Burundi, Cyprien Ntaryamira, foi abatido em Kigali (capital do país), em circunstâncias e autoria não esclarecidas ou identificadas.

Diante de tais fatos, a guarda presidencial e os militares extremistas hutus instalaram barricadas na capital e começaram um conflito que acarretou a morte de mais de 500.000 pessoas.

Dentre as atrocidades, tornadas "comuns" em tempos de guerra, no dia seguinte ao início do conflito, nada foi poupado da violência: nem mesmo hospitais ou igrejas, no que se denominou verdadeiro "acesso de ódio tribal entre as etnias hutus e tutsis."[21]

Em 30 de junho, a Comissão de Direitos Humanos da ONU publicou um relatório que enfatizava o caráter sistemático do genocídio. Por intermédio da Resolução 955, de 8 de novembro de 1994, criou o Tribunal Penal Internacional (também *ad hoc*) para Ruanda (TPIR).

Sua competência fica atrelada ao julgamento das pessoas presumidamente responsáveis por atos de genocídio e outras violações graves ao Direito Internacional Humanitário, cometidos não só no território de Ruanda, mas também envolvendo cidadãos ruandenses, que tenham desenvolvido atividades criminosas entre 1° de janeiro e 31 de dezembro de 1994. Há de salientar-se que os conflitos ocorreram na seara doméstica (ou seja, um conflito armado não-internacional[22]); no particular, também é impositivo registrar que a competência jurisdicional incluía os fatos ocorridos "nos territórios dos países limítrofes, durante aquele período por *cidadãos ruandeses*."[23] Ou seja, há a particularidade de apreciação de casos em que há conflito armado não-internacional.

Sua constituição teve como esteio as linhas previstas no Tribunal Penal Internacional para a ex-lugoslávia, tendo como principal diferença que, em seu art. 5°, os crimes contra a humanidade são considerados como "aquelas condutas cometidas como 'parte de um ataque sistemático ou comum contra qualquer população civil por motivo nacional, político, étnico, racial ou religioso.'".[24]

As áreas de competência material do TPIR são, outrossim, o genocídio (art. 2° do Estatuto), crimes contra a humanidade

---

[21] BAZELAIRE, CRETIN, 2003, p. 57.
[22] MAIA, 2001, p. 45.
[23] CAIERO, 2002, p. 104.
[24] SILVA, P., 2004, p. 28

(art. 3º) e as violações do art. 3º comuns às convenções de Genebra de 1949 e ao protocolo adicional (art. 4º), sendo, nos demais aspectos, bastante similar ao Tribunal constituído em Haia, para apurar os fatos ocorridos na ex-Iugoslávia.

A contar do primeiro indiciamento, em 28 de novembro de 1995, outros 70 (setenta) já ocorreram, havendo cerca de 60 (sessenta) prisões sendo cumpridas em Arusha. Também já se deu o julgamento de 09 (nove) acusados, com 08 (oito) condenações e uma absolvição. A Câmara de Apelação confirmou seis sentenças, dois aguardam julgamento dos recursos e oito, de um total de 21 acusados, ainda esperam pela decisão originária.

Pela primeira vez desde a 2ª Grande Guerra, em setembro e outubro de 1998, um Tribunal Penal Internacional efetua condenações pelo crime de genocídio.

Como última particularidade específica do referido Tribunal "ad hoc", há de se ressaltar "que a violência sexual é considerada genocídio quando cometida com a intenção de eliminar um grupo de pessoas da mesma raça ou origem."[25]

6 Considerações acerca dos Tribunais "AD HOC"

Os casos dos Tribunais de Ruanda e da ex-Iugoslávia distanciam-se dos Tribunais de Nurembergue e Tóquio, pois foram instituídos pela comunidade internacional e não impostos pelos vencedores aos vencidos.

O que se buscou demonstrar é a evolução ocorrida no direito penal que ultrapassa as fronteiras ou, ainda, que regula, no caso, os crimes de repercussão internacional.

A análise histórica, ainda que breve, permite que se vislumbre claramente o avanço não só de medidas adotadas com o condão de pôr fim às atrocidades comuns em guerras, genocídios, ou a morte de multidões, no que denominamos crimes contra a humanidade, como também oferece condições de

[25] BAZELAIRE; CRETIN, 2003, p. 60.

avaliar o crescimento de um ramo que, não obstante ser novo, passará a ser cotidiano em nosso enfrentamento daqui por diante, que é o direito penal internacional. À seara do direito internacional, aliás, muitos outros ramos do direito buscarão criar alianças, porquanto esta é a realidade com que convivemos hoje e não há porque pensarmos em sentido diverso que, no caso, seria um retrocesso do processo globalizatório.

A evolução que se pretendeu demonstrar está longe de ter alcançado sua maioridade. Como salientado, muitas foram as críticas atinentes aos tribunais "ad hoc" (literalmente, criados "para isso"), mas foi graças a eles que se permitiram experiências suficientes que pudessem desencadear a realização de um antigo sonho: a criação de um tribunal permanente com competência para julgar crimes cuja abrangência atinja mais de uma nação, no que se poderia chamar de jurisdição penal universal.

