



Revista da

FACULDADE DE DIREITO

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

VOLUME 28 OUTUBRO 2011

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 28

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Reitor: Prof. Carlos Alexandre Netto

Vice-Reitor: Prof. Rui Vicente Oppermann

FACULDADE DE DIREITO

Diretor: Prof. Sérgio José Porto • **Vice-Diretor:** Prof. Danilo Knijnik

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Responsáveis técnicos:

Bibliotecária chefe: Márcia Raymundo Bernardes

Bibliotecária substituta: Cristiani Kafski da Silva

Colaboradoras: Maria da Graça Lima Corrêa

Ana Luiza Vianna da Silva

Conselho Editorial:

Professores ex-diretores:

Galeno Vellinho de Lacerda

Almiro Régis do Couto e Silva

José Sperb Sanseverino

Peter Walter Ashton

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Plínio de Oliveira Corrêa

Professores titulares:

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Carlos Silveira Noronha

Cezar Saldanha de Souza Júnior

Cláudia Lima Marques

Sérgio José Porto

Professores doutores:

Alfredo de Jesus Dal Molin Flores

Almiro do Couto e Silva

Augusto Jaeger Junior

Carlos Alberto Álvaro de Oliveira

Carlos Klein Zanini

Carlos Silveira Noronha

César Viterbo Matos Santolim

Cezar Saldanha Souza Junior

Claudia Lima Marques

Cláudio Fortunato Michelon Júnior

Daniel Mitidiero

Danilo Knijnik

Fabio Morosini

Glênio José Wasserstein Hekman

Humberto Bergmann Ávila

Igor Danilevich

Itiberê de Oliveira Rodrigues

José Alcebíades de Oliveira Jr.

Juarez Freitas

Luciane Cardoso Barzotto

Luis Afonso Heck

Luiz Felipe Silveira Difini

Luis Fernando Barzotto

Marco Fridolin Sommer Santos

Martha Lúcia Olivar Jimenez

Odone Sanguiné

Peter Walter Ashton

Sergio Viana Severo

Tupinambá Pinto de Azevedo

Vera Maria Jacob de Fradera

Representação discente:

Acadêmica Eliz Marina Barbieri

Faculdade de Direito – UFRGS

Av. João Pessoa, 80 – CEP 90.040-000

Porto Alegre/RS – Brasil

Tel.: (51) 3308-3118 / 3308-3128 / 3308-3555 / 3308-3464

e-mail: diretor@direito.ufrgs.br

site: <http://www.ufrgs.br>

Revista da

Faculdade de Direito

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL

Vol. 28



Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul

Diretor: Prof. Carlos Silveira Noronha

Bibliotecária Responsável: Denise Mari de Andrade Souza - CRB 10/960

R454

Revista da Faculdade de Direito: Universidade Federal do Rio Grande do Sul / Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Vol. 28 – Out/2011, nº 1 (nov. 1993-). – Porto Alegre: Sulina, 2011.

Irregular.

Continuação da Revista da Faculdade de Porto Alegre (1949-1974).

Indexada na Bibliografia Brasileira de Direito (BBD) e em *LAPTOC* - *Latin American Periodicals Tables of Contents*.

ISSN: 0104-6594

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Jurídicas. 3. Ciências Sociais.
4. Ciências Políticas. I. Universidade Federal do Rio Grande do Sul.
Faculdade de Direito.

CDD: 340

CDU: 34(05)



Editora Sulina

EDITORA MERIDIONAL LTDA.

Revisão: Carolina Machado

Av. Osvaldo Aranha, 440 cj. 101
CEP: 90.035-190 - Porto Alegre-RS

Tel: (51) 3311-4082

Fax: (51) 3264-4194

www.editorasulina.com.br

e-mail: sulina@editorasulina.com.br

Pede-se permuta • Se pide canje • We ask for exchange
On demande del l'échange • Wir bitten um Austausch • Si richieri lo scambo

Sumário

| | |
|---|----|
| JOHN BORDLEY RAWLS: Análise da Antropologia, da Sociedade e da Justiça | 7 |
| Adroaldo Junior Vidal Rodrigues | |
| UMA SÍNTESE DOS DIREITOS HUMANOS DA ORIGEM À PÓS-MODERNIDADE | 22 |
| Carlos Silveira Noronha | |
| LA LEY NATURAL Y LA PERSONA HUMANA COMO PRINCIPIO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS | 37 |
| Daniel Alejandro Herrera | |
| REVISITANDO A TEORIA DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES | 64 |
| Eduardo Kroeff Machado Carrion | |
| GRAVAÇÃO CLANDESTINA DE CONVERSA | 72 |
| Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira | |
| EQUIDADE E RAZÃO PRÁTICA NA DECISÃO JUDICIAL: Algumas Reflexões de Teoria Geral do Direito e de História do Pensamento Jurídico | 75 |
| Klaus Cohen-Koplin | |
| A <i>COMMON LAW</i> E A <i>EQUITY</i> DO DIREITO ANGLO-SAXÔNICO | 87 |
| Peter Walter Ashton | |

| | |
|--|-----|
| REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O INSTITUTO DO CONCU- BINATO NO DIREITO BRASILEIRO | 112 |
| Roberta Drehmer de Miranda | |
| O PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE NA TRIBUTAÇÃO | 135 |
| Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz | |
| ARTIGO COMEMORATIVO AO CINQUENTENÁRIO DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO RIO GRANDE DO SUL: 1959-2009 | 156 |
| Gentil André Olsson | |
| UM JUIZ MAGISTRAL: Comentário sobre a obra de Eliézer Rosa | 179 |
| Oscar Maciel Trindade Netto | |
| RESENHA DA OBRA “DO FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL”: Proposta de um Formalismo-Valorativo | 201 |
| Nicola Picardi - Tradutor: Daniel Francisco Mitidiero | |

JOHN BORDLEY RAWLS: Análise da Antropologia, da Sociedade e da Justiça¹

Adroaldo Junior Vidal Rodrigues²

Esperamos que este ensaio de ética em princípio não contenha nada de novo. Quando se trata de questões relativas à vida correta, somente coisas erradas podem ser realmente novas.

Robert Spaemann

RESUMO

O artigo aborda a Teoria da Justiça do jusfilósofo norte-americano John Bordley Rawls (1921-2002). Divide-se em duas etapas: na primeira, é feita uma descrição de sua obra a partir de três elementos: a antropologia, a

sociedade e a justiça; na segunda, são apresentadas algumas críticas a cada um desses elementos, utilizando-se da corrente chamada comunitarista, destacando Alasdair MacIntyre, Michael Sandel e Charles Taylor.

Descritores: Teoria da Justiça. John Rawls. Liberalismo. Comunitarismo.

1 Ver também: RODRIGUES, Adroaldo Junior Vidal. *Uma introdução à teoria da justiça de John Rawls: análise da antropologia, sociedade e justiça*. In: COLÓQUIO SUL-AMERICANO DE REALISMO JURÍDICO, 4.; CONGRESSO SUL-AMERICANO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 1., 2005, Porto Alegre, RS. Anais. Porto Alegre: Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, 2005. p. 1-13. 1 CD-ROM.

2 Mestre em Teoria Geral do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS); Professor na Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), e no Curso de Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu; Membro do Instituto Brasileiro de Filosofia do Direito (IBFD). Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4770718T5>. Endereço profissional: Rua Santos Dumont, 888, Niterói, Canoas, RS, Brasil, CEP 92.120-110 - E-mail: adroaldo-rodrigues@uniritter.edu.br.

ABSTRACT

The article approaches the Theory of Justice of the professor north american John Bordley Rawls (1921-2002). It is divided in two stages: first, we will make a description of his work from three elements (Anthropology, Society and Justice); second, we will introduce some critics about each of these elements, using the corrents called comunitaristes, accentuating Alasdair MacIntyre, Michael Sandel and Charles Taylor.

Descriptors: Theory of Justice. John Rawls. Liberalism. Comunitaristes.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O presente artigo possui como objetivo geral identificar as relações entre a concepção de ser humano, sociedade e justiça de John Rawls, sendo dividido em dois momentos.

Primeiro, verificou-se que a antropologia rawlsiana corresponde ao autointeresse, a sociedade liberal, à neutralidade e a justiça liberal, à imparcialidade.

Para isso, utilizou-se a leitura da obra *Uma Teoria da Justiça* como

principal guia para a extração dos conceitos de Rawls, muito embora, com uma certa frequência, sejam invocadas outras de suas produções, não só para complementar o sentido de seu pensamento, como também para apresentar uma visão geral sobre seus escritos.

Segundo, optou-se por elaborar uma reflexão a partir da seguinte problemática, cristalizada pela interrogação: a teoria da justiça de John Rawls é realmente capaz de constituir uma sociedade justa?

Para testar a viabilidade dessa interrogação invocar-se-á a tese contrária, chamada de comunitarista, que será ilustrada, aqui, por Alasdair MacIntyre, Michael Sandel e Charles Taylor. Por óbvio, um diálogo formar-se-á - o que será benéfico para a ponderação sobre a teoria de Rawls.

Dois são os objetivos específicos: um, expor alguns argumentos presentes nas discussões entre liberais e comunitaristas, tendo em vista a contribuição ao adolescente debate brasileiro sobre esse tema; dois, fomentar estudos em torno da teoria da justiça (que é um tema vinculador das disciplinas de Filosofia do Direito, Filosofia Política e Filosofia

3 Título original: *A Theory of Justice*. Publicado pela Harvard University Press em 1971.

4 Bobbio explica com objetividade o princípio de utilidade: baseia-se no critério central de que o bom legislador deve criar leis para “a maior felicidade do maior número” (2000, p. 63).

Moral), contribuindo, assim, para a interdisciplinariedade dos estudos sobre as ciências jurídicas.

A metodologia aplicada é a própria da pesquisa filosófica, qual seja, a análise conceitual.

2 A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: análise

Fazemos, aqui, uma descrição da obra de John Rawls, a partir de três elementos: a antropologia, a sociedade e a justiça.

2.1 A Antropologia Rawlsiana

Sem individualismo não há liberalismo.

Norberto Bobbio

Os indivíduos, dentro do modelo de sociedade proposto por Rawls, necessariamente, vão buscar os seus interesses. Isso fica evidente quando, nas primeiras páginas da sua teoria da justiça, Rawls considera que: “Se a inclinação dos homens ao *interesse próprio* torna necessária a vigilância de uns sobre os outros, seu sentido público de justiça torna possível a sua associação segura” (Rawls, 1997, p. 5, grifo nosso).

Assim, o autointeresse torna a justiça necessária e esse sentido de justiça torna-a possível.

A teoria liberal de Rawls não engloba a todos, ou a felicidade do

maior número possível, como é para o utilitarismo; ao contrário, prioriza o homem na sua individualidade. Nesse contexto, ainda que haja uma “associação segura” entre os homens, é indubitável que os proveitos buscados individualmente visem a vantagens para si próprios.

O liberalismo rawlsiano é tão dependente dessa concepção de homem “onde os indivíduos buscam os seus fins particulares de modo competitivo” (Barzotto, 2001, p. 141) que, sem ela, a teoria se descaracterizaria completamente. Ou seja, a sociedade liberal e, principalmente, o papel da justiça, que serão tratados mais adiante, seriam mutilados, tendo em vista que somente poderão ser compreendidos a partir de uma linha de raciocínio que se inicia com a compreensão dessa concepção antropológica.

Para John Rawls, ao contrário, o homem é apenas “associal”, isto é, tem sua identidade extraída à margem da sociedade.

Nesse contexto, devem-se considerar dois pontos importantes. O primeiro é que o restante dos homens deve ser ignorado, porque não trariam benefício algum ao “meu” interesse. O outro é que se “eu” me aproximar de alguém, será para usá-lo como meio para atingir o fim que quero.

Diante dessa visão liberal de homem, Norberto Bobbio dispõe que essa possibilidade de eleger valores de per si fomenta a quebra de

padrões objetivos quando pensa que “esta defesa da autonomia moral do indivíduo provoca uma concepção de relativismo [...]” (Bobbio *et al.*, 1997, p. 701).

Portanto, se as escolhas morais dos indivíduos causam um relativismo, é natural que eles estejam em constante conflito e, por isso, o altruísmo seja substituído pelo seu avesso.

Outra característica igualmente importante da concepção antropológica de Rawls é o modo como o indivíduo é definido dentro da sociedade liberal, a saber, *a priori*.

O indivíduo é definido sem levar em conta os bens que elege para sua boa vida. Em outras palavras, é considerado de um modo atomista e possui uma igualdade que é compartilhada de maneira absoluta entre todos os membros que compõem a sociedade.

Para Rawls, o homem é caracterizado de modo alheio à proposta de vida de cada um, ou seja, não há importância se, por exemplo, Pedro é membro de um partido político “x”, possui determinado emprego e família. Os bens que Pedro escolhe para sua vida são infecundos para a formação da identidade liberal. Nesse aspecto, o comunitarista Michael Sandel afirma: “o ‘eu’ é anterior aos fins que busca” (Sandel, 2000, p. 36).

Na sua teoria, John Rawls é explícito em considerar que o ser humano rompe com a sociedade,

tornando-se um ser alheio e, pontuando a diferença entre eles, diz que “a aplicação consistente do princípio da oportunidade equitativa exige que consideremos as pessoas *independentemente* das influências de sua posição social” (Rawls, 1997, p. 568, grifo nosso).

Assim, existindo conflitos de interesses na sociedade liberal, potencializados por essa concepção de homem já trabalhada, resta fazer uma análise sobre a concepção de sociedade e descobrir como ela é, tendo em vista que uma é a sequência lógica da outra. Nas palavras de Rawls: “Assim sendo, desde o começo, a concepção de pessoa é considerada parte de uma concepção de justiça política e social [...]” (Rawls, 2000, p. 36).

2.2 A Sociedade Liberal

A sociedade liberal deve ser concebida como se um mercado fosse, porque a sua antropologia individualista forja um dissenso sobre a concepção de vida boa. A sociedade deve ser neutra para que cada indivíduo busque, de forma competitiva em relação aos outros, os bens que escolheu para a realização da sua concepção particular de vida boa.

Essa ausência de consenso sobre o plano racional de vida reflete em cada pessoa um pluralismo de valores. Nesse sentido, pensa Rawls: “como consequência disso, os indivíduos não

só têm planos de vida diferentes, mas também existe uma diversidade de crenças filosóficas e religiosas, e de doutrinas políticas e sociais” (Rawls, 1997, p. 138).

Então, o justo para o liberalismo rawlsiano será que a sociedade forneça, de maneira neutra, elementos para que cada cidadão cristalice a felicidade a sua maneira. Sendo a ideia de Rawls que “podemos pensar que a justiça igual significa que a sociedade deve oferecer a mesma contribuição proporcional para que cada pessoa realize o melhor plano de vida que é capaz de formular” (Rawls, 1997, p. 566).

Dado que a sociedade forneça determinados bens de forma igual e imparcial para cada pessoa, “fica obviamente a cargo do próprio agente decidir o que ele mais quer e julgar a importância comparativa de seus vários objetivos” (Rawls, 1997, p. 461).

Nessas circunstâncias, a questão da felicidade e do bem ficam atrelados ao sucesso da realização do plano racional de vida de cada ser humano nessa sociedade. John Rawls os definiu, respectivamente, deste modo: “Um homem é feliz quando é mais ou menos bem-sucedido na maneira de realizar seu plano” (Rawls, 1997, p. 98).

Por óbvio, a sociedade liberal não possui uma finalidade, um bem que lhe é próprio, ao passo que cada cidadão elege para si o que julga ser o melhor para estruturar o seu projeto de vida desejável.

Assim, John Rawls, considerando a globalização, é explícito: “A resposta é que uma sociedade liberal com regime constitucional não tem, como sociedade liberal, *uma concepção abrangente do bem*. Apenas os cidadãos e associações dentro da sociedade cívica no caso nacional possuem tais concepções” (Rawls, 2001, p. 44, grifo nosso).

Diante disso, surge uma questão inquietante: como os cidadãos vão construir a sua concepção de boa vida, já que cada um pode possuir uma diferente da outra? Rawls, então, utiliza a seguinte ferramenta para poder dar conta desse problema: os chamados bens primários – que visam satisfazer as necessidades mínimas de qualquer projeto de vida.

Logo, esses bens primários contribuem para cada plano racional de vida e para a implementação da felicidade de cada indivíduo. É como se fosse um aparato indispensável para se poder desenvolver qualquer estilo de vida.

E quais são esses bens? Rawls os chama, também, de “valores sociais” e que devem ser distribuídos de forma igualitária entre todos os membros da sociedade liberal. Há duas passagens claras em *Uma Teoria da Justiça* que abordam essa questão, e uma complementa a outra. A primeira, é quando Rawls diz que: “Para simplificar, suponhamos que os principais bens primários à disposição

da sociedade sejam direitos, liberdades e oportunidades, renda e riqueza“ (Rawls, 1997, p. 66).

John Rawls destaca, ainda, os “bens naturais” (que ficam à margem do controle pretendido por sua teoria), que são: a saúde e o vigor, a inteligência e a imaginação.

E a segunda passagem do livro (que sublinha um dos bens primários como de vital importância) é: “O fato de a liberdade e a oportunidade, a renda e a riqueza, e, acima de tudo, a auto-estima, serem bens primários deve realmente ser explicado pela teoria restrita” (Rawls, 1997, p. 480).

Com essa visão é difícil haver qualquer perspectiva comunitária e, além disso, essa hipótese é negada por Rawls quando diz literalmente: “Em resposta, dizemos que a justiça como equidade abandona, de fato, o ideal de comunidade política [...]” (Rawls, 2000, p. 250).

2.3 A Justiça como Imparcialidade

A justiça liberal é entendida como imparcialidade. E isso ocorre porque a antropologia que a subjaz é apriorística, não sendo definida pela adesão a um bem específico.

Ou seja, é concebida numa ótica de imparcialidade, estabelecendo uma relação de coerência com a sociedade liberal, que é neutra. Assim, é natural que a justiça em Rawls também tenha ideia de neutralidade como núcleo.⁵

Ademais, para registrar de forma explícita esse ponto (em que a justiça liberal é derivada de uma concepção antropológica autointeressada), vejamos as suas palavras: “Podemos supor, portanto, que a mais estável concepção de justiça é aquela que é evidente para o nosso entendimento, congruente com o nosso bem, e fundada não na abnegação, mas *na afirmação do eu*” (Rawls, 1997, p. 554, grifo nosso).

Essa visão liberal de homem que conduz à concepção de justiça é compartilhada, da mesma forma, pelo professor José Nedel, quando afirma que “Traz no âmago a ideia de imparcialidade, porquanto as partes elegem os princípios através de procedimento imparcial” (Nedel, 2000, p. 55).

Outro aspecto da teoria da justiça de Rawls é a construção do seu fundamento sob a guarda de princípios. No *Liberalismo Político*, Rawls afirma: “Na justiça como imparcialidade, alguns desses grandes valores – os valores da justiça – são

5 Logo ao abrir o livro *Uma Teoria da Justiça*, vê-se o nome dado ao primeiro capítulo de “Justiça como Equidade”, do original *fairness*, mas, para fins desse artigo, pensou-se que a melhor tradução seja “imparcialidade”.

expressos pelos princípios de justiça para a estrutura básica – entre eles, os valores de igual liberdade política civil” (Rawls, 2000, p. 185).

Mas como são estabelecidos esses princípios de justiça? Como eles adquirem forma na sociedade liberal? A partir do que Rawls chama de “posição original” e através do contratualismo.

Rawls define a posição original como sendo o *status quo* inicial apropriado para assegurar que os consensos básicos possam ser concretizados de uma forma equitativa.

Então, essa convenção possui a intenção de iniciar o pensamento e a construção das questões relativas a sua teoria da justiça (entendida de uma forma imparcial).

Já o contratualismo é liame da posição original. Trata-se de uma espécie de reedição do contratualismo de Jean-Jacques Rousseau, Immanuel Kant e John Locke. E Rawls deixa clara tal inspiração quando diz:

Explico: a partir do que dissemos, é claro que a posição original deve ser considerada um artifício de representação e, por conseguinte todo acordo estabelecido pelas partes deve ser visto como hipotético e a-histórico (Rawls, 2000, p. 67).

No entanto, para que esse acordo social seja feito de forma a conduzir a uma justiça imparcial, é necessário que os participantes estejam num pé

de igualdade; isso quer dizer que se deve excluir desde as desigualdades sociais aos dons naturais. Observa Rawls, sobre a situação em questão, que a efetividade da posição original deve situar os participantes num ponto de partida igual.

Entra aí o véu de ignorância, que tem a finalidade de “congelar” as pessoas numa situação de igualdade. Nas palavras do próprio Rawls:

E o que chamei de “véu de ignorância” significa que as partes não conhecem a posição social, ou a concepção do bem (seus objetivos e vínculos particulares), ou as capacidades e propensões psicológicas realizadas, e muito mais, das pessoas que representam (Rawls, 2000, p. 359).

Postos os cidadãos num âmbito de igualdade, cabe agora extrair os princípios. Só que esses princípios são buscados através de uma norma chamada de *maximim*, que consiste em não colher a pior proposta entre as melhores, mas a melhor entre as piores. Rawls põe nestes termos:

A regra *maximim* determina que classifiquemos as alternativas em vista de seu pior resultado possível: devemos adotar a alternativa cujo pior resultado seja superior aos piores resultados das outras (Rawls, 1997, p. 165).

Depois de passar por várias etapas, há, por fim, os princípios que vão

estabelecer a justiça imparcial. Mais do que isso, vão permear a vida de cada indivíduo, já que será a principal (senão a única) observação que deve ser respeitada.

São dois os princípios da justiça, sendo o segundo dividido em duas partes. O primeiro diz que cada indivíduo deve ter direito a uma igual liberdade básica ou que “cada pessoa deve ter um direito igual ao mais abrangente sistema total de liberdades básicas iguais que seja compatível com um sistema semelhante de liberdades para todos” (Rawls, 1997, p. 333). O segundo prevê que as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: que traga o maior benefício possível para os menos favorecidos, e que “sejam vinculadas a cargos e posições abertos a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades” (Rawls, 1997, p. 333).

Igualmente importante para a aplicação dos princípios é a obediência à ordem léxica, ou seja, ao fato de que o primeiro princípio possui superioridade em relação ao segundo e a primeira condição do segundo tem prevalência.

Esse é, enfim, o conteúdo dos princípios de justiça necessários para uma teoria da justiça liberal.

Creemos que com isto temos as principais passagens das obras de Rawls para cristalizar uma visão unitária de seu pensamento.

3 A TEORIA DA JUSTIÇA DE JOHN RAWLS: crítica

Nesta segunda etapa do artigo, apresentamos algumas críticas a cada um desses elementos: a antropologia, a sociedade e a justiça, utilizando-nos da corrente chamada comunitarista.

3.1 A Antropologia Rawlsiana

Como se viu antes, para a antropologia liberal rawlsiana o indivíduo é um ser autointeressado, e a justiça somente é invocada para efetivar o interesse de cada um. Veja-se como Rawls descreve essa relação do indivíduo com a justiça: “Cada membro da sociedade é visto como possuidor de uma inviolabilidade fundada na justiça, ou, como dizem alguns, no direito natural, que nem mesmo o bem-estar de todos os outros pode anular” (Rawls, 1997, p. 30).

Assim, percebe-se que o interesse de cada pessoa “fundada na justiça”, ou como diria Ronald Dworkin, os “trunfos” que o indivíduo possui e que podem ser invocados contra a sociedade, determinam a exclusão dos interesses de outras pessoas, a partir de uma perspectiva do “meu” em contraposição ao “teu”. Nas palavras de Michael Sandel: “Este supuesto se parece superficialmente a un presupuesto psicológico – estipula que las partes no tienen interes em los intereses de las demás [...]” (Sandel, 2000, p. 77).

Isso quer dizer que a justiça liberal disponibiliza ao indivíduo uma proteção que tem extensão não só contra outra pessoa que venha a violar seus direitos, como também, contra todos. Ou seja, a própria sociedade. Conforme Sandel, “La justicia tiene primacía sobre los demás valores porque sus principios se derivan independientemente” (Sandel, 2000, p. 19).

As circunstâncias da justiça podem conduzir a uma total exclusão de valores fraternos e contribuir para a formação de indivíduos egoístas racionais. Eis o que afirma Sandel: “[...] introducen un sesgo individualista, y que rechazan o desvirtúan de alguna manera motivos tales como la benevolencia, el altruismo y los sentimientos comunitarios” (Sandel, 2000, p. 84).

Ocorre que nem sempre haverá um ambiente de harmonia. MacIntyre diz: “Naturalmente, ocorre frequentemente que as preferências de indivíduos e de grupos de indivíduos diferentes entram em conflito” (MacIntyre, 1991, p. 367).

Então, o indivíduo posto numa ordem liberal, para saber como deve agir com o intuito de concretizar a sua vida feliz, deve fazer a seguinte pergunta: Qual regra eu devo seguir? Rawls escreveu em *Uma Teoria da Justiça* sobre a relação entre os princípios e o homem: “Na interpretação contratualista, tratar os homens como fins em si mesmos

implica, no mínimo, tratá-los de acordo com os princípios com os quais eles consentiram em uma posição original de igualdade” (Rawls, 1997, p. 195).

Nesse sentido, o raciocínio de MacIntyre é valioso para o entendimento desta questão:

Por conseguinte, na perspectiva moderna, a justificação das virtudes depende de uma justificação anterior das normas e dos princípios; e se estes últimos se tornarem radicalmente problemáticos, como têm se tornado, as primeiras também se tornam (MacIntyre, 2001, p. 206).

Outra reflexão sobre a concepção de homem liberal é no que tange a sua característica de ser tomado *a priori*. Aquilo que MacIntyre chama de “antropologia de fantasmas”, na qual o indivíduo é visto do lado de fora da relação social. E MacIntyre aprofunda esta descrição quando afirma que “Os indivíduos são vistos como possuindo identidade e capacidades humanas essenciais independente e anteriormente à sua participação numa ordem social e política particular” (MacIntyre, 1991, p. 228).

E John Rawls confirma a análise de MacIntyre quando diz que: “Mais ainda, admito que as partes não conhecem as circunstâncias particulares de sua própria sociedade” (Rawls, 1997, p. 147).

No entanto, é inviável que esse tipo de caracterização do indivíduo possa

alimentar qualquer sociedade, isso porque a identidade humana é dada a partir de uma rede de interações.

Valores comunitários, contrários aos individuais, existem numa sociedade liberal, ainda que se adote essa concepção de indivíduo com fim em si mesmo. Michael Sandel declara sobre essa hipótese:

Probablemente los valores comunitarios existirían, al igual que todos los demás valores que los individuos pueden decidir adoptar, e incluso posiblemente florecerían en una sociedad gobernada por los principios de la justicia (Sandel, 2000, p. 85).

Charles Taylor, filósofo comunitarista, assegura que “O puro auto-interesse esclarecido nunca moverá um número suficiente de pessoas com força bastante para constituir uma real ameaça a déspotas e putschistas potenciais” (Taylor, 2000, p. 213).

Existe, então, uma identidade social que, quando é ultrajada, por exemplo, é vista de forma clara por todos na forma de uma reação. Taylor comenta sobre isso e exemplifica: “É esse sentido de identidade, e o orgulho que o acompanha, que é ultrajado pelas ações ocultas de um Watergate, e é isso o que provoca a reação irresistível” (Taylor, 2000, p. 212).

Outro argumento diz respeito ao valor do patriotismo. Taylor o define do seguinte modo: “O patriotismo é uma identificação comum com uma

comunidade histórica fundada em certos valores” (Taylor, 2000, p. 216).

Esse valor brota, nesse terreno individualista, com a diferença de que ele não é erradicado, pelo contrário, muitas vezes, é superior à própria concepção individual.

Embora Taylor tenha escrito estas palavras antes do exemplo que será dado, não há como negar que serviu como uma luva. É o seguinte: no ataque de 11 de setembro de 2001, em Nova Iorque, se viu, de maneira clara, que um valor comunitário como o patriotismo foi superior a qualquer ato individual. Houve a limitação, inclusive de direitos individuais, o que Rawls afirmou ser ilícito. Assim, o fato não faz com que o argumento esteja errado, mas é um forte indício para a sua revisão.

Outra observação é sobre a relação antropológica e as comunidades que visam ao bem antes do justo. É o caso das comunidades teleológicas, em contraste com as sociedades liberais, que visam ao justo antes do bem, também chamadas deontológicas, e que são negadas por John Rawls. Eis as suas palavras:

Embora, estritamente falando, a subordinação de todos os nossos objetivos a um único objetivo superior não viole os princípios da escolha racional (pelo menos não os princípios de cálculo), ela ainda nos parece irracional ou, mais

provavelmente, *insana* (Rawls, 1997, p. 617, grifo nosso).

Talvez os princípios de justiça levem as sociedades liberais a buscar um único bem: o estilo liberal de vida.

3.2 A Sociedade Liberal

Não havendo uma concepção compartilhada de vida, a sociedade é vista como um mercado em que os indivíduos interagem de forma competitiva em busca da concretização dos bens que escolheram. John Rawls é explícito ao abordar a questão: “Assim, como notei no início, embora uma sociedade seja um empreendimento cooperativo para a vantagem mútua, ela é tipicamente marcada por um conflito e ao mesmo tempo por uma identidade de interesses” (Rawls, 1997, p.136).

Por conseguinte, essa sociedade liberal “[...] que tenta realizar, no maior grau possível, certos bens ou princípios de direito” (Taylor, 2000, p. 275) não possui um bem que lhe é próprio, a saber, o bem comum.

E o bem comum é o fim de uma comunidade, pois ela nada mais é que o “bem de todos, naquilo que todos temos em comum” (Souza Junior, 2002, p. 29). Mas Rawls nega que a sociedade seja uma comunidade: “Uma sociedade democrática bem-ordenada não é uma comunidade,

nem, em termos mais gerais, uma associação” (Rawls, 2000, p. 84).