TRIBUNAIS Ad Hoc	TRIBUNAL DE NUREMBERGUE (1945-1946)	TRIBUNAL MILITAR INTERNACIONAL DO EXTREMO ORIENTE (1946-1948)	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA A EX-IUGOSLÁVIA (de 01 de janeiro de 1991 até hoje)	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (de 27 de junho de 1995 até hoje)
SEDE	Nurembergue (Alemanha)	Tóquio (Japão)	Haia (Países Baixos)	Arusha (capital da Tanzânia)
COMPOSIÇÃO	4 magistrados (Reino Unido, USA, França e URSS)	11 magistrados	16 magistrados permanentes (mandato de 4 anos admitida a reeleição).	14 magistrados
COMPETÊNCIA	Julgar criminosos do regime nazista e atos ordenados por Hitler contra o povo judeu qualificados como "crimes contra a paz, de agressão, guerra e contra a humanidade".	Julgar os criminosos de guerra japoneses pelos conflitos ocorridos entre 1937 e 1941 qualificados como "crimes contra a paz, crimes contra as convenções da guerra e os crimes contra a humanidade".	Crimes contra os direitos humanos; prática de genocídio e de "depuração étnica" (homicídios, torturas, execuções sem processo judicial e delitos sexuais).	Julgamento das pessoas responsáveis por atos de genocídio e outras violações graves ao Direito Internacional Humanitário cometidos em Ruanda e/ou envolvendo cidadãos ruandenses
ABRANGÊNCIA	Membros do partido e do governo nazista e de outras organizações (entre as quais se destacava a classe médica, por conta das experiências com humanos e pelas decisões sobre quem deveria ser eliminado).	Acusadas 28 pessoas, sendo 9 civis e 19 militares de carreira.	Há 77 intliciados, sendo que 56 respondem a processo perante o Tribunal, 46 estão detidos, 9 provisoriamente soltos e 21 foragidos.	Houve cerca de 70 indiciamentos (basicamente, de extremistas da etnia "hutus" contra os "tutsis") restando 60 prisões a serem realizadas.

EFEITOS DAS DECISÕES	3 pessoas foram absolvidas; 12 condenações à morte; 3 penas de prisão perpétua; 2 penas de prisão de 20 anos de reclusão; uma condenação de 15 anos e outra de 10 anos de reclusão.	Ninguém foi absolvido; 7 pessoas foram condenadas à morte; 16 foram condenados à prisão perpétua (destes, 4 morreram na prisão - 12 foram libertados condicionalmente); houve uma condenação a 20 anos de reclusão e outra de 7 anos. Dos demais, 2 morreram de causas naturais e 1 foi hospitalizado no início do processo e, após, libertado.	3 acusados já cumpriram pena, 7 ainda a cumprem, 4 já faleceram (incluindo Slobodan Milosevic, ex-Presidente da República Federal da Iugoslávia, em fevereiro último) e 9 foram absolvidos ou tiveram seu indiciamento negado.	De 9 acusados julgados, 8 receberam condenação, restando um absolvido. Há um total de 21 acusados aguardando julgamento.
PRINCIPAIS CRÍTICAS	Julgamentos com conotação política, foi considerada aplicada "a justiça do vencedor" pois os Aliados exerciam poder sobre os territórios alemães ocupados. Franca desobediência aos princípios da legalidade, anterioridade e do devido processo legal.	Fortíssima conotação política que não levou a julgamento o Imperador Hiroito (considerado o primeiro criminoso de guerra) e os médicos da "unidade 731" (responsáveis por experiências com humanos). Inexistência de recurso.	Foi estabelecido pelo Conselho da ONU e não por um tratado internacional; não haveria justificativa para a primazia do Tribunal sobre cortes nacionais competentes; cuidava-se de conflito armado interno (e não de caráter internacional).	Estabelecido pelo Conselho de Segurança da ONU (não por tratado internacional); tratava-se de questões de caráter interno (e não de natureza internacional).
CARÁTER INOVADOR	Penalizou sujeitos individuais (não se repetindo a tradição de punir os Estados); repudiou a tese defensiva de obediência hierárquica e, de forma inédita, trouxe ao debate jurídico a expressão "crimes contra a humanidade".	Em relação ao julgamento de Nurembergue, foram concedidos aos acusados os direitos fundamentais de notificação em tempo útil, assistência de um advogado e possibilidade de ouvir testemunhas. Descabimento da tese defensiva de obediência hierárquica.	O Tribunal foi instituído quando os conflitos ainda estavam em curso. Princípio da primazia (diante da desconfiança política em relação à justiça interna). Há uma Câmara de Apelação. Necessidade da presença física do acusado na audiência.	Apreciação de casos em que há conflito armado não internacional. Inova, ao falar em crimes contra a humanidade, como "aquelas condutas cometidas como parte de um ataque sistemático ou comum contra qualquer população civil por motivo nacional, político, étnico, racial ou religioso. A violência sexual é considerada genocídio "quando cometida com a intenção de eliminar um grupo de pessoas da mesma raça ou origem".

7 Tribunal Penal Internacional (TPI)

Em nosso entender, a avaliação decorrente dos resultados oriundos dos Tribunais *ad hoc* acarretou a necessidade de mudanças na forma de compor os conflitos de natureza universal. A análise, ainda que breve, das principais críticas às cortes de julgamento, criadas com finalidades específicas, levou à elaboração do Estatuto de Roma, e, posteriormente, à criação do Tribunal Penal Internacional.

De qualquer sorte, trata-se de mais um órgão, de atuação judiciária, com abrangência além dos limites territoriais. No caso, podem ser protegidos ou figurar como réus aqueles que ratificaram o Estatuto, não sendo fechado, até o momento, o número de assinaturas.

A dificuldade de aceitação de uma instituição desse porte encontra diversas origens. Uma delas, sem dúvida, é o fato de que vivemos num mundo acelerado, cujas fronteiras não se submetem mais a uma designação territorial e/ou mesmo geofísica. No mesmo sentido, é a garantia de que também o Direito precisa se ajustar, devendo ser elaborados novos meios de atuação judiciária, buscando acompanhar tal evolução humana.

O Tribunal Penal Internacional é o passo atual pós-medidas criadas para a apreciação do fato concreto, como foram os tribunais *ad hoc*, nos casos em que há crimes contra a humanidade, genocídio e, enfim, de repercussão mundial. Em sua formulação, buscou-se superar as falhas do passado, sendo mantidas as iniciativas nas quais se considerou haver acerto (ou, ao menos, que não se avaliou de tão necessária reformulação). Como já ressaltado, numa análise sumária, um dos pontos de principal relevância é exatamente sua constituição prévia e atuação permanente. No entanto, já aqui importantes questões chamam a atenção: uma, ela não é universal, pois só aqueles países que aderirem ao Estatuto de Roma devem subsumir-se aos seus ditames (na condição de Estado-parte). Outra, se ela é permanente (e a condicional

tem razão de ser), sua competência é toda voltada para o futuro. Em óptica diversa, sua constituição é fruto de uma convenção, não de uma decisão do Conselho de Segurança. Também sua condição de permanente exige exame mais aprofundado, ainda que sem uma resposta definitiva, porquanto, sem a aceitação de tantos países de inegável importância no cenário internacional, corre-se o risco de o mesmo tornar-se sem efetividade.