Esse raciocínio nos remete a duas características. A primeira é que Rawls reforça a ideia de que a sociedade é entendida como um mercado, já que ela não possui nada em comum a não ser um conjunto de regras que preservam espaço na busca da autonomia dos interesses dos indivíduos. Com outras palavras, a sociedade é montada a partir dos direitos individuais. Taylor comenta sobre isso: “O liberalismo procedimental não pode ter um bem comum no sentido estrito porque a sociedade tem de ser neutra no tocante à questão da vida boa” (Taylor, 2000, p. 210).

A segunda diz respeito à observação feita por Charles Taylor, quando sustenta que a sociedade liberal não é totalmente viável, pois “embora o estado liberal procedimental possa de fato ser neutro diante de (a) crente e não-crentes em Deus, ou de (b) pessoas com orientações homossexual e heterossexual, ele não pode sê-lo entre (c) patriotas e não-patriotas” (Taylor, 2000, p. 214).

E, de fato, não é. Um exemplo disso foi o julgamento do cidadão norte-americano que lutou ao lado dos Talibãs, no Afeganistão. Nesse caso, ignorou-se a suposta neutralidade da sociedade à concepção de vida boa; afirmando-se um estilo coercitivo liberal de vida.

Outro ponto que pode ser destacado é a questão das sociedades desordenadas, ou que estariam excluídas do modelo de sociedade liberal, descritas por Rawls no segundo capítulo do seu livro *O Direito dos Povos*, como sendo uma “sociedade onerada por condições desfavoráveis.”

Parece que uma sociedade, a qual pode ser considerada, como tantas outras, onerada por condições desfavoráveis, sem dúvida, é o Brasil. Ou seja, o nosso país não serve para a aplicação do projeto liberal.

3.3 A Justiça como Imparcialidade

A justiça liberal é uma invocação a normas e princípios para consubstanciar o valor individual. Assim, seu objetivo é saber quais as regras que se devem buscar para uma sociedade justa. O que pressupõe uma concepção de homem autointeressado. É o que afirma Rawls: “Como cada pessoa é livre para planejar a sua vida como quiser (contanto que suas intenções sejam consistentes com os princípios da justiça); não se exige unanimidade sobre os padrões de racionalidade” (Rawls, 1997, p. 495).

A partir disso, abre-se espaço para avaliar se a justiça de John Rawls, entendida como imparcialidade, é consistente.

Uma consideração crítica inicial se refere à falta de retrospecto em

relação à posição original. Não existe resposta sobre como se tornou possível esse ponto desencadeador da teoria de Justiça de Rawls. A resposta é constantemente omitida em sua obra e, em consequência, realiza-se a “[...] justiça numa questão de modelos presentes de distribuição para os quais o passado é *irrelevante*” (MacIntyre, 2001, p. 416, grifo nosso).

Postas as reflexões iniciais, é mister fazer uma observação sobre a aplicação prática da justiça liberal entendida como norma, o que remete aos princípios de justiça.

Usaremos como exemplo o caso dos índios Wanpanoag de Massachusetts, Estados Unidos, descrito por MacIntyre no capítulo XII de seu livro *Depois da Virtude*. Por meio de uma ação judicial, os índios Wanpanoag reclamaram que suas terras foram ilegal e inconstitucionalmente expropriadas. Detalhe: existe uma cidade em cima delas de nome Mashpee.

Aplicando os princípios de justiça de Rawls, chegar-se-á à conclusão de que o mais próximo de dar uma resposta satisfatória ao problema é o segundo princípio; mais especificamente a sua primeira parte, que possui o seguinte conteúdo: as desigualdades econômicas e sociais devem redundar no maior benefício possível para os membros menos privilegiados da sociedade.

No entanto, o que é justamente necessário saber, nesse caso, é quem

são os menos privilegiados, pois é sobre eles que o embate se formou.

Aqui há uma fragilidade da justiça liberal rawlsiana, em especial, para identificar os “menos privilegiados”. Entretanto, houve uma proposta dada pelos índios Wanpanoag que não foi uma invocação a normas ou princípios. Os indígenas propuseram a seguinte solução – que os *selectmem* de Masphee se recusaram a aceitar: que todos os terrenos de 4.000 metros quadrados ou menos, nos quais houver uma residência, ficam isentos do processo, frente à decisão favorável de primeiro grau aos reclamantes.

Em outro ponto de sua teoria da justiça, Rawls caracteriza-a como imparcial e exclui dela a ideia de um bem máximo. Isso fica claro quando afirma que: “Embora, estritamente falando, a subordinação de todos os nossos objetivos a um único objetivo superior [...] nos parece irracional ou, mais provavelmente, insano” (Rawls, 1997, p. 617).

No entanto, essa teoria liberal não só não é neutra ou imparcial, como também submete os seus objetivos a “um único objetivo superior”. Eis a crítica de Alasdair MacIntyre: “O supremo bem do liberalismo é a manutenção continuada da ordem social e política liberal, nada mais, nada menos” (MacIntyre, 1991, p. 370).

Curiosamente, a ordem liberal nega, de forma clara, a adesão a uma teoria do bem, mas, ao mesmo tempo, adota uma concepção desse tipo. Nesse sentido, a teoria liberal é contraditória.

Para não deixar dúvidas, MacIntyre aponta ainda que a origem da doutrina liberal, que se propõe a ser impessoal, de fato não o é: “Os pontos de partida da teorização liberal não são nunca neutros no que se refere às concepções do bem humano; eles são sempre pontos de partida liberais” (MacIntyre, 1991, p. 371).

Além do que, se a justiça não visa a um bem, pode conduzir a um mal. Por exemplo, nas atrocidades do Holocausto, nas quais Adolf Eichmann, o burocrata nazista, afirmava que os seus atos eram meros “atos de Estado”.⁶

Na mesma linha de raciocínio, Michael Sandel faz o alerta: “Si un incremento em la justicia no implica necesariamente una mejora moral incondicional, puede demonstrarse también que em algunos casos, *la justicia no es una virtud sino un vicio*” (Sandel, 2000, p. 54, grifo nosso).

O brocardo romano nos lembra que mesmo a justiça deve ter limites: *Summum jus, summa injuria*.

6 Nesse sentido, ver o capítulo II do livro: ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém*. São Paulo: Cia. das Letras, 1999.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As características expostas por Rawls apresentam problemas que podem comprometer a sua teoria da justiça.

Primeiro, porque, numa linha antropológica, a sua concepção de homem é contaminada por circunstâncias que permitem extrair elementos substantivos de uma natureza humana – o que é constantemente negado, sobretudo quando aponta, por exemplo, como necessária a existência de seres racionais para a sua teoria, o que evita

o risco frente à teoria *maximim*. Além disso, a identidade de cada indivíduo é dada por uma rede de interações que pressupõe o outro, e não o exclui.

Segundo, pois a sociedade liberal não pode ser completamente neutra como se pretendia no projeto original. Vimos que é preciso endossar o patriotismo como aspecto relevante, e os pontos de partida são sempre liberais.

Terceiro, a justiça liberal também não é imparcial, já que possui, como prioridade implícita, a manutenção da ordem liberal.

REFERÊNCIAS

- BARZOTTO, Luis Fernando. *Modernidade e democracia: os fundamentos da teoria da democracia de Hans Kelsen*. Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito [UNISINOS], São Leopoldo, p. 139-164, 2001.
- BOBBIO, Norberto [1909-2004] *et al.* *Dicionário de política*. 9. ed. Brasília, DF: UNB, 1997.
- MacINTYRE, Alasdair. *Depois da virtude*. Bauru: EDUSC, 2001.
- MacINTYRE, Alasdair. *Justiça de quem? Qual racionalidade?* São Paulo: Loyola, 1991.
- NEDEL, José. *A teoria ético-política de John Rawls*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2000.
- RAWLS, John [1921-2002]. *O liberalismo político*. Trad. de Dinah Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, John [1921-2002]. *Uma teoria da justiça*. Trad. de Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- SANDEL, Michael. *El liberalismo y los límites de la justicia*. Barcelona: GEDISA, 2000.
- SOUZA JUNIOR, Cezar Saldanha. *A supremacia do direito no estado democrático e seus modelos básicos*. Porto Alegre: s.n., 2002.
- TAYLOR, Charles. *Argumentos filosóficos*. São Paulo: Loyola, 2000.
- TAYLOR, Charles. *As fontes do self*. São Paulo: Loyola, 1997.

**BIBLIOGRAFIA
RECOMENDADA**

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. São Paulo: Forense Universitária, 2001.
- ARISTÓTELES [384-322aC]. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril Cultural, 1973. (Os Pensadores).
- ARISTÓTELES [384-322aC]. *A política*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. (Os Pensadores).
- BARZOTTO, Luis Fernando. *A democracia na Constituição*. São Leopoldo: UNISINOS, 2003.
- BOBBIO, Norberto [1909-2004]. *Liberalismo e democracia*. 6. ed. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.
- BOBBIO, Norberto [1909-2004]. *Locke e o direito natural*. 5. ed. Brasília, DF: UNB, 1997.
- MacINTYRE, Alasdair. *Animales racionales y dependientes*. Barcelona: Paidós, 2001.
- NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e Utopia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1991.
- RAWLS, John [1921-2002]. *O direito dos povos*. Trad. de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- RAWLS, John [1921-2002]. *Justicia como equidad*. Trad. de M. Rodilla. Madrid: Tecnos, 2002.

UMA SÍNTESE DOS DIREITOS HUMANOS DA ORIGEM À PÓS-MODERNIDADE

Prof. Carlos Silveira Noronha¹

1 NOÇÕES INTRODUTÓRIAS

Os direitos humanos, também chamados *liberdades públicas* ou *direitos fundamentais*, vêm sendo, no andar dos tempos, reconhecidos e proclamados por políticos, juristas e sociólogos, demonstrando com muita ênfase e extraordinária preocupação desde alguns séculos até o presente a contemplação pela ordem jurídica dessas faculdades ou direitos peculiares e imanentes à pessoa humana.

No entanto, a sua origem primeira não pode ser aferida como uma simples descoberta da ordem jurídica, que só com tardança multissecular

os vem reconhecendo, declarando ou proclamando a partir de poucos séculos transatos.

Efetivamente, não se poderia duvidar de que o surgimento desses transcendentais direitos humanísticos tenha se plasmado coetaneamente na oportunidade da criação ou aparição da criatura humana no universo, devido aos valores de que ela está exornada e que desde alguns séculos para cá vêm sendo plenamente reconhecidos e positivados na ordem jurídica. E, admitida a hipótese antes referida, não seria despropósito considerar que esses direitos da pessoa estivessem presentes na concepção do Criador e no mesmo momento da criação

¹ Professor de Direito Civil no Curso de Pós-graduação *stricto sensu* na Faculdade de Direito da UFRGS e no Curso de Graduação da Faculdade de Direito das Faculdades Integradas São Judas Tadeu de Porto Alegre; mestre e doutor em Direito pela Universidade de São Paulo.

outorgados a sua criatura. Com efeito, é preciso ter-se presente que a outorga de tais direitos, desde o momento da criação e pela sua inquestionável relevância, tornaria a pessoa a salvo no enfrentamento dos reveses naturais ou surpreendentes que podem ocorrer durante o transcurso da vida terrena.

Cabe também registrar-se que a partir dessa concepção, ainda que sujeita a argumentos contrários, não seria despropositada a consideração de uma origem teocrática dos direitos humanos, eis que presente na História Bíblica, no Livro do Gênesis, o fato da criação por Deus dos primeiros seres humanos, nas figuras de Adão e Eva, embora haja teorias sustentando que a origem do homem resulta da transformação fisiológico-somática de outros seres vivos.

2 A POSIÇÃO POLÍTICO-FILOSÓFICA SOBRE OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos, também denominados direitos fundamentais representam uma “versão ociden-

talista” do Direito político moderno, constituindo uma das bases sustentadoras da noção de Estado democrático de direito², podendo-se afirmar, com Burdeau, que “a théorie de la liberté individuelle se situe, en effet, au point d’intersection de la théorie du droit et de celle de l’Etat”, pois, segundo o mesmo autor, “l’homme n’est libre que dans un État libre”.³

Como bem demonstram políticos e filósofos, a liberdade é uma faculdade inerente à natureza humana, que na acepção mais ampla significa a prerrogativa conferida ao indivíduo de se comportar, agir ou não agir, sem obediência a uma regra de conduta predeterminada. É nesse sentido amplo o conceito que a respeito da liberdade expressa a doutrina francesa: “Liberté est un pouvoir d’autodétermination, en vertu duquel l’homme choisit lui même son comportement personnel”.⁴

Na compreensão de liberdade atribuível à pessoa humana, duas tradicionais noções de direito público estão presentes: a noção de direito individual, considerada a base em que se assenta solidamente a liberdade

2 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves, Preleção realizada no Curso de Pós-Graduação nas Arcadas, no 2º semestre/93.

3 BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public Lês Libertés Publiques et les Droits Sociaux*, p. II, Ed., 1948.

4 RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*, I. p. 21, Ed. PUF, Pàris, 1987.

política, e a noção de democracia, compreendida como o único regime suscetível de garantir a liberdade.⁵

Contemplam-se aí também dois verdadeiros dualismos políticos, representados, o primeiro, pelo binômio Estado-indivíduo, e o segundo, pelo complexo autoridade-liberdade. Os elementos do primeiro, que dizem com a própria gênese social do homem, representam uma equação indissociável e indecomponível na compreensão da sociedade política, correlacionando-se, ambos, numa razão de conformidade e de complementariedade no processo de formação dessa entidade política.