Entre suas principais características que o distinguiram em relação aos modelos pretéritos, importante destacar os fundamentais princípios norteadores de sua formação, como segue:

> 1) o princípio segundo o qual a Corte seria acionada apenas se a jurisdição nacional fosse deficiente para a persecução de crimes graves (princípio da complementaridade, art.17);
>
> 2) o princípio segundo o qual a competência da Corte é limitada a quatro crimes particularmente sérios que envolvem a comunidade internacional como um todo: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e agressão.

Consoante reza o art. 3º do Estatuto de Roma, a sede será na Haia, Países Baixos ("O Estado Anfitrião").

O preâmbulo, em seu primeiro parágrafo, bem traduz o espírito dos "legisladores", responsáveis por sua confecção, à medida que reconhece não só o interesse dos povos "unidos por laços comuns e de que suas culturas foram construídas sobre uma herança que partilham, e preocupados com o fato deste delicado mosaico vir a quebrar-se a qualquer instante", como põe foco ao que pretende coibir, qual seja, a morte de crianças, homens e mulheres, vítimas de atrocidades inimagináveis e que isto constitui ameaça à paz, à segurança e ao bem-estar da humanidade.

Há também a previsão de que "os crimes de maior gravidade, que afetam a comunidade internacional no seu conjunto, não devem ficar impunes e que sua repressão deve ser

efetivamente assegurada, através da adoção de medidas em nível nacional e do reforço da cooperação internacional."

Culmina a parte preambular, com o já citado Princípio da Complementaridade, ou seja, estabelece que não será permitido um procedimento diante do TPI quando estiver tramitando um procedimento nacional ou o assunto examinado não seja de natureza tão grave que justifique a intervenção da referida Corte, pois, afinal, é dever de todo Estado exercer sua jurisdição penal contra os responsáveis por crimes internacionais (entre outros preceitos, há expressa menção nos artigos 10, 17, 21 e 80 do Estatuto).

Immanuel Kant, na fase embrionária de sua idéia de federalismo,[26] pregava a idéia de que, diante da celebração de um tratado, tal como no contrato social originário, estabelecido em uma Nação, os Estados permaneceriam em uma posição de não ingerência em conflitos internos, nos quais se envolvessem outros Estados, também havendo um sistema de forças que protegesse as partes acordantes diante de eventuais ataques das forças estrangeiras.

	TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL TPI
SEDE	Haia
COMPOSIÇÃO	18 magistrados (há uma brasileira, Sylvia Steiner, Des. Federal do TRF/ 3ª Região)
COMPETÊNCIA	Julga os crimes de genocídio; contra a humanidade; crimes de guerra e crimes de agressão.
ABRANGÊNCIA	Somente tem jurisdição sobre os crimes cometidos depois da instituição do Estatuto de Roma para os Estados que ratificaram o Estatuto. Competente para julgar as pessoas físicas. Imprescritibilidade dos delitos.
EFEITOS DAS DECISÕES	Não há, até agora, nenhum processo findo.

[26]SANTOS, Leonel Ribeiro. Republicanismo e Cosmopolitismo. A Contribuição de Kant para a Formação da Idéia Moderna de Federalismo. Apud "O Federalismo Europeu. História, Política e Utopia. Instituto de História Contemporânea. Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa. Lisboa: Colibri, 2001, p. 35.

8 Conclusão

Nesta inesgotável capacidade humana de conceber e efetivar atos lesivos, a lei sempre perderá para o potencial criativo do homem de perpetrar condutas ainda não previstas em lei. E, quando não é o caso de lacunas do direito material em si, é na parte processual que podem se esconder aqueles que desafiam a lei.

Entendemos que a humanidade obteve relevantes avanços na criação e na elaboração de novos sistemas jurídicos à altura das novidades trazidas pelo mundo contemporâneo.

Não há dúvidas de que houve diligência e presteza no processo de criação de Órgãos (judiciais ou não) e sistemas normativos com o escopo de pôr fim à costumeira escusa de que falhas graves ocorriam por "falta de previsão legal". Esta não é mais a justificativa cabível nos casos de crimes extremos contra a humanidade, desobediência e violação a princípios de direitos humanos ou em questões cujos interesses concerniam a Estados soberanos distintos.

Os Órgãos trazidos neste estudo traduzem propostas concretas e realizáveis no afã de construirmos uma sociedade que conjugue o progresso material e o crescimento com a paz mundial. A problemática ainda existente é relativa ao cumprimento dessas medidas e à efetiva execução das decisões.

Entretanto, quando recordamos que os primeiros passos pertinentes à proteção dos direitos humanos (e, em seu bojo, a criação de órgãos de atuação supranacional) tiveram início há apenas sessenta anos, parece razoável concluir que há condições de se confiar no estabelecimento de um posicionamento firme e categórico, também quanto à execução das decisões proferidas pelos Órgãos estudados, de forma a fortalecer o sistema de normas garantidoras do direito, da paz e do exercício contínuo e livre de uma cidadania universal, acima das influências e dos interesses políticos, particulares e sectários.

Referências

BAZELAIRE, Jean–Paul; CRETIN, Thierry. *A justiça penal internacional*. São Paulo: Manole, 2003.

CAIERO, Pedro. Tribunais Penais Internacionais: etapas de um caminho ou astros em constelação, doutrina internacional. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 37, 2002

CANÊDO, Carlos. *O genocídio como crime internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 1999

CASSESSE, Antonio; MEIRELLE, Delmas-Marty. *Crimes internacionais e jurisdições internacionais*. São Paulo: Manole, 2004.

FREIBURG I. Br. Albin Eser e JÖRG Arnold. Direito Penal Internacional para a Proteção dos Direitos Humanos. In: SIMPÓSIO DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE COIMBRA E GOETHE-INSTITUT DE LISBOA, Fim de Século, 2003.