Os elementos do segundo binômio, que emanam da problemática da convivência social, apresentam-se complementares ou contrastantes. A *liberdade*, que se erige em valor inato à natureza humana, funda-se na razão livre de que é originariamente dotada a pessoa. Segundo o pensamento da corrente iluminista, expressa-se no mais alto apogeu da manifestação da vontade individual, mas deve conformar-se ao *princípio da autoridade*, que preside a convivência harmônica das coletividades e,

por isso, inseparável da noção de Estado. É que a convivência social do indivíduo supõe a do outro, desenvolvendo-se numa relação de conformidade ou de contraste entre o *ego* e o *alter*, cujo deslinde, na derradeira hipótese versada, compete à *autoridade* compor e harmonizar.⁶ Mas essa correlação entre Estado e indivíduo não se circunspecta tão só sob o ângulo de visão de sociólogos e politicólogos. Reveladas à Humanidade pela Declaração de 1789, as liberdades públicas sofrem o influxo das ideias filosóficas coevas que grassavam no século XVIII, dentre as quais destacaram-se as de Immanuel Kant (1724-1804). O pensador do racionalismo lógico transcendental, desprezando o contratualismo pessimista e absolutista de Hobbes (1588-1679) e acatando parcialmente a doutrina equilibrada de Locke (1632-1704), mostrava-se franco adepto do pacto social otimista e de conteúdo psicológico de Rousseau (1712-1778), proclamando em sua obra *Metafísica dos Costumes*, publicada em 1785, que a *liberdade* é um direito natural inato e nela se concentram todos

5 BURDEAU, Georges. *Manuel*, cit., p. 11-12.

6 Sobre o tema, v. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada Pellegrini e FERAZ, Ana Cândida. *Liberdades Públicas*, p. 22-23, São Paulo: Saraiva, 1978.

os direitos naturais, de modo que o Estado resulta de um consenso, como expressão da vontade geral de todos os indivíduos de natureza lógico-transcendental, enquanto o Direito, situado na âmbito do imperativo hipotético, “é o conjunto de condições, por meio das quais o arbítrio de um pode estar de acordo com o arbítrio de outro, segundo uma lei universal de liberdade”.⁷ Deste modo, a *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* de 26.8.1789 significa a tomada de forma jurídica positivada das ideias que na época dominavam o pensamento de constitucionalistas filósofos, como Locke, Montesquieu e principalmente Rousseau, as quais também encontraram decidido apoio na construção filosófica de Kant, que concedia a *liberdade* como emanção inata do ser humano e como valor jurídico supremo. Para o filósofo de Königsberg, ser homem é ser livre, podendo ele *acordar o seu arbítrio*

com o dos demais, segundo uma lei geral de liberdade. Há em Kant, pois, uma nítida influência de Rousseu de ordem filosófica e de ordem política. Assim, não pode restar dúvidas de que a declaração de 26.8.1789 é produto da filosofia política⁸ do século XVIII, centrada no direito natural.⁹

Essa ilimitada amplitude da liberdade do homem está ligada a uma concepção inicial da Escola do Direito Natural, emergente do pensamento de juristas romanos, repristinado na Patrística dos doutores da Igreja, especialmente em Santo Agostinho (354-430) e desenvolvida na Escolástica de Santo Tomas de Aquino (1225-1274). Para essa corrente filosófica, a origem do ser criado por Deus confere ao homem um direito anterior à formação do Estado, constituído por um corpo de regras que a razão pode descobrir com base nessa origem divina. A conclusão é, pois, que tal direito transcende e se

7 KANT, *Introducción à la Teoría del Derecho*, trad. espanhola pp. 35 e segs., *Collección Civitas*, Madrid, 1954; KANT, *Princípios Metafísicos del Derecho*, trad. Esp., pp. 9 e segs., Editorial Americanas, B. Aires, 1943; NORBERTO BOBBIO, *Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant*, trad. Portuguesa da Fundação Univ. de Brasília, pp. 50 e segs. Ed. Univ. de Brasília, 1992.

8 DEL VECCHIO, Georgio. *Filosofia do Direito*, trad. portuguesa, os. 126-142. Ed. Armênio Amado, Coimbra, 1979; REALE, Miguel, *Filosofia do Direito*, vol. II, n. 230, os. 547-550, Ed. Saraiva, 1962.

9 Sobre o tema v, Tb. THOMAN, Marcel, *Origines et Sources Doctrinales de la Déclaration des Droits*, in *Revue Française de Tnhéorie Juridique*, sob a direção de Stéphane Bials, n. 8, pp. 58-65, Ed. PUF, Paris, 1888.

impõe ao Poder, que deve respeitá-lo. É o estado de natureza, segundo o qual o homem não está submetido a nenhuma autoridade.

Com Grotius (1583-1645), no entanto, separa-se o Direito Natural de seus fundamentos religiosos, submetendo-se a uma concepção racionalista, segundo a qual a sua existência prescinde da existência de Deus, ou seja, a lei natural subsistiria ainda que Ele não existisse. Afastada a teoria da origem divina, surge, então, a ideia de um acordo concluído entre os homens, visando a uma convivência social harmônica entre todos. É o contrato social que evolui do pensamento de Hobbes e Locke até Rousseau.¹⁰

Em razão desse pacto, surgem necessariamente as limitações à expansão livre e absoluta da ação física e intelectual do homem, impedindo-o de exercer a sua faculdade de autodeterminação de modo a ultrapassar as lindes do seu direito para atingir o direito do outro ou da coletividade. Ao Estado compete

estabelecer os limites da liberdade jurídica do cidadão, para evitar que o direito de um prejudique o direito de outrem e que a liberdade ampla e ilimitada venha a transformar-se em *arbítrio*. Mas essa baliza estatal não pode limitar os direitos individuais senão na medida necessária ao exercício de igual direito do outro.¹¹ Essa medida de contenção o Estado realiza, em regra, através do seu poder de polícia.

Na visão de Jacques Robert, a liberdade pública é a liberdade reconhecida a todos os homens indistintamente, de tal modo que o exercício delas por um indivíduo não atinja jamais o exercício dessas mesmas liberdades por outro.¹²

Segundo Rivero, a distinção que certa doutrina faz entre liberdades públicas e privadas não é aceitável, pois não só elas não se situam no mesmo plano, como não possuem o mesmo conteúdo, uma vez que aquilo torna *pública* uma liberdade, além da natureza do objeto, é a intervenção do poder para a reconhecer e para dar-lhe

10 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves Curso de Direito Constitucional, p. 246, Ed. Saraiva, São Paulo, 1993.

11 BURDEAU, Georges, Manuel de Droit Public - Les Libertés Publiques, p. 20, Ed. R. Pichon et R. Durandt - Auzias, Paris, 1948.

12 ROBERT, Jacques, Libertés Publiques, p. 15, ad 1971, apud CRETELLA JÚNIOR, José Curso de Liberdades Públicas, p. 23, Ed. FORENSE, Rio, 1986.

proteção jurídica. Essa intervenção dá à liberdade a consagração do direito positivo. Por isso, as liberdades públicas são poderes de autodeterminação consagrados pelo direito positivo.¹³

O reconhecimento pelo Estado dos direitos da pessoa humana, na atualidade, não mais se inclui no objeto do direito natural, mas no do direito positivo, pois é no âmbito exclusivo dele que se instala a sede jurídica das liberdades públicas.¹⁴ Porém, é mister que se observe que o direito de liberdades públicas só guarda unidade quanto ao seu objeto, pois a sua proteção pode ser dada por múltiplas unidades da ordem jurídica. No entanto, é adequado ao direito constitucional competir a formulação de uma teoria geral dos direitos fundamentais, reconhecendo-os, declarando-os e estabelecendo as competências para a sua regulamentação, enquanto ao direito administrativo pertence a maior parte das técnicas de sua preservação e limitações, mediante o exercício do poder de polícia. Mas não se pode ignorar que a liberdade penal é tutelada pelo direito penal e processo penal; o direitos matrimonial, o direito

dos contratos e o de propriedade são tutelados pelo direito civil; o das relações de trabalho, pelo direito laboral e assim por diante.¹⁵

3 DO RECONHECIMENTO E PROCLAMAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS PELA ORDEM JURÍDICA

Como se procurou demonstrar acima, a positivação dos direitos humanos não nasceu coetaneamente ao momento em que ocorreu a criação ou a aparição da criatura humana no espaço terrestre, pois o seu reconhecimento e proclamação só vieram se plasmar na consciência jurídica multi-secularmente após a criação.

Os direitos humanos constituem o fruto de uma longa elaboração e decantação de tendências e ideias que resultou por plasmar uma concepção ideológica-filosófica acerca do relacionamento do homem com a sociedade e o Estado. E tal irradiação de ideias alcançou seu momento formal na França, com a *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, de 1789, promulgada aos 27 de agosto do mesmo ano, com dezessete artigos, embora não seja essa declaração a

13 RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques*, cit., p. 22-23.

14 COLLIARD, Claude – Albert, *Libertés Publiques*, cit., p. 16-17.

15 Sobre o tema, v. RIVERO, Jean, *Les Libertés Publiques*, cit., p. 15-16.

origem primeira do reconhecimento dos direitos da pessoa humana.

Também as expressões *Liberdades Públicas* e *Direitos Fundamentais*, esta da preferência de Robert Alexy, e a mais recentemente cunhada *Direitos Humanos*, não nasceram com a declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. É de notar que após esse ato a Constituição Montanhesa de 1793 a empregou no singular *liberdade pública* e não raro foi usado apenas o vocábulo *liberdade*, desacompanhado de qualquer atributo. A designação *Liberdades Públicas*, usada pela doutrina, foi empregada pela primeira vez na França, quando o príncipe Napoleão, sobrinho de Bonaparte, tomou o poder em 02.12.1851 e afixou nos muros de Paris a notícia da criação de *uma segunda Assembleia formada de todos os representantes do país, poder moderador, defensor do pacto fundamental e liberdades públicas*. A Constituição de 14.01.1852 consagrou a nova designação dada ao instituto, proclamando (art. 25) que ao Senado competia a guarda desses direitos fundamentais.¹⁶ Porém, há autores que afirmam, como Alexy, ser a expressão

Direitos Fundamentais a preferida na doutrina e nas constituições modernas, falando-se também em *Direitos do Homem* na linguagem corrente.¹⁷

A origem mais remota, na ordem político-jurídica, da declaração dos direitos humanos figura no direito anglo-americano, traduzidos, inicialmente, em 1215, na Magna Carta de João Sem Terra, por instância dos barões ingleses e, posteriormente, no *Habeas Corpus Act*, de 1679 e no *Bill of Rights*, de 1688, no direito inglês. No direito norte-americano, os direitos humanos, então chamados *Liberdades Públicas*, têm como fontes remotas a Declaração de Virginia, de 12 de junho de 1776, e as Declarações de Direito subsequentes dos Estados de New Hampshire, de Massachussets, Maryland, North Carolina, Pensylvania, com referências aos direitos de vida, liberdade, propriedade, júri, imprensa, contraditório todos eles sob inspiração religiosa e fundados em concepções jusnaturalistas.¹⁸

Assim, tais direitos aparecem formalmente proclamados a partir do século das luzes, como direitos naturais pertencentes ao homem, inalienáveis

16 COLLARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques*, n. 12, p. 19, 7ª ed., Dalloz, Paris, 1989; CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Liberdades Públicas*, Rio de Janeiro: Forense, 1986.

17 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Coimbra: Limitada, 1988.

18 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada P.; FERRAZ, Ana Cândida. *Liberdades Públicas*. p. 45-72. São Paulo: Saraiva, 1978.

e imprescritíveis, aliás, como agora alguns deles encontram-se definidos e caracterizados também no vigente Código Civil Brasileiro, nos artigos 11 a 21, na categoria de Direitos da Personalidade. Por se constituírem em direitos imanentes ao indivíduo, não criados pelo legislador, mas por ele simplesmente **reconhecidos** e **declarados**, resultam por impor ao Estado um *dever de abstenção* ou de respeito às liberdades do cidadão, sem o qual não se pode conceber um Estado de direito. Diante desse posicionamento, segue-se que o conjunto das liberdades públicas ou direitos humanos (de pensamento, de respeito à intimidade, de locomover-se, de trabalho) etc., constitui um *estatuto negativo*, a que Karel Vasak chama de *direitos-atributos*, porque formam uma espécie de *direitos que são atributos do ser humano*, pensamento esse consentâneo com a filosofia individualista do século XVIII.¹⁹

Como se viu, na versão do sistema francês, os direitos humanos sob a denominação de *direitos fundamentais* amparam-se basicamente na liberdade humana, segundo a própria Declaração diz no art. 1º: “Les hommes naissent

libres et égaux em droits”, definindo o postulado de liberdade no art. 4º, ao dizer que ela “consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui”. As liberdades definidas e asseguradas pela Declaração original de 1789 estão genericamente proclamadas no art. 5º: “Tout ce qui n’est pas défendu par la loi ne peut être empêché”. A par dessa norma genérica, há *direitos fundamentais* explicitamente declarados, tais como a liberdade individual, que se confunde com a de segurança (arts. 7º, 8º e 9º); a de opinião (art. 10); a de manifestação do pensamento (art. 11). Esse rol, que é exemplificativo, não restringe o princípio geral do art. 5º, pois tem por escopo nominar ou definir aquelas que se apresentam na lista de liberdades públicas, sob a proteção do direito positivo.²⁰ Está-se, pois, diante de direitos que formam a primeira categoria, que a doutrina costuma chamar *direitos de primeira geração*, como pretendem alguns juristas, na qual se contemplam genericamente direitos civis e políticos.

No que concerne ao emprego da expressão “geração de direitos”, usada pela doutrina para indicar os

19 VASAK, Karel. Pour les droits de l’homme de la troisième génération: les droits de solidarité, citado por ROBERT PELLOUX in. *Vrais et Faux de l’Homme-Problèmes de Définition et de classification*, in. *Revue de Science Politique en France et à l’Étranger*, n. I, p. 54 e nota 8.

20 RIVERO, Jean. *Les Libertés Publiques*. Vol. 1. Paris: Presses Univeritaires de France, 1987.

momentos e a ordem sequencial em que foram reconhecidos e proclamados pela ordem jurídica para as diversas categorias de direitos humanos, o jurista Antonio Augusto Cançado Trindade, a par de considerar uma “fantasia” a dita expressão, refere que a mesma “corresponde a uma visão atomizada ou fragmentada destes últimos tempos”. E continua: “A noção simplista das chamadas “gerações de direitos”, histórica e juridicamente infundada, tem prestado um desserviço ao pensamento mais lúcido a inspirar a evolução do direito internacional dos direitos humanos”. “Distintamente do que a infeliz invocação da imagem analógica “sucessão geracional” pareceria supor (que) os direitos humanos não se “sucedem” ou “substituem” uns aos outros, mas antes se expandem, se acumulam e fortalecem, interagindo os direitos individuais e sociais (tendo estes últimos inclusive precedido os primeiros no plano internacional, a exemplo das primeiras convenções internacionais do trabalho)”. “O que testemunhamos é o fenômeno não de uma sucessão, mas, antes da expansão, cumulação e fortalecimento dos direitos humanos consagrados, a revelar a natureza complementar

de todos os direitos humanos”. “Contra as tentações dos poderosos de fragmentar os direitos humanos em categorias, postergando sob pretextos diversos a realização de alguns destes (e.g. os direitos econômicos e sociais) para um amanhã indefinido, se insurge o Direito dos Direitos Humanos, afirmando a seriedade fundamental de concepção, a indivisibilidade e a justiciabilidade de todos os direitos humanos”.²¹

Ora, abstraída a causticidade das expressões empregadas pelo autor no texto *supra*, há que se convir assistir certa razão ao ilustre doutrinador na sua investida contra a expressão “gerações de direitos”, por que, na verdade, como manifestado acima nesta peça escrita, os direitos humanos, sob qualquer denominação que a doutrina os tenha dado no transcurso dos tempos, nunca foram e jamais serão **criados** ou **gerados** pelo direito, senão que simplesmente reconhecidos, declarados ou proclamados pela ordem jurídica, para serem observados pelo Poder, na relação desse com o particular, eis que tais direitos emergem da própria natureza humana.

Por outro lado, deve ser observado que a expressão “geração de direitos”

21 TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. In.: “Apresentação” da obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, de Flavia Piovesan, 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

vinha sendo concebida e empregada na terminologia jurídica por lídimos pensadores e eminentes juristas, até a terceira geração com Karel Vasak, não se devendo agora simplesmente lançar no vácuo ou destituir o valor da dita denominação até então cunhada por juristas de escol. E tal, por que, como é sabido, as concepções do espírito humano, e as dos juristas, são mutantes no tempo e no espaço, segundo as situações que passam a ser sedimentadas na consciência do povo, no seu ciclo evolutivo.