HUNGRIA, Nelson. *Comentários ao Código Penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. v.1, t. 1.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. O *Tribunal Penal Internacional*: a internacionalização do direito penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MAIA, Marrielle. *Tribunal Penal Internacional*: aspectos institucionais, jurisdição e princípio da complementaridade. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

PIOVESAN, Flávia. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PIOVESAN, Flávia. Obra disponível em <http://www.dhnetorgbr/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_ruanda.html> Acesso em: 03 mar. 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal*: a nova parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. *Tribunal Penal Internacional*: aspectos fundamentais e o novo Código Penal Internacional alemão. Porto Alegre: Fabris, 2004.

Dissertações de Mestrado

Dissertações de Mestrado

O Princípio da Eficiência como Fator Trasformador

Por *Jorge Luis Terra da Silva*

Data da defesa da dissertação: 25/04/2007

Orientador: Francisco de Araújo Santos

A dissertação tem por objeto o princípio da eficiência, concebendo-o como critério para a atuação administrativa voltada ao atingimento dos Objetivos Fundamentais da República brasileira. Tendo-se por meta a operacionalidade do princípio, são apresentados os conceitos de eficiência colhidos nas doutrinas econômica e jurídica. Além disso, são deduzidos os fundamentos da eficiência. Como questões atinentes à aplicabilidade do dever de eficiência são tratadas a participação popular, a atuação administrativa impessoal, a improbidade administrativa e a eficácia do princípio em comento. A eficiência também é abordada como fruto da ação discricionária e como limite dessa ação. Partindo-se do pressuposto de que a eficiência pode colaborar para a melhora da ciência jurídica e da Administração Pública brasileiras, discorre-se sobre os passos para se realizar uma atuação administrativa eficiente com esteio no texto constitucional, no Direito e na ciência da Administração, perpassando-se por alguns métodos empre-gados nos setores público e privado e se chegando a um caso concer-nente a um serviço público de cobrança judicial.

A banca examinadora foi composta pelos Professores: Almiro do Couto e Silva, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Especialista em Direito Administrativo pela Universidade de Heidelberg/Alemanha; Luiz Afonso dos Santos Senna, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Engenharia de Transportes pela Leeds University/Inglaterra; Rafael Da Cás Maffini, da Escola Superior da Magistratura - AJURIS e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A referida defesa foi presidida pelo Professor Francisco de Araújo Santos.

Atipicidade Contratual: Entre a Autonomia Privada e o Tipo

Por *Giovana Cunha Comiran*

Data da defesa da dissertação: 11/06/2007

Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa

Confronta tipicidade e atipicidade, atribuindo a esta uma significação galgada no que chamou de "binômio fundamental" formado entre a idéia de autonomia privada "re-significada" e de tipo contratual. Utiliza base empírica para classificar as manifestações da atipicidade. Propõe uma interpretação contratual fundada no referido "binômio". Utiliza, assim, o método tipológico, tomando os tipos como facilitadores do processo hermenêutico, na medida do que chama de "coeficiente elástico do tipo".

A banca examinadora foi composta pelos Professores: Cesar Viterbo Matos Santolim, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma, Gerson Luiz Carlos Branco, da Universidade Luterana do Brasil e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Maria Alice Costa Hofmeister, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. A referida defesa foi presidida pela Professora Doutora Judith Hofmeister Martins-Costa.

O Silêncio na Formação do Contrato: Elementos Qualificadores de sua Valoração Declarativa

Por *Priscila David Sansone Tutikian*

Data da defesa da dissertação: 11/06/2007

Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa

A dissertação se destina a investigar, de modo especial, se a admissão do silêncio como anuência pode ser verificada no momento de criação do vínculo contratual, de formação dos contratos. Ainda, objetiva-se definir quais elementos são qualificadores dessa realidade. Dentre outras circunstâncias, a dissertação avalia se o silenciar de um dos participantes da fase de formação do contrato tem a potencialidade de despertar no destinatário da declaração uma confiança legítima de que o contrato se concluíra. Se caracterizada essa confiança, surgirá, de forma ainda mais evidente, a demanda de se examinar se o silêncio poderá ser – ou se necessariamente será – tido como aceitação.

Analisando os elementos que qualificarão o silêncio como anuência no domínio jurídico da formação contratual, são tomados como objeto de análise tanto os elementos previstos no artigo 111 do Código Civil, avaliando-se as conjunturas positivas e negativas da valoração do silêncio, quanto, em caráter exemplificativo, outros elementos do ordenamento que influenciam a realidade na qual o silêncio se insere.

A eleição da fase de formação dos contratos justifica-se na medida em que é nesse cenário que o silêncio causa maior polêmica. Enfrenta-se, assim, tema pouco explorado pela doutrina nacional, sendo, todavia, útil e necessário o estabelecimento de sua compreensão dogmática no Direito brasileiro.

A banca examinadora foi composta pelos Professores Doutores: Adalberto de Souza Pasqualotto, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Carlos Klein Zanini, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Renan Lotufo, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutor em Direito pela mesma instituição. A referida defesa foi presidida pela Professora Judith Martins-Costa.

Interpretação do Contrato e Objetivação de Interesses

Por *Marcelo Vicenzi*

Data da defesa da dissertação: 17/09/2007

Orientadora: Véra Maria Jacob de Fradera

A dissertação examina a interpretação do contrato diante do quadro da objetivação das relações jurídicas negociais. Expõe os fundamentos e os aspectos problemáticos da teoria interpretativa, com informações de direito comparado. Evidencia que há de se contar não apenas com as declarações de vontade das partes, mas também com as circunstâncias objetivas que as rodeiam. Analisa os critérios de interpretação do contrato recepcionados em nosso sistema normativo, a fim de verificar se e em que medida as disposições que disciplinam o procedimento hermenêutico consagram relevância aos interesses dos contratantes.

A banca examinadora foi composta pelos Professores: Carlos Klein Zanini, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Paolo Carbone, da Universidade de Sassari/ Itália e Doutor em Direito Comparado pela Universidade de Palermo/Itália; e Luis Renato Ferreira da Silva, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. A referida defesa foi presidida pela Professora Doutora Véra Maria Jacob de Fradera.