De qualquer maneira, mais recentemente vem a doutrina optando por substituir o vocábulo **criação** por **dimensão**, como se pode constatar com Norberto Bobbio,²² Paulo Bonavides e muitos outros. Bonavides, por exemplo, refere que o termo **dimensão** vem substituir com vantagem lógica e qualitativa o termo **geração**, caso esse último venha a induzir sucessão cronológica e, portanto, venha supostamente induzir caducidade dos direitos das gerações antecedentes, o que não é verdade.²³

Subsequentemente à proclamação dos **direitos de primeira geração**,

como denominação inicial, surgem as chamadas liberdades coletivas, representadas pelo direito de reunião e pelo direito de associação. Essas liberdades coletivas dão ensejo ao reconhecimento dos direitos econômicos e sociais, que em seu conjunto formam um *estatuto positivo*, conferindo ao indivíduo o direito de exigir do Estado certas *prestações positivas*,²⁴ tais como direito ao trabalho, à instrução, à previdência e à assistência social etc. que são por Karel Vasak denominados *direitos de créditos*. Na França, foram esboçados na Constituição Montagnarde de 1793 e repristinados na Constituição de 1948, sendo proclamados também na Constituição mexicana de 1917. Aparecem ainda nas Constituições europeias votadas após a primeira guerra mundial e, particularmente, na Constituição de Weimar de 1918 e na espanhola de 1931, que desenvolveram tais direitos. Mas na Constituição soviética de 1930 e, posteriormente, na de 1945 e nas dos Estados socialistas, então submetidos ao modelo soviético, conquanto previstos os direitos econômicos

22 BOBBIO, Norberto. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.

23 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 571/572, 20.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

24 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 250. São Paulo: Saraiva, 1993.

e sociais, restou entravado o seu desenvolvimento, devido às conhecidas peculiaridades do sistema.²⁵

Com a declaração Universal dos Direitos do Homem, pela ONU, em 10.12.1948, cujo artigo 1º proclama: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, são as liberdades públicas ou direitos fundamentais, inclusive os de conteúdo econômico-social e mais o *cultural*, reconhecidos nos demais dispositivos (arts. II a XXX), bem como *certos deveres*.²⁶

Originariamente os direitos econômicos e sociais constituem complemento necessário das liberdades fundamentais, para o exercício das quais se deve supor um mínimo de igualdade e bem, assim o reconhecimento dos mesmos para contrabalançar as desigualdades, resultado que hoje se obtém em razão de uma espécie de *interconexão* entre as liberdades fundamentais e as que decorrem desses direitos econômicos e sociais. Veja-se, pois, a proteção ao consumidor, como contratante mais fraco na relação de consumo, assegurada no nosso Código de Defesa do Consumidor.

A esses últimos, acrescem-se os *direitos culturais*, de resto proclamados pelo art. XXII da Declaração Universal de 1948, como “indispensáveis à dignidade e ao livre desenvolvimento da personalidade” do homem. Todos esses direitos, quais sejam, os direitos econômicos, sociais e culturais, formam o quadro de *direitos de segunda geração*, que correspondem aos *ideais de liberdade e de igualdade*.²⁷

A esse elenco podem ser acrescentados, ainda, por reconhecimento da jurisprudência, alguns direitos que resultam da existência dos precedentes, chamados *direitos implícitos*. No caso *Golder, v. g.*, em 1975, a Corte Europeia dos Direitos do Homem declarou que o *direito ao procès équitable*, formulado no artigo 6º da Convenção, implica o direito de acesso ao tribunal, que não estava expressamente previsto naquele Estatuto. Por outro lado, existem decisões do Conselho de Estado francês que conduzem à noção de reconhecimento de *direitos implícitos*. A primeira delas se refere à anulação, pelo referido Conselho, de um decreto de 10.11.1977, que suspendia por três

25 FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 251. São Paulo: Saraiva, 1993.

26 PELLOUX, Robert. ob. cit., p. 54.

27 PELLOUX, Robert. ob. cit., p. 55 e 58.

anos a admissão do cônjuge e dos filhos menores do estrangeiro radicado em França, salvo se renunciassem a concorrência ao mercado de trabalho. A mais alta instância do contencioso administrativo, em assim decidindo, fundou-se nos princípios gerais de direito e especialmente no preâmbulo da Constituição de 1946, ripristinado no preâmbulo da Constituição de 1958, os quais declaram que “La Nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement”. Dessa norma genérica, o Conselho de Estado entendeu que dela se podia extrair a norma implícita de que “os estrangeiros residentes em França têm direito, como os nacionais, de constituir uma vida familiar normal”.²⁸

De resto, há de se observar que, ainda em França, o Conselho Constitucional, contrariando sobremodo a tradição política e constitucional que não admite o controle de constitucionalidade *a posteriori*, erigiu-se em guardião das liberdades públicas, ao julgar em 1971, pela primeira vez, não conforme a Constituição, lei que atentava contra uma liberdade fundamental.²⁹

É a propósito dessas inovações no campo das liberdades públicas que alguns especialistas falam em *direitos de terceira geração*, que se consubstanciariam nos chamados *direitos de solidariedade*, segundo Karel Vasak, *novos direitos do homem*. Admitida essa terceira classificação, há que se recordar que os direitos civis e políticos, que formam a primeira geração, e os direitos econômicos, sociais e culturais, que formam a segunda geração, respondem aos *ideais de liberdade e de igualdade*, enquanto que os direitos de solidariedade respondem ao *ideal de fraternidade*.³⁰

Outras liberdades públicas fundadas na ideia de *solidariedade* vêm sendo proclamadas no direito moderno, tais como o direito à comunicação, às instâncias da UNESCO (1980); o direito de autodeterminação dos povos, elevado à categoria de princípio de política internacional, desde a Revolução Francesa; o direito à paz etc.

Efetivamente, em face do permanente acultramento da pessoa humana e o desenvolvimento de suas atividades em todos os setores e

28 PELLOUX, Robert. ob. cit., os. 56-58.

29 ROBERT, Jacques. La protection des droits fondamentaux et le juge constitutionnel français, In.: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*, vol. 5, 1990, p. 255 e segs.

30 VASAK, Karel. ob. cit., “passim”. Entre nós, FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*, p. 232, São Paulo: Saraiva, 1993.

estágios de vida, vem a mesma descortinando e postulando novos direitos imanentes ao seu humanismo que contêm no âmbito de sua personalidade e que anteriormente não eram percebidos, concebidos e valorados na categoria de direitos fundamentais. São, dentre outros, os direitos à democracia, à informação, ao pluralismo de ideias, nos quais infunde-se a convicção que deles depende a concretização de uma sociedade aberta a conquistas no futuro, por uma dimensão máxima e universal para a qual parece inclinar-se o mundo atual em todas as relações de conveniência, construindo-se aí uma quarta geração ou dimensão dos direitos humanos, como refere Paulo Bonavides.³¹ É o pensamento também já expressado pelo Professor José Alcebiades de Oliveira Junior, em artigo escrito em 1999.³²

Por outro lado, há que se pensar, notadamente em estágio de *pós-modernidade*, sentida com notável perspicácia e proclamada em boa hora por Erik Jayme e Cláudia Lima Marques, que há certos direitos humanos que transcendem as ideias de fraternidade e solidariedade lobri-

gadas em passado pouco distante como direitos humanos de terceira geração por Karel Vasak, os quais podem ser alçados para uma *quinta dimensão*, proclamada por Paulo Bonavides,³³ pois elas formam a base para o desabrochar de uma convivência social harmoniosa e salutar, para construir uma pacificação efetiva dos espíritos, para conservar a paz que todos perseguem, como faculdades ou direitos imanentes ao ente humano, e como contraponto às hostilidades em geral e à guerra.

No Brasil, deve-se observar, que conquanto seguisse a Constituição Imperial de 1824 os parâmetros liberais vigentes no século XIX e embora não dissentisse da concepção filosófica que orientou a Declaração de 1789, não cuidou a dita Constituição das garantias-remédios adequados para a tutela dos direitos fundamentais, nem estendeu esses aos estrangeiros residentes no país, como o fizeram as demais Cartas Políticas que lhe sucederam.

A seguir, as constituições brasileiras passaram a cuidar, ainda que de forma tímida, os direitos fundamentais, no que diz respeito

31 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 571. São Paulo: Malheiros 2009.

32 OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. Estado e Eficácia dos Direitos Fundamentais In.: *Revista do Direito da UNISC*, nº 11, p. 52, Santa Cruz do Sul, 1999.

33 BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 579 e 581. São Paulo: Malheiros, 2009.

aos direitos de primeira geração, consubstanciados na *liberdade*, na *segurança* e na *propriedade*.

No entanto, podem ser verificadas certas distinções, quanto a uma ou outra liberdade, em alguns dos nossos Estatutos Políticos. Destarte, com a Constituição de 1934, admitia-se como direito social, ou de segunda geração, configurado no *direito à subsistência*, bem como os serviços de amparo à maternidade e, na Constituição de 1946, passou-se a procla-

mar o direito à vida como um direito fundamental assegurado pelo direito positivo pátrio.

Na atual Constituição brasileira de 1988 as liberdades políticas encontram-se exemplificativamente enumeradas nos setenta e sete incisos do art. 5º, admitindo-se, pois, que não sendo exaustivo o elenco nesse dispositivo legal alinhado, há que se concluir que, além daqueles *direitos expressos*, podem surgir *direitos implícitos*, daqueles decorrentes.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. *Curso de Direito constitucional*, São Paulo: Malheiros, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.
- _____. *Bobbio e a Filosofia dos Juristas*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.
- BURDEAU, Georges. *Manuel de Droit Public – Les Libertés et les Droits Sociaux*. Paris: R. Pichon et R. Durand-Auzias, 1948.
- COLLIARD, Claude-Albert. *Libertés Publiques, septième édition*. Paris: Dalloz, 1989.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Liberdades Públicas*. Rio de Janeiro: FOfense, 1986.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *Lições de Filosofia do Direito*. Coimbra: Armenio Amado, 1979.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. Comentários à Constituição Brasileira de 1988. Vol. I. Ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- _____. Preleção realizada em 13.10.93. Curso de Doutorado da Faculdade de Direito da USP, São Paulo.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves; GRINOVER, Ada P.; FERRAZ, Anna Cândida. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978.
- KANT, Immanuel. *Introducción a la Teoría del Derecho*. Colección Civitas. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1954.

- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Coimbra: Limitada, 1988.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de (Org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- _____. Estudo e Eficácia dos Direitos Fundamentais. In.: *Revista do Direito da UNISC*. Santa Cruz do Sul, nº 11, p. 52, 1999.
- PELLOUX, Robert. Vrais et Faux Droits de l'homme – Problèmes de Définition et de Classification. In.: *Revue de Science Politique en France et à l'Étranger*, Paris, nº 1, 1981.
- REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. Vol. II. São Paulo: Saraiva, 1962.
- RIVERO, Jean. *Libertés Publiques*. Vol. 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1987.
- _____. *Droit Administratif*. 3.ed. Paris: Dalloz, 1965.
- _____. La Protection des Droits Fondamentaux et le Juge Constitutionnel Français. In.: *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*. Paris, vol. 5, 1990.
- ROBERT, Jacques. Libertés Publiques, Ed. 1971, *apud* CRETELA JUNIOR, José. Curso de Liberdades Públicas, p. 23, Ed. Forense, Rio, 1985.
- THOMAN, Marcel. Origines et Sources Doctrinales de la Déclaration des Droits, In.: *Revue Française de Théorie Juridique de Stéphane Riais*. n. 8, Paris: Press Universitaires de France, 1988.
- TRINDADE, Antonio Augusto Cançado. In.: Apresentação da obra *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, de Flávia Piovesan. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- VASAK, Karel. Pour les Droits del l'Homme de la troisième génération: les droits de solidarité” *apud* ROBERT PELLOUX, ob. cit., n. 1, p. 54 e nota 8.

LA LEY NATURAL Y LA PERSONA HUMANA COMO PRINCIPIO Y FUNDAMENTO DEL DERECHO Y DE LOS DERECHOS¹

Daniel Alejandro Herrera²

RESUMEN

Son abordados los temas: “los Derechos Fundamentales”; “Principio y Fundamento de los Derechos”; y “el Fundamento de la Ley Natural y de la Persona Humana”.

Descriptorios: Ciencias naturales. Filosofía del derecho. Derechos humanos.

RESUMO

São abordados os temas: “os Direitos Fundamentais”; “Princípio

e Fundamento dos Direitos”; y “o Fundamento da Lei Natural e da Pessoa Humana”.

Descriptorios: Ciências naturais. Filosofia do direito. Direitos humanos.

1 PLANTEO DE LA CUESTIÓN

A 60 años de la declaración Universal de las Naciones Unidas (sobre la que ejerció gran influencia el pensamiento de Jacques Maritain) con la que comienza el proceso de internacionalización de los derechos humanos, es

1 Fuentes: <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/herrera-06.pdf> y <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/herrera-principio-fundamento.pdf>.

2 Secretario Académico y Profesor Pro-titular de Filosofía del Derecho y Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina (UCA). Doctorando del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho de la UCA. Abogado. Dirección: Av. Pueyrredón 1780 3° “A” Capital Federal (1119), Argentina. E-mail: daniel_herrera@uca.edu.ar.

oportuno plantearse el problema de la fundamentación o justificación racional de los mismos. En otras palabras, si las declaraciones tienen justamente carácter declarativo de derechos pre-existentes que se fundan en la misma condición humana o por el contrario son constitutivas al crear derechos anteriormente inexistentes y que por tanto son constituidos positivamente por los instrumentos normativos (nacionales o internacionales) que los crea.

Para algunos como Norberto Bobbio (1965), a esta altura de los acontecimientos no sería necesario buscar un fundamento más allá de las declaraciones de derechos humanos existentes en la actualidad, ni buscar la razón de las razones como pretenden muchos iusnaturalistas. En realidad, esta postura no es neutral, ni simplemente se abstiene de plantear la cuestión de la fundamentación de los derechos, sino que es técnicamente una posición positivista al establecer su justificación por la exclusiva referencia a los instrumentos normativo-positivos constitutivos de los mismos.

Justamente la cuestión del principio y fundamento de los derechos fue siempre el talón de Aquiles del positivismo jurídico, que al identificar el derecho con las normas positivas y al negar la existencia de algún principio, norma o realidad suprapositiva en las que estas se apoyan y justifican racionalmente su existencia y obligatoriedad (pues sería admitir un fundamento metafísico de la realidad

jurídica, incompatible con el prejuicio reduccionista propio del modo de conocer positivista), necesariamente tendrían que fundarse a sí mismas, coronando un voluntarismo arbitrario del legislador que se impone por la fuerza no respetando el modo de obligarse y obedecer propio de los hombres que exige una justificación racional (Herrera, 2008).

Paradójicamente esta concepción del derecho cae en una crisis profunda después de la segunda guerra mundial ante la imposibilidad de dar una respuesta a la fundamentación de los derechos humanos frente a las violaciones sistemáticas dentro del marco de ordenamientos jurídicos formalmente válidos y vigentes, lo que por tanto dio origen a la aparición de los instrumentos internacionales que colocan el reconocimiento a los derechos humanos como pilar y punto de partida de la organización política y jurídica de los Estados. En consecuencia, pretender establecer la justificación racional de los derechos en su positivación exclusivamente es entrar en un círculo vicioso, pues en última instancia serían derechos discrecionales, por tanto disponibles y susceptibles de ser derogados por el mismo procedimiento que los creó. En última instancia, sería reemplazar el positivismo nacional que entró en crisis justamente por la cuestión de los derechos humanos, por otro positivismo internacionalista que por tanto adolecería de los mismos de-

fectos, pues si el consenso internacional cambiara los derechos humanos dejarían de existir.

Como dice Massini Correas,

Ahora bien, esta crisis, pareciera que terminal, del positivismo jurídico de estricta observancia, no ha supuesto que la corriente predominante en la filosofía jurídica actual haya retornado lisa y llanamente al iusnaturalismo clásico; es más, ni siquiera que se considere a si misma como propiamente iusnaturalista. Por el contrario, la gran mayoría de los pensadores antipositivistas se encuentran empeñados en una persistente búsqueda de una nueva vía que, sin recaer en el temido iusnaturalismo, provea al derecho de ciertos elementos racionalmente indispensables: ante todo, de una justificación racional de la obligación jurídica, más allá del mero *factum* del poder coactivo, sea este estatal o social; y en segundo lugar, de una instancia de apelación ética, desde la cual sea posible juzgar crítica o valorativamente los contenidos del derecho positivo. Pero estos dos elementos son buscados con independencia de cualquier discernimiento de la naturaleza del hombre o de las cosas humanas y, en general, de cualquier tipo de conocimiento o de verdad en materias éticas o jurídicas (Massini Correas, 1999, p. 20).

Así aparecieron intentos de superación de la oposición *iuspositivismo-iusnaturalismo*, buscando una tercera vía que se diferencie tanto del positi-

vismo en crisis, como del iusnaturalismo que consideran superado. Entre estos intentos podemos señalar a las distintas formas de constructivismo ético-jurídico que ante la auto proclamación de la imposibilidad de descubrir estos principios en la realidad (que solo puede ser expresada por juicios descriptivos o de realidad, pero no a través de juicios prescriptivos o normativos propios del conocimiento práctico) buscan construirlos a través de distintos caminos:

- por el *contrato* que en algunos casos establece los principios de justicia a partir de un consenso imaginario (Rawls);

- por el *discurso racional o argumentación* a través de la cual por medio de la justificación racional lógica de las argumentaciones se funda el razonamiento práctico, que solo surge de las cualidades formales o procedimentales del discurso (Habermas).

Tampoco “el constructivismo puede dar una respuesta satisfactoria a la cuestión del fundamento del orden ético-jurídico por dos razones que expone claramente el ya citado Massini” (Herrera, 2008, p. 3):

- el consenso es un fundamento débil de carácter relativo y variable que no es apto para fundar una normatividad ético-jurídica fuerte como la de los derechos humanos cuya obligatoriedad es necesaria y exige un respeto incondicionado y sin excepción;

– el constructivismo procedimental incurre en lo que se puede llamar “la falacia procedimentalista” al pretender obtener principios éticos-jurídicos de contenido a través del establecimiento de reglas del procedimiento argumentativo de la razón constructiva, lo que viola la elemental regla de la lógica que sostiene que no podemos arribar a una conclusión (de contenido) que no se encuentre de algún modo en las premisas de las que parto (puramente formales) (Massini Correias, 1999, p. 42 *apud* Herrera, 2008, p. 3).

En suma, el constructivismo no puede establecer un fundamento objetivo y necesario del obrar humano, pues, si bien es bueno que exista consenso que reconozca ciertos bienes o valores básicos, estos bienes o valores existen y valen, no por el consenso que podamos tener sobre ellos, sino por naturaleza (*per se*), y los podemos conocer por la ley natural como veremos. Por el contrario, “el consenso solo, sin fundamento alguno no puede constituirse en la base o sostén de todo el orden social, pues no es, ni puede ser por sí mismo, una justificación objetiva común y firme donde se pueda apelar” (Herrera, 2008, p. 18-19), sino, que en el mejor de los casos, solo se trata de un punto de referencia intersubjetivo, relativo y variable, que no reúne las condiciones para ser considerado un verdadero fundamento. Además si tenemos en cuenta que solo puede haber consenso entre seres

racionales y libres, este consenso supone una previa naturaleza o condición humana que es la de ser racional y libre y por tanto la existencia de una ley anterior por la cual conocemos esa naturaleza que sería la ley natural.

Así pues, la disputa iusfilosofica actual respecto a la cuestión del principio y fundamento del derecho y de los derechos ya no se presenta tanto como *iuspositivismo-iusnaturalismo*, sino como *no cognitivismo ético-jurídico* (positivismo residual y algunas formas de constructivismo) frente al *cognitivismo ético-jurídico* (básicamente iusnaturalista, sin perjuicio de algunos intentos constructivistas) según reconozcan o no la posibilidad o aptitud de la inteligencia de poder descubrir o conocer un orden ético (y jurídico) objetivo y por ende su principio y fundamento.

2 LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

A su vez el centro de la disputa actual lo constituye la justificación racional o fundamento de los derechos humanos. Antes de comenzar a considerar el tema de la fundamentación, corresponde tratar una cuestión semántica previa, que se refiere al significado que comúnmente se le da a la expresión *derechos humanos*. En consecuencia, aquí la expresión *derechos* es utilizada en el sentido de poderes

o facultades del sujeto respecto de ciertos bienes básicos, mientras que la palabra *humanos* se referiría a que los sujetos portadores de estos derechos son los seres humanos tomados en tanto tales, o sea, bajo la condición de su hominidad. Esto ya nos plantea una primera dificultad, pues todos los derechos son en una medida u otra humanos, pues siempre el sujeto de derecho es el hombre, ya sea considerado individual o colectivamente. Por lo tanto, de la expresión *derechos humanos* se desprendería que se trata de algunos derechos que se distinguen del resto por ser más específicamente humanos que otros, por lo que también se los denomina *derechos fundamentales de la persona humana* (Masini Correas, 1994, p. 88).

Como dice Antonio E. Perez Luño:

el término ‘derechos fundamentales’, *droits fondamentaux*, aparece en Francia hacia el año 1770 en el marco del movimiento político y cultural que condujo a la Declaración del los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789. La expresión ha alcanzado luego especial relieve en Alemania, donde bajo la denominación de los *Grundrechte* se ha articulado, de modo especial tras la Constitución de Weimar de 1919, el sistema de relaciones entre el individuo y el Estado, en cuanto fundamento de todo el orden jurídico-político. Este es su sentido en la actual *Grundgesetz* de Bonn, la Ley Fundamental de la República

Federal de Alemania promulgada en el año 1949 [...] Durante la segunda mitad del siglo XVIII se produjo la paulatina sustitución del término clásico de los ‘derechos naturales’ por el de los ‘derechos del hombre’, denominación definitivamente popularizada en la esfera doctrinal por la obra de Thomas Paine, *The Rights of Man* (1791-1792). La nueva expresión, al igual que la de los ‘derechos fundamentales’, forjada también en este período, revela la aspiración del iusnaturalismo iluminista por constitucionalizar, o sea, por convertir en derecho positivo, en preceptos del máximo rango normativo, los derechos naturales (Pérez Luño, 1998, p. 29-32).

Por su parte sobre el mismo tema y a pesar de reconocer la concepción moderna de los derechos fundamentales, sostiene Antonio Truyol y Serra:

Ello no supone evidentemente que el hombre medieval no tenía derechos fundamentales. Lo que ocurre es que la Edad Media, e incluso la Edad Moderna durante el llamado ‘Antiguo Régimen’ (que en determinadas zonas, movimientos y corrientes se prolongó hasta bien entrado el siglo XIX, en espera de intentar resurgir bajo nuevas formas en el siglo XX), conoce ‘derechos estamentales’, derechos propios de los estamentos, de los ‘estados’ u ‘ordenes’ en que aparece estratificada la sociedad feudal [...] Un exponente de tales derechos es la famosa Magna Carta inglesa (1215), documento feudal por su carácter y forma, en el cual Juan sin Tierra

confirmó a los barones de su reino disposiciones anteriores a su favor y otras que se extenderían también a las demás categorías de súbditos. En realidad, la Edad Media no desconocía que todos los hombres, más allá de su status social y político, participan de un orden ético-natural cuyos principios de base, procedentes del estoicismo antiguo y del cristianismo, son la unidad del género humano, la dignidad de la persona humana, hecha ‘a imagen y semejanza de Dios’, la igualdad esencial de los hombres. Estos principios permitieron a un sector de la doctrina, especialmente a Santo Tomás de Aquino y su escuela, reconocer a los infieles un derecho natural de dominio privado y público, que les ponía teóricamente a salvo de un supuesto derecho natural de conquista por parte de los cristianos fundado en la infidelidad, que muchos defendían. Aquella fue asimismo la posición de la teología moral española de los siglos XVI y XVII: Vitoria, Las Casas, Soto, Suárez y otros, quienes la desarrollaron sistemáticamente con ocasión del descubrimiento de América y su ocupación por los españoles, con consecuencias de gran alcance para el derecho de gentes y el derecho de colonización (así, las celebres Leyes de Indias) (Truyol y Serra, 1994, p. 12).

Es conveniente considerar como fue la gestación de reconocimientos de estos derechos que fueron receptados por el movimiento constitucionalista primero y posteriormente por el Derecho Internacional Público a través de los tratados y declaraciones

internacionales de derechos humanos. Todos estos derechos aparecieron de una manera u otra a modo de reivindicaciones o conquistas frente a los poderes de hecho y de derecho.

Así se dividen los derechos en tres generaciones: 1) *Los derechos de primera generación*: surgen a partir del primer movimiento constitucionalista posterior a las revoluciones inglesa y francesa y se funda en los derechos absolutos que gozaría el individuo en su estado de naturaleza presocial y prepolítico (Hobbes, Locke, Rousseau y Kant) que fueron reivindicados y conquistados frente al Estado absolutista del régimen anterior, como por ejemplo los derechos individuales fundados en la libertad, que imponen al Estado una abstención. 2) *los derechos de segunda generación*: de marcado contenido económico social, surgen especialmente a partir de lo que se ha llamado la “cuestión social” como conquistas de los trabajadores frente a un sistema económico ultraliberal e individualista, moderando las consecuencias de la aplicación de un capitalismo salvaje, a través del reconocimiento de los derechos que hacen al trabajo (tanto en cuanto al derecho individual como colectivo) y a la seguridad social. 3) *los derechos de tercera generación*: también llamados derechos difusos o de incidencia colectiva, donde el titular de los derechos no es la persona singular sino la sociedad en su conjunto, más allá que se reconoz-

ca a los individuos o a determinadas organizaciones en determinadas condiciones la legitimación para reclamar la plena vigencia de estos por ser un patrimonio común de toda la sociedad, como por ejemplo los derechos que hacen a la preservación del medio ambiente, de los consumidores, etc. (Herrera, 2000, p. 441).

En cuanto a la génesis de los instrumentos jurídico-políticos que los receiptan podemos distinguir dos etapas: *constitucional e internacional*. En la primera etapa, a su vez podemos distinguir una primera parte más individualista y una segunda donde se reconocen los derechos económicos y sociales. En lo que hace a los derechos individuales podemos citar en primer lugar a Inglaterra con tres grandes documentos: 1) *La petition of Right* (1628) que protege los derechos personales y patrimoniales; 2) El Acta de *Habeas Corpus* (1679) que hasta hoy tutela la libertad personal en Inglaterra; 3) *La Declaration of Rights* (1689) sancionada por el parlamento y promulgada por Guillermo de Orange confirmaba los derechos ya consagrados en los textos anteriores. En segundo lugar a los Estados Unidos con dos documentos: 1) Los *Bill of Rights* (Declaración de Derechos) de Virginia del 12 de junio de 1776; 2) La Declaración de Independencia del 4 de Julio del mismo año que da por supuestos ciertos derechos inalienables. En tercer lugar a Francia

con la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de agosto de 1789 que encabezó la primera Constitución Francesa de 1791 y de 1793. En cuarto lugar se puede señalar la influencia de esta última declaración en las constituciones de Cádiz de 1812 y de Bélgica en 1831.

Por su parte a partir de mediados del siglo XIX comienza la reivindicación de los derechos económicos y sociales. Así la Constitución francesa de 1848 incorpora algunos derechos relativos al trabajo, la asistencia y la educación. Por su parte bajo la inspiración marxista se encuentra la Declaración rusa de los derechos del pueblo trabajador y explotado del 4 de enero de 1918 y la Constitución Soviética de 1936, como también la Constitución Mejicana de 1917. Por su parte en la Europa occidental podemos citar a la Constitución alemana de Weimar de 1919 que busca la síntesis entre el liberalismo y la democracia social; la Constitución de Irlanda de 1937; las Constituciones francesas de 1946 y 1958; la italiana de 1948; la Ley Fundamental de la República federal de Alemania de 1949; como también las constituciones de Grecia de 1975, de Portugal de 1976 y España de 1978.

En el plano internacional, luego del fracaso de la Sociedad de las Naciones formada después de la primera guerra mundial (de aquella época solo queda la Organización Internacional del Trabajo – OIT –

creada por el Tratado de Versalles del 28 de junio de 1919 junto con la Sociedad de las Naciones y que hoy es un organismo de las Naciones Unidas), va a ser recién en la Conferencia de San Francisco de 1945, con la aprobación de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas donde el proceso de internacionalización de los derechos fundamentales va a adquirir su forma definitiva. Dicho proceso comienza con la *Declaración universal de derechos humanos* del 10 de diciembre de 1948, que por tratarse de una declaración son solo recomendaciones para que los Estados los incorporen en su ordenamiento jurídico. En 1966 (luego de quince años de negociación en la Comisión de Derechos Humanos) la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba dos Pactos: el *Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales* y el *Pacto internacional de derechos civiles y políticos* que a diferencia de la Declaración de 1948, constituyen verdaderos convenios sujetos a la firma y ratificación de los Estados, con fuerza vinculante para los que los ratifican. A partir de allí comienza en el marco de las Naciones Unidas toda una serie de declaraciones y convenios sobre distintos temas relacionados con los derechos humanos, como ser la discriminación racial, la discriminación contra la mujer, el genocidio, los derechos del niño etc.

Por otra parte también aparece una internacionalización regional por

continentes: 1) el 4 de noviembre de 1950 se firmó en Roma la *Convención europea para la salvaguardia de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, que se completó con los protocolos adicionales de París de 1952 y Estrasburgo de 1963. Finalmente en 1961 se firma en Turín la Carta social europea que entró en vigencia el 26 de febrero de 1965 que establece la protección de los derechos económicos, sociales y culturales. 2) la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en la ciudad de Bogotá, Colombia, desde el 30 de marzo hasta el 2 de mayo de 1948 aprobó la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Posteriormente, el 22 de noviembre de 1968, en la ciudad de San José de Costa Rica se firmó la convención americana de derechos humanos conocida como Pacto de *San José de Costa Rica*.