Motivação dos Atos Administrativos

Por *Cláudia Travi Pitta Pinheiro*

Data da defesa da dissertação: 20/11/2007

Orientador: Almiro do Couto e Silva

A dissertação investiga os contornos do dever de motivação dos atos administrativos no sistema jurídico brasileiro. O estudo inicia pela análise de seus fundamentos constitucionais, surgimento e desenvolvimento, destacando as diferenças e semelhanças com sua origem e evolução em outros sistemas jurídicos. A perspectiva comparativa está presente também nos capítulos subseqüentes, em que se definem o conteúdo da norma, seu âmbito de aplicação e as conseqüências do descumprimento do dever. O olhar crítico sobre a jurisprudência das cortes brasileiras permeia todos os capítulos do trabalho.

A Banca Examinadora foi composta pelos Professores Doutores: Humberto Bergmann Ávila, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de Munique, LMU, Alemanha; Itiberê de Oliveira Rodrigues, Professor da Universidade Federal de Pelotas e Doutor em Direito pela Universitat Munster (Westfalische-Wilhelms), W.W.U.M., Alemanha; Regina Linden Ruaro, Professora da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, U.C.M., Espanha. A referida defesa foi presidida pelo Professor Almiro do Couto e Silva.

A Funcionalidade do Ônus da Prova no Processo Civil Brasileiro

Por *Juliana Leite Ribeiro do Vale*

Data da defesa da dissertação: 29/11/2007

Orientador: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Diante de uma situação de insuficiência probatória, o juiz, impossibilitado de pronunciar o *non liquet*, deve julgar segundo a regra do ônus da prova. No entanto, em algumas situações, a aplicação da regra prevista no artigo 333 do Código de Processo Civil pode culminar em injustiças. Para evitá-la, a doutrina, a jurisprudência e a legislação apresentam criativas soluções. Na tentativa de sistematizá-las, o trabalho analisa, sob a óptica do juiz, da lei e das partes, alguns fenômenos relacionados ao ônus da prova no Processo Civil brasileiro.

A banca examinadora foi composta pelos Professores Doutores: Danilo Knijnik, Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Humberto Theodoro Júnior, Professor Titular da Universidade Federal de Minas Gerais e Doutor em Direito pela mesma instituição; Daniel Francisco Mitidiero, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma instituição. A referida defesa foi presidida pelo Professor Carlos Alberto Alvaro de Oliveira.

A Divisão Patrimonial na Dissolução da União Estável: Uma Interpretação das Regras de Direito de Família

Por *Ana Rispoli D'Azevedo*

Data da defesa da dissertação: 12/12/2007

Orientadora: Claudia Lima Marques

Essa dissertação objetiva analisar a divisão patrimonial, sob o enfoque da união estável, tendo em vista a especificidade do tratamento dado a esta entidade familiar na hipótese de dissolução. São estudadas as regras que incidem na divisão dos bens, quando da ruptura em vida da união estável, seja consensual ou litigiosa, através da evolução doutrinária e jurisprudencial da matéria. Também se verifica a utilização de regras do direito matrimonial no companheirismo pelos aplicadores da lei e suas conseqüências. Em suma, o tema proposto tem por fim estabelecer a relação entre o desenvolvimento da matéria, ao longo dos anos, pelos Tribunais, pela Doutrina e pelo Legislativo, assim como a determinação consagrada no Código Civil de 2002.

A banca examinadora foi composta pelos Professores: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Professora da Universidade de São Paulo e Doutora em Direito pela mesma instituição; Carlos Silveira Noronha, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; José Alcebíades de Oliveira Júnior, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. A referida defesa foi presidida pela Professora Doutora Claudia Lima Marques.

A Responsabilidade Internacional do Estado por Genocídio

Por *Joanessa Tasca Deud Jose*

Data da defesa da dissertação: 17/12/2007

Orientadora: Martha Lucía Olivar Jimenez

Trata-se de estudo sobre a configuração da responsabilidade internacional de ente estatal por genocídio, tomando como ponto de partida as regras gerais da responsabilidade do Estado e a decisão proferida em 26 de fevereiro de 2007 pela Corte Internacional de Justiça no caso envolvendo a Bósnia e a Sérvia – a primeira decisão na história da jurisprudência internacional que tratou especificamente da matéria.

A banca examinadora foi composta pelos Professores Doutores: Véra Maria Jacob De Fradera, Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Universite de Paris II Up II, PARIS II, França; Alfa Oumar Diallo, Professor do Centro Universitário La Salle e Doutor em Sociedade e Estado em Perspectiva de Integração pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Denise Estrella Tellini, Professora da Universidade Luterana do Brasil e Doutora em Estudios Internacionales pela Universidade de Barcelona. A referida defesa foi presidida pela Professora Martha Lucía Olivar Jimenez.

Outras Dissertações de Mestrado Defendidas Junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito durante o Ano de 2007

A Verossimilhança nos Provimentos de Cognição Sumária

Por *Daisson Flach*

Data da defesa da dissertação: 12/01/2007

Orientador: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Banca examinadora: Ovídio Araújo Baptista da Silva, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Livre Docente pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Danilo Knijnik, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Guilherme Rizzo Amaral, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

O Pluralismo Jurídico e a Realidade Sociocultural de Moçambique

Por *Beatriz da Consolação Mateus Buchili*

Data da defesa da dissertação: 01/03/2007

Orientadora: Cláudia Lima Marques

Banca examinadora: Cezar Saldanha Souza Junior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; José Alcebíades de Oliveira Junior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Filosofia do Direito e da Política pela Universidade Federal de Santa Catarina; Rosângela Lunardelli Cavallazzi, da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutora em Direito pela mesma Universidade.

Emoções, Interpretação e Aplicação Legal - Com Enfoque nas Reflexões de Martha C. Nussbaum

Por *Renato Hungria Requião de Bicca*

Data da defesa da dissertação: 14/03/2007

Orientador: Cláudio Fortunato Michelon Júnior

Banca examinadora: Fabrício Dreyer de Avila Pozzebon, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma Universidade; Gabriel José Chittó Gauer, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Medicina e Ciências da Saúde pela mesma Universidade; José Alcebíades de Oliveira Junior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Filosofia do Direito e da Política pela Universidade Federal de Santa Catarina.

O Direito de Asilo na União Européia: Um Olhar Normativo sobre a Europa-Fortaleza

Por *Rodrigo Magnos Soder*

Data da defesa da dissertação: 24/05/2007

Orientadora: Martha Lucía Olivar Jimenez

Banca examinadora: Patricia Luiza Kegel, da Fundação Universidade Regional de Blumenau e Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Álvaro Filipe Oxley da Rocha, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná e Raúl Enrique Rojo, de École des Hautes Études em Sciences Sociales - Montreal, U.M., Canadá e Docente pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Teoria da Justiça de John Finnis – Análise em Face da Tradição Aristotélica – Tomista

Por *Nelson Nemo Franchini Marisco*

Data da defesa da dissertação: 05/06/2007

Orientador: Luis Fernando Barzotto

Banca examinadora: Wladimir Barreto Lisboa, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutor em Filosofia Política pela Université Paris (Panthéon-Sorbonne)/França, Alfredo de Jesus Dal Molin Flores, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito e Filosofia pela Universitat de Valência/Espanha e Wilson Engelmann, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutor em Direito pela mesma instituição.

A Responsabilidade Civil entre Funcionalismo e Formalismo: O Art. 944, CAPUT, do Código Civil Brasileiro

Por *Fabiano Koff Coulon*

Data da defesa da dissertação: 10/07/2007

Orientadora: Judith Martins-Costa

Banca examinadora: Luis Renato Ferreira da Silva, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Giovanni Ettore Nanni, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Doutor em Direito pela mesma instituição e Luis Fernando Barzotto, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

A Eficácia contra Particulares dos Direitos Fundamentais (*Drittwirkung*) sob Enfoque de seus Deveres de Proteção (*Schutzpflichten*)

Por *Gabriel Menna Barreto Von Gehlen*

Data da defesa da dissertação: 12/07/2007

Orientador: Cezar Saldanha Souza Junior

Banca examinadora: Rodrigo Valin de Oliveira, da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Adriana Schlabendorff, da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e Alfredo de Jesus Dal Molin Flores, da Universidade

Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito e Filosofia pela Universitat de València - Espanha.

O Estado Federal e o Federalismo no Império

Por *Marco Antonio Alves Bezerra*

Data da defesa da dissertação: 17/07/2007

Orientador: Cezar Saldanha Souza Junior

Banca examinadora: Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, da Ude de Münster - Alemanha; Rodrigo Valin de Oliveira, da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e José Antonio Giusti Tavares, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Ciência Política pelo Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro.

A Corte Internacional de Justiça e a Interação do Direito Ambiental com a Responsabilidade Internacional nos Casos Gabcíkovo-Nagymaros (Hungria X Eslováquia) e Usinas de Celulose (Argentina X Uruguai)

Por *Marcos Homrich Hickmann*

Data da defesa da dissertação: 02/08/2007

Orientadora: Martha Lucía Olivar Jimenez

Banca examinadora: Tupinambá Pinto de Azevedo, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma; Ricardo Rocha de Vasconcellos, da Universidade Federal de Pelotas e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Alfa Oumar Diallo, do Centro Universitário La Salle e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

Pauta para a Interpretação dos Contratos por Adesão nas Relações Interempresariais Regidas pelo Código Civil

Por *Silvia Dias da Costa Machado*

Data da defesa da dissertação: 07/08/2007

Orientadora: Judith Martins-Costa

Banca examinadora: Paula Andréa Forgioni, da Universidade Federal de São Paulo e Doutora em Direito pela mesma instituição; Carlos Klein Zanini, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e

Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e Rafael Peteffi da Silva, da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Responsabilidade Internacional do Estado no Sistema Interamericano de Direitos Humanos

Por *Indra Rojas Solano*

Data da defesa da dissertação: 13/09/2007

Orientadora: Cláudia Lima Marques

Banca examinadora: José Alcebíades de Oliveira Júnior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Filosofia do Direito e da Política pela Universidade Federal de Santa Catarina (que enviou o parecer escrito, lido de público); Augusto Jaeger Júnior, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma instituição; Florisbal de Souza Del´Olmo, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul e William Smith Kaku, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

As Bases Teóricas do Controle Difuso de Constitucionalidade e suas Competências para Exame e Rejeição no Brasil

Por *Carlos Roberto Lima Paganella*

Data da defesa da dissertação: 05/10/2007

Orientador: Luís Afonso Heck

Banca examinadora: Ângelo Roberto Ilha da Silva, da Universidade Luterana do Brasil e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Odone Sanguiné, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidad Autonoma de Barcelona/Espanha e José Eduardo Sabo Paes, da Universidade Católica de Brasília e Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid/Espanha.

União Estável e Alimentos: Fontes de Enriquecimento Sem Causa no Direito da Família

Por *Débora Rezende Cardoso*

Data da defesa da dissertação: 19/10/2007

Orientadora: Véra Maria Jacob de Fradera

Banca examinadora: Maria Claudia Crespo Brauner, Professora da Universidade de Caxias do Sul e Doutora em Direito pela Université de Rennes I, U.R.I., França; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Professora da Universidade de São Paulo e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo e Carlos Silveira Noronha, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

Estado de Direito como Limitação ao Poder de Tributar

Por *Éderson Garin Porto*

Data da defesa da dissertação: 14/11/2007

Orientador: Humberto Bergmann Ávila

Banca examinadora: Almiro do Couto e Silva, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Luiz Felipe Silveira Difini, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma instituição; Rafael Da Cás Maffini, Professor da Escola Superior da Magistratura e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

A Constituição e o Direito Penal: Legitimação, Limitação e Fundamentação

Por *Leonardo Fernandes Lazzaron*

Data da defesa da dissertação: 03/12/2007

Orientador: Cezar Saldanha Souza Junior

Banca examinadora: Tupinambá Pinto de Azevedo, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma instituição; Alberto Rufino Rosa Rodrigues de Souza, Professor da Universidade Católica de Pelotas e Doutor em Ciências Humanas pela mesma universidade; Fábio Medina Osório, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid, U.C.M., Espanha.