También el Magisterio de la Iglesia, a través del proceso de sistematización de lo que se conoce como “*la doctrina social de la Iglesia*”, que comienza con la encíclica *Rerum Novarum* de León XIII (1891) y continua hasta el Magisterio actual de Benedicto XVI, reivindica (a partir de una fundamentación acorde a los principios doctrinales cristianos) la existencia de los derechos fundamentales de la persona humana, tanto individuales como sociales. En efecto, por medio de una serie de documentos magisteriales

como el ya citado, a los que se agrega *Quadragesimo Anno* de Pío XI (1931), El Radiomensaje de Navidad de 1942 de Pío XII, Mater et Magistra de Juan XXIII (1961), la Carta Apostólica de S.S. Pablo VI en el 80° aniversario de la *Rerum Novarum* (1971); *Redemptor hominis* (1979), *Laborem Excersens* (1981) y *Centesimus Annus* (1991) de Juan Pablo II, junto con la Constitución Pastoral *Gaudium et Spes* del Concilio Vaticano II, entre otros, han actualizado y aplicado a la realidad actual los principios perennes del cristianismo transmitidos por la tradición milenaria de la Iglesia.

Entre estos, sobre los derechos fundamentales se destaca la encíclica *Pacem in Terris* de Juan XXIII (1963) que realiza una profunda fundamentación y enumeración tanto de los derechos como deberes fundamentales. Justamente lejos del individualismo liberal y del colectivismo marxista, Juan XXIII señala que todo ser humano es persona, sujeto de derechos y deberes:

En toda humana convivencia bien organizada y fecunda hay que colocar como fundamento el principio de que todo ser humano es **persona**, es decir una naturaleza dotada de inteligencia y voluntad libre, y que, por tanto, de esa misma naturaleza directamente nacen al mismo tiempo derechos y deberes que, al ser universales e inviolables, son también absolutamente inalienables (Juan XXIII, 1963, n. 8-9).

En Argentina estos derechos también fueron incluidos en la Constitución en diferentes etapas. Los derechos de primera generación aparecen con la Constitución de 1853/60 en su primera parte consistente en la declaración de derechos y garantías; por su parte los derechos de segunda generación aparecen por primera vez en la Constitución de 1949 y luego de su derogación, en la reforma de 1957 que incluye los llamados derechos sociales en el art. 14 bis que incorpora al texto constitucional; mientras que los derechos de tercera generación son incluidos a la Constitución en la última reforma de 1994 al incorporarlos en el capítulo segundo de la primera parte sobre derechos y garantías, bajo el título de “*Nuevos derechos y garantías*” (en realidad muchos habían sido reconocidos por la jurisprudencia de la Corte como derechos implícitos que surgirían del art. 33 de la Constitución Nacional). Asimismo la reforma de 1994 a través del art. 75 inc. 22 incluye en el texto constitucional las declaraciones y tratados internacionales de derechos humanos que de esta manera adquieren rango constitucional, transformándose nuestro texto constitucional en una Constitución dispersa o difusa, o sea, dividida entre el texto constitucional propiamente dicho y los tratados internacionales con rango constitucional incorporados a la misma (Herrera, 2000, p. 442).

3 PRINCIPIO Y FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS

La cuestión puede plantearse en los siguientes términos: ¿existe algún principio, norma o realidad en que se apoya el derecho, los derechos y el orden jurídico? Si existe ¿podemos conocerlo? En otras palabras, el problema que nos ocupa nos pone frente a dos cuestiones: 1) la existencia en el orden del ser de algo que sea su sostén o soporte óntico (*principio y fundamento ontológico u óntico*); 2) la posibilidad en el orden del conocer de alcanzar una verdad o certeza de la praxis jurídica (*principio y fundamento gnoseológico o noético*).³

Ahora bien, para responder abordaremos finalmente el tema central propuesto: *La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y de los derechos*. Así nos referiremos a la ley natural como principio y fundamento gnoseológico y a la persona humana como principio y fundamento ontológico.

3.1 La Ley Natural como Principio y Fundamento Gnoseológico

En este sentido fundamento se refiere al *principio o punto de partida*

sobre el que se estructura toda una serie de nociones que constituyen una ciencia o conocimiento.

3.1.1 Intelecto Especulativo e Intelecto Práctico

Antes de ver los principios de las distintas ciencias – donde ubicamos al derecho, la ética y la política)

[...] corresponde considerar la cuestión en el marco de la división del conocimiento en *teórico y práctico* conforme a la previa distinción del intelecto o razón en *teórica o especulativa y práctica* y por tanto la consecuente ubicación de las ciencias como *teóricas y prácticas*. Esta distinción no constituye una separación al modo como la concibió Kant y sus continuadores, sino que conforma una unidad, pues la inteligencia es una única facultad que se ordena a conocer la verdad (teórica) y que por extensión se transforma en práctica al dirigir la acción (verdad práctica) (Aquino, I, 79 *sed contra apud* Herrera, 2008, p. 9).

Tanto el conocimiento teórico como el práctico se apoyan en primeros principios *evidentes (per se nota), indemostrables e inderivados* que constituyen su sostén noético.

No obstante en las cosas que caen bajo la aprehensión de los hombres

3 Sobre este punto es ineludible la lectura de: KALINOWSKI, Georges. El problema de la verdad en la moral y el derecho. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979.

hallase cierto orden. [...] Así como el ser es lo primero que se aprehende absolutamente [y el primer principio es el de no contradicción, por el cual no se puede afirmar y negar lo mismo, al mismo tiempo y sobre este se fundan todos los demás], así el bien es lo primero que cae bajo la aprehensión de la razón práctica, [...] porque todo agente obra por un fin, que tiene razón de bien.

Y por esto el primer principio en la razón práctica es el no contradicción práctica, que se funda sobre la razón del bien, que es: *El bien es lo que todos apetecen* (Herrera, 2008, p. 9).

Luego, el primer principio de la ley natural es que *el bien debe hacerse y procurarse y evitarse el mal*. Y sobre éste se funda todo los demás preceptos de la ley natural, pues todas aquellas cosas a hacer o a evitar que la razón práctica aprehende que son bienes humanos pertenecen la ley natural (Aquino, I-II, 94, 2). Al respecto dice Maritain:

Si la inteligencia humana sabe naturalmente que **debe hacerse el bien y evitarse el mal** es porque percibe este primer principio como solicitado por el impulso y movimiento de la voluntad hacia la acción, así como para poder obrar conforme a este primer principio la voluntad provoca a la inteligencia a elaborar la ciencia moral (1984, p. 58).

En consecuencia, cada uno de éstos principios es captado [por la inteligencia (nous) o razón (logos)],

ya sea teórica o práctica, a partir de un contacto inmediato con la realidad, a través de una abstracción inductiva (Kalinowski, 1979, p. 118; López Martínez, 2006, p. 80),

sin necesidad de ningún discurso o razonamiento a partir de algún principio o premisa anterior. A su vez a cada núcleo de principios (teóricos y prácticos) corresponde un hábito intelectual: el *habitus principiorum* para los principios teóricos o especulativos y la *sindéresis* para los principios prácticos (Herrera, 2008, p. 10).

3.1.2 Los Principios de la Ley Natural

En este sentido

los principios prácticos captados por el hábito de la *sindéresis* como una patencia del bien constituyen el contenido de la ley natural. Dicho de otra manera, son la ley natural. Entre los principios podemos distinguir:

a) los primeros principios (*communissima*), cuyos términos son captados por todos inmediatamente, por ejemplo, El bien debe hacerse y el mal evitarse como punto de partida de todo el conocimiento de la praxis humana y fundado en este, que según el orden de las inclinaciones será el orden de los principios o preceptos (Aquino, I-II, 94, 2);

b) los secundarios derivados de los primeros, si bien no son inmediatamente conocidos, se obtienen con cierta facilidad, como

por ejemplo, los preceptos del Decálogo (Aquino, I-II, 100, 11) o la propiedad privada de los bienes (Aquino, II-II, 57, 3);

c) Aquellos sólo accesibles para los más sabios, como es el caso de la prohibición de la usura (Aquino, I-II, 100, 11 *apud* Herrera, [2008], p. 10).

Como dice García Huidobro: “*El criterio para distinguir unos de otros es el grado de dificultad que envuelve su conocimiento*” (García Huidobro, 1993, p. 48).

Sin embargo, si bien distinguimos distintos tipos de principios, “*diremos que todos esos preceptos de la ley de la naturaleza, en cuanto se refieren a un solo primer precepto tienen razón de una sola ley natural*” (Aquino, I-II, Q. 94, art. 2, ad. 1. *apud* Herrera, 2008, p. 10).

Por su parte, el citado García Huidobro hace una interesante comparación, opinable por cierto, entre los principios de la ley natural que menciona Tomás de Aquino y los bienes humanos básicos como objeto de las inclinaciones a los que se refiere John Finnis en *Natural Law, Natural Rights* (Finnis, 2000 *apud* García Huidobro, 1993, p. 97). El propio Finnis hace una comparación parecida y también discutible en su última obra *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory* (Finnis, 2000 *apud* López Martínez, 2006, p. 116).

Conforme a lo dicho pertenecen a la ley natural, en primer lugar (*en común*

con todos los seres) aquellas cosas por las que se conserva la vida humana y se impide lo contrario (la defensa del bien primario de la vida humana y la condena de todo ataque a la vida inocente, ya sea desde la concepción, como en el caso del aborto, y hasta el final de la vida con la eutanasia); en segundo lugar (*en común con los animales*) la unión de ambos sexos y la educación de los hijos (cuyo derecho-deber corresponde originariamente a los padres y no al Estado que sólo debe actuar subsidiariamente); en tercer lugar (*específicamente humano*) que el hombre evite la ignorancia, el no dañar a los otros con quien se debe vivir y demás cosas que se refieren a esto. Es por eso un bien esencial o natural al hombre el acceso a la verdad, a conocerla y a exigirla, como también a vivir en sociedad que como tal no es objeto de libre elección, sino una exigencia de su propia naturaleza social o política. Aquí encontramos el fundamento tanto de las libertades básicas (de conciencia, civiles y políticas, etc.) como de los deberes fundamentales para con los demás, ya sea en particular o respecto de la sociedad toda.

Sin perjuicio de ello, como afirma Graneris dejan de ser naturales y resultan antinaturales, las patologías, los vicios, las perversiones etc., en tanto y en cuanto alejan al hombre de su fin perfectivo, que se encuentra inscripto en su propia naturaleza,

identificándose la naturaleza misma con el fin. En efecto, el hombre libremente en sus opciones concretas a los bienes particulares puede apartarse del orden de la razón y dejarse llevar por un apetito desordenado (lo malo no es el apetito o la pasión que en si mismos son buenos, sino el desorden al subvertirse al orden racional al bien) (AQUINO, 1ª, 2ª, Q. 91 art.6).

3.1.3 Objeciones a la Ley Natural

Frente “a esta concepción de la ley natural como principio y fundamento del derecho y de los derechos, podemos señalar tres objeciones principales que se opusieron en parte del pensamiento moderno” (Herrera, 2008, p. 15):

– La *ley o principio de Hume* por la cual no se puede derivar proposiciones prescriptivas como las que constituyen el contenido de la ley natural, a partir de proposiciones descriptivas como son los juicios de realidad por los que conocemos las realidades naturales (Hume, 2005 *apud* Herrera, 2008, p. 15);⁴

– La llamada falacia naturalista de Moore, por la cual se niega la posibilidad epistemológica de definir el bien, por considerarla una noción simple que no puedo dividir analíticamente en partes para poder conocerla como sucede con los conceptos complejos (Moore, 1968, p. 9, 37 *apud* Herrera, 2008, p. 15);

– La falta de consenso sobre su existencia y contenido, pues no todos entienden la ley natural de la misma manera, ni todos admiten por tanto su existencia. Dicho de otra manera, la cuestión es si en una sociedad posmoderna y relativista podemos hablar de ley natural como principio y fundamento de todo orden (Herrera, 2008, p. 15).

[..]

Respecto a la primera objeción, justamente es el pensamiento moderno antimetafísico (que no es todo el pensamiento moderno), empirista y positivista, el que reduce la noción de naturaleza a las leyes físicas y biológicas constituyendo el eje del problema de la racionalidad moderna conforme lo señalara Benedicto XVI en Ratisbona (Herrera, 2008, p. 15).

[...]

En el trasfondo de todo esto subyace la autolimitación moderna de la razón, clásicamente expresada en las «críticas» de Kant, aunque radicalizada ulteriormente entre tanto por el pensamiento de las ciencias naturales. Este concepto moderno de la razón se basa, por decirlo brevemente, en una síntesis entre platonismo (cartesianismo) y empirismo, una síntesis corroborada por el éxito de la técnica. Por una parte, se presupone la estructura matemática de la materia, su racionalidad intrínseca, por decirlo así, que hace posible comprender cómo funciona y puede ser utilizada: este presupuesto de fondo es en cierto modo el elemento platónico en la comprensión moderna de la

4 1, III, cap. I, sec. 1, “in fine”.

naturaleza. Por otra, se trata de la posibilidad de explotar la naturaleza para nuestros propósitos, en cuyo caso sólo la posibilidad de verificar la verdad o falsedad mediante la experimentación ofrece la certeza decisiva. El peso entre los dos polos puede ser mayor o menor entre ellos, según las circunstancias [...] (Benedicto XVI, 2006 *apud* Herrera, 2008, p. 15-16).

[...]

Así, para Hume, lo natural es un mero hecho (*factum*), conocido empíricamente y que solamente puedo describir mediante juicios de realidad, sin posibilidad de inferir ninguna prescripción para dirigir el obrar moral por constituir una falacia lógica en la que según él cae el pensamiento *iusnaturalista*. En otras palabras, para esta concepción existe un verdadero abismo entre el orden del ser (reducido a lo fenoménico) y del deber ser, entre determinismo natural y libertad cultural, o entre las ciencias de la naturaleza y las ciencias del espíritu, culturales o sociales (Kselsen, 1977 *apud* Herrera, 2008, p. 15-16).

En cambio, si superamos el reduccionismo fáctico y recuperamos la plena dimensión del ser que incluye el bien, en la medida en que el ser, en tanto *perfectum*, es convertible con el bien, que tiene razón de fin y por tanto razón de principio respecto al obrar que se dirige a ese fin, podemos encontrar en el ser el fundamento del deber ser (Pieper, 1974, p. 15). Ampliando lo dicho, el bien moral, que refiere a la bondad del acto humano

es un medio o fin intermedio que se funda en el bien ontológico del ser (en este caso humano) que tiene razón de fin último del obrar del hombre, y por el cual es apetecido. En otras palabras, el bien óntico no sería otra cosa que el mismo ser visto bajo la razón de su perfección, o sea, la plenitud del ser y por ende fundamento ontológico de su apetibilidad. Por tanto la noción de bien en tanto propiedad trascendental del ser es coexistente con la del ser (Derisi Lomanto, 1980, p. 23) y por eso son convertibles: *ens et bonum convertuntur*.