A Aplicação de Pautas Fiscais no Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)

Por *Flávia Gehlen Frosi*

Data da defesa da dissertação: 10/12/2007

Orientador: Humberto Bergmann Ávila

Banca examinadora: Roberto Catalano Botelho Ferraz, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Igor Danilevicz, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma universidade; Carlos Klein Zanini, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

A Sucessão Causa Mortis do Sócio na Sociedade Limitada: (Sistematização das Conseqüências da Morte na Sociedade Limitada e as Repercussões no Direito de Empresa Sucessório e de Família)

Por *Marco Antonio Karam Silveira*

Data da defesa da dissertação: 13/12/2007

Orientadora: Véra Maria Jacob de Fradera

Banca examinadora: Peter Walter Ashton, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Rui Portanova, Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, Professora da Universidade de São Paulo e Doutora em Direito pela Universidade de São Paulo.

Ampla Defesa: Um Direito Fundamental do Processo Civil Brasileiro

Por *Felipe Camilo Dall'Alba*

Data da defesa da dissertação: 14/12/2007

Orientador: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Banca examinadora: Danilo Knijnik, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Guilherme Rizzo Amaral, Professor da Escola Superior do Ministério Público e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Eduardo Talamini, Professor do Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

A Solidariedade Social e a sua Concreção no Direito Contratual

Por *Marcus Vinícius Madeira*

Data da defesa da dissertação: 18/12/2007

Orientadora: Cláudia Lima Marques

Banca examinadora: José Alcebíades de Oliveira Júnior, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Carlos Silveira Noronha, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Fixação dos Pontos Controvertidos no Direito Processual Civil Brasileiro e a Influência do Código Modelo de Processo Civil para a América Latina

Por *Natália de Campos Aranovich*

Data da defesa da dissertação: 19/12/2007

Orientadora: Cláudia Lima Marques

Banca examinadora: Carlos Silveira Noronha, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Cesar Viterbo Matos Santolim, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma universidade; Carlos Gustavo Vallespinos, Professor da Universidade Nacional de Córdoba e Doutor em Direito pela mesma instituição.

Teses de Doutorado

Teses de Doutorado

Contribuições – Natureza e Finalidade (Contribuição a uma Teoria Finalística do Direito Tributário

Por *Ígor Danilevicz*

Data da defesa da tese: 23/03/2007

Orientador: Cezar Saldanha Souza Junior

A tese procura identificar a natureza e a finalidade das contribuições. Utiliza, para isso, de um processo reflexivo com fundamento na tradição do realismo teleológico filosófico grego, que passou pelos romanos e foi enriquecido pela reflexão medieval. Isso contribui de um modo efetivo a uma teoria finalística do Direito Tributário. As contribuições tratadas na tese são identificadas a partir do disposto na Constituição de 1988, considerando-se, ainda, a realidade doutrinária e pretoriana. É demonstrada a natureza tributária das contribuições e também de que o problema da finalidade não se restringe a elas, mas se estende a todos os tributos. A análise da realidade anterior e posterior à Constituição vigente em relação ao tributo e às contribuições é realizada nas ordens lógica, ontológica e hermenêutica.

A banca examinadora foi composta pelos Professores Doutores: Luiz Felipe Silveira Difini, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; José Carlos Francisco, da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Heleno Taveira Tôrres, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Paulo Antônio Caliendo Velloso da Silveira, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Zélia Luiza Pierdoná, da Universidade Presbiteriana Mackenzie e Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. A referida defesa foi presidida pelo Professor Cezar Saldanha Souza Junior.

Bases para Construção de um Processo Civil Cooperativo - O Direito Processual Civil no Marco Teórico do Formalismo - Valorativo

Por Daniel Francisco Mitidiero

Data da defesa da tese: 31/10/2007

Orientador: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

A tese identifica, ao longo da história do direito processual civil, três modelos possíveis de distribuição das posições jurídicas entre o juiz e as partes: o modelo isonômico, o modelo assimétrico e o modelo cooperativo. Semelhantes modelos são pensados a partir de pressupostos sociais, lógicos e éticos. Nada obstante de tipo ideal, a tese não se furta de apontar exemplos concretos de processos isonômicos (o processo grego antigo e o processo do *ordo iudiciarius* medieval italiano do século XIV) e de processos assimétricos (o processo da *cognitio extra ordinem* romano e o processo prussiano moderno do século XVIII). A tese está em que o processo civil cooperativo é o processo do Estado Constitucional. No processo civil pautado pela colaboração, o juiz tem deveres de diálogo, auxílio, prevenção e esclarecimento para com as partes. A tese busca explicitar esses deveres judiciais tomando como base o formalismo do procedimento comum ordinário brasileiro, analisando-o a partir das fases postulatória, de saneamento, instrutória, decisória e recursal.

A banca examinadora foi composta pelos Professores: Adroaldo Furtado Fabricio, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma instituição; Fredie Souza Didier Junior, Professor da Universidade Federal da Bahia e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; José Maria Rosa Tesheiner, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma universidade; José Rogério Cruz e Tucci, Professor da Universidade de São Paulo e Doutor em Direito pela Universitá di Roma, UR, Itália; Ovídio Araújo Baptista da Silva, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma instituição.

O Princípio da Diferença e o Kantismo na Teoria da Justiça de John Rawls

Por Voltaire de Freitas Michel

Data da defesa da tese: 30/11/2007

Orientador: Luís Fernando Barzotto

A tese trata de dois temas importantes no interior da Teoria da Justiça de John Rawls: de um lado, o princípio da diferença, entendido como o critério que o filosofo reputa válido para a distribuição das desigualdades numa sociedade; de outro, as suas alegadas raízes kantianas, como Rawls expressamente reconhece em seu livro de 1971. Na tese, o

autor sustenta que estas duas idéias principais na Teoria da Justiça são incompatíveis, embora tenham surgido, para Rawls, num mesmo momento da evolução de seu pensamento.

A banca foi composta pelos Professores Doutores: Luis Fernando Barzotto, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo que, na oportunidade, presidiu a banca; José Alcebíades de Oliveira Júnior, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; José Nedel, Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Álvaro de Vita, Professor da Universidade de São Paulo e Doutor em Ciência Política pela Universidade de São Paulo; Rodrigo Valin de Oliveira, Professor da Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo. A referida tese foi orientada pelo Professor Cláudio Fortunato Michelon Junior, e a defesa presidida pelo Professor Luís Fernando Barzotto.

Insolvência Internacional no Mercosul - Uma Proposta de Regulamentação

Por Silvio Javier Battello Calderon

Data da defesa da tese: 18/12/2007

Orientadora: Cláudia Lima Marques

Esta pesquisa trata dos processos judiciais de insolvência iniciados contra empresa que pratique atividades ou que possua bens, créditos ou débitos em mais de um Estado-membro do Mercosul. A investigação parte da análise da internacionalização da atividade empresarial, passando pela competência internacional, regras de direito aplicável, atividades dos órgãos concursais, e cooperação jurisdicional internacional, culminando com a proposição de uma nova regulamentação sobre a matéria para o âmbito regional.

A banca foi composta pelos Professores Doutores: Carlos Klein Zanini, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Gerson Luiz Carlos Branco, Professor da Universidade Luterana do Brasil e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Peter Walter Ashton, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Luiz Otavio Pimentel, Professor da Universidade Federal de Santa

Catarina e Doutor em Direito pela Universidade Nacional de Assunção, UNA, Paraguai; Juan Dobson, Professor da Universidade Nacional de Rosário e Doutor em Direito pela mesma instituição e Luiz Carlos Buchain, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A referida defesa foi presidida pela Professora Cláudia Lima Marques.

Outras Teses de Doutorado Defendidas Junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito durante o Ano de 2007

Das Funções Sociais dos Institutos Jurídicos as Funções Sociais da Cidade

Por Rozangela Motiska Bertolo

Data da defesa da tese: 02/03/2007

Orientador: Almiro do Couto e Silva

Banca examinadora: Claudia Lima Marques, Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg/Alemanha; Humberto Bergman Ávila, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de Munique/Alemanha; Regina Linden Ruaro, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid/Espanha; Odete Medauar, da Universidade de São Paulo e Doutora em Direito pela mesma Universidade e Wrana Maria Panizzi, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutora em Ciências Sociais pela Université de Paris I/França e Doutora em III Cycle en Urbanisme et Aménagement pela Université de Paris XII/França.

O Regime Jurídico da Indústria Elétrica: O Primeiro Período das Empresas Concessionárias Privadas (1879-1957)

Por Gustavo Kaercher Loureiro

Data da defesa da tese: 06/07/2007

Orientador: Almiro do Couto e Silva

Banca examinadora: Itiberê de Oliveira Rodrigues, da Universidade Federal de Pelotas e Doutor em Direito Público pela Universidade de Munster, Alemanha; Rafael da Cás Maffini, da Escola Superior

da Magistratura – AJURIS – e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Romeu Felipe Bacellar Filho, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná e Doutor pela Universidade Federal do Paraná; Regina Linden Ruaro, da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutora em Direito pela Universidad Complutense de Madrid – Espanha; Sérgio Viana Severo, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma universidade.

Determinação dos Efeitos Temporais das Declarações de Inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal

Por Ana Paula Oliveira Ávila

Data da defesa da tese: 08/11/2007

Orientador: Almiro do Couto e Silva

Banca examinadora: Itiberê de Oliveira Rodrigues, Professor da Universidade Federal de Pelotas e Doutor em Direito pela Universitat Munster (Westfalische-Wilhelms), W.W.U.M., Alemanha; Luis Fernando Barzotto, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Adroaldo Furtado Fabrício, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma universidade; Rafael Da Cás Maffini, Professor da Escola Superior da Magistratura e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Clémerson Merlin Cléve, Professor da Universidade Federal do Paraná e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

A Tutela Administrativa na Luta Contra as Espécies Exóticas Invasoras e a Proteção da Diversidade Biológica

Por Patrícia Azevedo da Silveira

Data da defesa da tese: 14/11/2007

Orientador: Carlos Alberto Alvaro de Oliveira

Banca examinadora: Almiro do Couto e Silva, Professor Aposentado da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Élida Séguin, Professora Aposentada da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutora em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro; Vladimir Passos de Freitas, Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Sílvia Renate Ziller, Doutora em Conservação da Natureza pela Universidade Federal do Paraná; Darci Guimarães Ribeiro, Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos e Doutor em Direito pela Universidad de Barcelona, U.B., Espanha.

O Princípio da Reparação Integral no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua Concretização no Dano-Morte

Por Paulo de Tarso Vieira Sanseverino

Data da defesa da tese: 22/11/2007

Orientadora: Judith Hofmeister Martins-Costa

Banca examinadora: Gustavo José Mendes Tepedino, Professor da Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Doutor em Direito pela Universidade de Camerino, UC, Itália; Carlos Klein Zanini, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Araken de Assis, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Luis Renato Ferreira da Silva, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; Miguel Kfouri Neto, Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Diretrizes para Interpretação e Aplicação do Artigo 187 do Código Civil: Renovação e Possibilidades da Teoria do Abuso do Direito no Brasil

Por Bruno Nubens Barbosa Miragem

Data da defesa da tese: 17/12/2007

Orientadora: Cláudia Lima Marques

Banca examinadora: Jorge Mosset Iturraspe, Professor da Universidade de Santa Fé e Doutor em Direito pela mesma; Rosângela Lunardelli Cavallazzi, Professora da Universidade Federal do Rio de Janeiro e Doutora em Direito pela mesma; Luis Renato Ferreira da Silva, Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo; José Alcebíades de Oliveira Júnior, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e Cesar Viterbo Matos Santolim, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e Doutor em Direito pela mesma universidade.

ISSN 1678-5029
E-ISSN 2317-8558

Cadernos do Programa de Pós-Graduação

DIREITO/UFRGS

Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, Número 6, Setembro de 2006. Publicação da edição digitalizada em 30 de Novembro de 2014.