En suma,

todo conocimiento (ya sea teórico o práctico) se funda sobre la noción de ser *Porque lo que primeramente cae bajo la aprehensión es el ente y así mientras la inteligencia o razón teórica contempla el ser bajo la razón de *verum* (verdad); el intelecto o razón práctica lo considera bajo la razón de *bonum* (bien) (Herrera, 2008, p. 9).*

[...]

En verdad, esta concepción reduccionista de la naturaleza acota el conocimiento de la realidad, de la naturaleza, al solo conocimiento de las causas materiales y eficientes, sin consideración de las causas formales y finales que aportan el logos y el sentido a las cosas. Ahora bien, este reduccionismo llevado al extremo es una falacia porque de la afirmación “conozco hechos”, no puedo deducir que sólo conozco o puedo conocer esos hechos y nada más (Herrera, 2008, p. 16).

[...]

De esta manera, se demuestra que la concepción clásica de la ley natural y de los primeros principios prácticos evidentes no es alcanzada por la objeción de Hume, porque no son conclusiones obtenidas por medio de un indebido paso de premisas descriptivas (reductivas de la realidad) a conclusiones prescriptivas, sino más bien se trata de proposiciones prescriptivas evidentes paralelas (y no conclusiones deducidas) al orden de las inclinaciones naturales al fin (Kalinowski, 1979 *apud* Herrera, 2008, p. 16-17), [...] fundadas en una concepción de la realidad no reductiva a lo fáctico, sino ampliada (Benedicto XVI, 2006 *apud* Herrera, [2008], p. 16-17) a lo ontológico que incluye al bien y al deber ser como manifestaciones del ser en el orden práctico (Herrera, 2008, p. 17).

[...]

En este sentido debe entenderse la conocida tesis de Pieper: “Todo deber ser se funda en el ser. La realidad es el fundamento de lo ético. El bien es lo conforme con la realidad” (Pieper, 1974, p. 15 *apud* Herrera, 2008, p. 17). Tampoco es alcanzada por la objeción de Moore, conocida como falacia naturalista, porque no se pretende definir el *bien* como un concepto analíticamente definible por el género común y la diferencia específica, pues, al tratarse de un trascendental como sucede con el ser con el cual es convertible (*ens et bonum convertuntur*), justamente trasciende todos los géneros y por tanto no es estrictamente objeto de un concepto, sino más bien de un juicio que afirma o niega su existencia y por ende su

debitud y exigibilidad (Herrera, 2008, p. 17).

Por último, respecto a la falta de consenso sobre la ley natural y su contenido, corresponde ahora distinguir *entre el conocimiento de la ley natural* (por el hábito de la sindéresis) y *su reconocimiento* (por el juicio de la conciencia). Entre el conocimiento evidente de los primeros principios prácticos que obtenemos por la sindéresis y el juicio de la conciencia que se realiza a efectos de aplicarlos a un caso particular aquí y ahora (Ratzinger, 1995 *apud* Herrera, 2008, p. 17).

Para él,

La principal corriente de la Escolástica expresó los dos planos de la conciencia mediante los conceptos *sindéresis* y *conscientia*. La palabra *sindéresis* (*synteresis*) procede de la doctrina estoica del microcosmos y es recogida por la tradición medieval de la conciencia. Su significado exacto sigue siendo confuso, y por eso se convirtió en un obstáculo para el desarrollo esmerado de este plano esencial del problema global de la conciencia. Por eso quisiera, sin embarcarme en una disputa sobre la historia de las ideas, sustituir esta palabra problemática por el más claro concepto platónico de *anamnesis*, que no sólo es lingüísticamente más claro y filosóficamente más puro y profundo, sino que, además, está en armonía con motivos esenciales del pensamiento bíblico y con la antropología desarrollada a partir de la Biblia. Con la palabra *anamnesis* expresamos aquí exactamente lo que dice San Pablo en el segundo capítulo

de la *Epístola a los Romanos*: ‘En verdad, cuando los gentiles, guiados por la razón natural, sin Ley, cumplen los preceptos de la Ley, ellos mismos, sin tenerla, son para sí mismos Ley. Y con esto muestran que los preceptos de la Ley están escritos en sus corazones, siendo testigo su conciencia’ (2,14-15) [...] Eso significa que el primer *estrato*, que podemos llamar *ontológico*, del fenómeno de la conciencia consiste en que en nosotros se ha insertado algo así como un *recuerdo primordial de lo bueno y de lo verdadero* (ambos son idénticos), en que existe una íntima tendencia ontológica del ser creado a imagen de Dios a promover lo conveniente a Dios. Su mismo ser está desde su origen en armonía con unas cosas y en contradicción con otras [...] Después de estas reflexiones sobre el primer plano, esencialmente ontológico, del concepto de conciencia, debemos ocuparnos del segundo estrato, designado en la tradición medieval sencillamente con la palabra *conscientia*, conciencia. Presumiblemente esta tradición terminológica ha podido contribuir en algo al estrechamiento moderno del concepto de conciencia. Santo Tomás, por ejemplo, solo denomina conciencia a este segundo plano y, en consecuencia, la conciencia no es para él *habitus*, es decir, una cualidad estable del ser del hombre, sino *actus*, o sea, un acontecimiento consumado. Sin embargo, Santo Tomás supone evidentemente el fundamento ontológico de la anamnesis (*synderesis*) como algo dado. El aquinate la define como una resistencia interior contra el mal y una íntima inclinación al bien.

El acto de conciencia aplica este saber fundamental a las situaciones concretas. Según Santo Tomás, consta de tres momentos: reconocer (*recognocere*, dar testimonio (*testificari*) y juzgar (*iudicare*). Se podría hablar de un concierto entre la función de control y la de decisión. Siguiendo la tradición aristotélica, Santo Tomás ve este acontecimiento de acuerdo con el modelo de los procedimientos conclusivos. Sin embargo, subraya enérgicamente lo específico de este saber práctico, cuyas conclusiones no derivan del mero saber ni del puro pensar.

“*Reconocer o no reconocer algo depende siempre de la voluntad, que destruye el conocimiento o conduce a él. Depende, pues, del talante moral dado de antemano, el cual se deforma o purifica progresivamente*” (Ratzinger, 1995, p. 72 *apud* Herrera, 2008, p. 18). En este plano, el plano del juicio (*conscientia* en sentido estricto), es lícito decir que también la conciencia errónea obliga. En la tradición racional de la Escolástica esta proposición es absolutamente clara. Nadie debe obrar contra su conciencia, como ya había dicho San Pablo (Rom. 14, 23). Pero el hecho de que la conciencia alcanzada obligue en el momento de la acción no significa canonizar la subjetividad. *Seguir la convicción alcanzada no es culpa nunca*. Es necesario, incluso, hacerlo así. Pero *sí puede ser culpa adquirir convicciones falsas y acallar la protesta de la anamnesis del ser*. La culpa está en otro sitio más profundo: no en el acto presente, ni en el juicio de conciencia actual, sino en el abandono del yo, que me ha embotado para percibir en mi interior la voz de

la verdad y de sus consejos. De ahí que autores que obraron convencidos, como Hitler o Stalin, sean culpables. Los ejemplos extremos no deberían servir para tranquilizarnos, sino más bien, para sobresaltarnos y hacernos ver con claridad la seriedad del ruego: límpiame de los deslices que se me ocultan (Ps 19, 13) (Ratzinger, 1995 *apud* Herrera, 2008, p. 17-18).

Este juicio de conciencia, en sentido estricto o propio es individual, pero por una analogía impropia (metafórica) puede extenderse a la sociedad toda y así hablar en sentido lato o impropio de una “*conciencia colectiva*”, que reconoce o niega (falibilidad de la conciencia) las exigencias objetivas de la ley natural como fundamento del orden social y primera regla de la razón práctica por la cual lo conocemos. En consecuencia, cuando en la actualidad muchas veces se afirma que no se puede fundar el orden social moral, político y jurídico en la ley natural, porque no todos la aceptan, ni hay consenso sobre ella, *se confunde el problema de la existencia y conocimiento de la ley natural, con su reconocimiento a través del juicio de la conciencia* de cada uno de los formadores del consenso. Juicio de conciencia que a veces puede fallar en cuanto a los preceptos secundarios o en la aplicación de los principios a los casos particulares, debido a la influencia de ideologías o intereses contrarios al bien de hombre, a los malos consejos, a la concupiscencia, o bien a costumbres depravadas y hábitos corrompidos (Aquino, 1-2, Q. 94, art. 6.). “*Reconocer o no reconocer algo depende siempre de la voluntad, que destruye el conocimiento o conduce a él. Depende, pues, del*

talante moral dado de antemano, el cual se deforma o purifica progresivamente” (Ratzinger, 1995, p. 72 *apud* Herrera, 2008, p. 18).

Justamente el meollo del relativismo es que el debilitamiento de la razón produce un debilitamiento de la conciencia moral, una conciencia más laxa, pues al no tener referencia necesaria a una verdad objetiva pierde su quicio. En efecto, lo que produce el relativismo es la ruptura definitiva entre los dos ámbitos de la conciencia, el objetivo (la ley natural) y el subjetivo (el juicio de la conciencia), desconociendo al primero y coronado como única instancia de apelación moral al segundo, que al no estar anclado en la realidad, corona el más “absoluto” relativismo, valga la paradoja de un relativismo “absoluto”.

Por eso, es un grave error (muy común últimamente) hacer depender la existencia y el conocimiento de la ley natural del consenso que exista sobre ella, poniendo de esta manera, el carro delante de los caballos. En realidad, no es la ley natural la que se funda o depende del consenso, sino que es el consenso el que debe fundarse y depender de la ley natural, pues solo puede haber consenso entre seres racionales y libres, que tienen una determinada naturaleza (racional) y por ende una determinada ley. Desconocer la ley natural porque no hay consenso sobre ella, es confundir su justificación racional en la evidencia *per se nota* de sus principios, con la aceptación efectiva de la misma en el juicio de conciencia de todos y cada uno de los hombres, que justamente nos permite distinguir la conciencia recta y verdadera de la conciencia

errada (vencible o invenciblemente errada) (Herrera, [2008], p. 18-19).

3.2 La Persona Humana como Principio y Fundamento Ontológico

En este sentido principio y fundamento se refiere al sostén o soporte óntico de un ente o de una realidad, cualquiera que sea.

3.2.1 El Derecho como Realidad Accidental

Toda realidad requiere un soporte óntico: *existe en sí* (sustancia) o *existe en otro* (accidente) y a su vez: *su existencia la recibe de otro* (el *ens* causado) o *no la recibe de ninguno* (el *esse* incausado). En el primer caso, el ser accidental para existir como tal requiere del ser sustancial en el que inhiere, pero a su vez en el segundo caso si este ser sustancial no es el *Ser* (incausado), tiene o participa del ser porque lo recibe de otro (siendo por tanto un ente causado). En consecuencia, el fundamento último de toda realidad sustancial o accidental es el *Ser* o *esse* (incausado) que al participar al *ens* sustancial (causado) funda al mismo tiempo todos los accidentes que anidan en él (Herrera, 2008, p. 22-23).

3.2.2 La Persona Humana como Realidad Sustancial

Sipasamosdelderechocomoaccidente al sujeto que sería la sustancia donde inhiere, esta sería el hombre en tanto

constituye una unidad sustancial de cuerpo y alma (*corpus et anima unus*). Un ser compuesto de cuerpo (materia) y forma (alma), unidos substancialmente, en un único ser substancial donde el cuerpo y el alma no son dos sustancias completas, sino más bien dos co-principios sustanciales de un mismo y único ser, que se relacionan como acto (forma) y potencia (materia).

En consecuencia, el alma como forma, es acto primero del cuerpo, única forma substancial en la unidad del compuesto. Por eso a través del alma como forma substancial, el hombre (compuesto de cuerpo y alma) tiene el acto (primero) de ser, que numéricamente es uno y se da en la unidad substancial del compuesto y que en orden de la especie, en tanto forma, lo determina constituyendo junto con la materia informada su esencia. Por eso con la unión substancial del cuerpo y el alma se constituye el hombre en su ser (acto primero) y en su esencia humana (corpórea-anímica o psico-física) que conforma el principio intrínseco de sus operaciones propias (acto segundo), tanto de las específicas de su alma racional, como de las genéricas de su sensibilidad y vegetabilidad, virtualmente contenidas en su alma racional como única forma substancial del hombre. Y justamente esta esencia como principio intrínseco de operaciones es la naturaleza (*Phsysys*), su naturaleza humana. En consecuencia, estas operaciones siguen al ser, pues cada ser opera conforme a su modo de ser o naturaleza (*operari sequitur esse*), realizando las mismas a través de las distintas potencias del alma y por tanto estas operaciones manifiestan la naturaleza

y a través de ellas puedo conocerla (Herrera, 2008, p. 23-24).

[...]

Por eso, en el caso del hombre, de cada hombre, hay un plexo de sujeto y acto de ser. Acto de ser que el hombre que lo recibe por participación de Dios, pero que como acto de ser subsistente (*per se*) de un ser de naturaleza racional, es [...] necesariamente un acto de ser personal, o sea, constitutivo de la persona, que lo distingue como *alguien* (sujeto) y no meramente *algo* (objeto), en el universo (Wojtyla, 1982, p. 90 *apud* Herrera, 2008, p. 26).

También Robert Spaemann hace la distinción entre “*alguien*” y “*algo*”:

La persona es **alguien**, no **algo**, no un mero caso de una esencia indiferente frente a él [...] las personas son individuos que existen *per se* y tienen **dominium sui actus**, dominio de sus propias acciones. Sus acciones no resultan simplemente de su naturaleza. De ellas se puede decir, más bien: **Non solum aguntur, sicut alia, sed per se aguntur**. No sólo actúan como las demás cosas, sino que obran por sí mismas. Es decir, son libres (Spaemann, 2000, p. 48, 50).

En otras palabras, este hombre constituye una *sustancia* (que existe *per se*), *individual* (indistinto en sí

mismo, pero distinto de lo demás (Aquino, I, 29, 4), de *naturaleza* (esencia o *ousía* como principio operativo en orden al fin), *racional* (en virtud de su alma espiritual pero unida constitutivamente con el cuerpo), lo que constituiría la tradicional definición de *persona* de Boecio: *Persona proprie dicitur naturae rationalis individua substantia* (Boethius,⁵ 1845-1855 *apud* Wojtyla, 1982, p. 90).

Por eso si partimos de esta definición tradicional de *persona*, el sujeto de la definición (que refiere al ente que se identifica con la persona) sería la *substancia* como sustrato primario y fundamental del ser, sujeto de los accidentes, de las potencias, del obrar y del ocurrir. Una sustancia de unas características determinadas (la naturaleza racional) que la distingue de otras sustancias (irracionales) (Herrera, 2008, p. 24).

Justamente como dice Maritain:

El sujeto, supósito o persona, posee una esencia, una estructura esencial; es una sustancia dotada de propiedades, y que recibe o padece por medio de sus facultades o potencias. La persona es una sustancia que tiene por forma sustancial un alma espiritual, y que vive una vida no sólo biológica e instintiva, sino intelectual y voluntaria (1982, p. 104).

5 BOETHIUS, Anicius Manlius Torquatus Severinus [480?-524]. *De duabus naturis et una persona Christi*. Paris: Migne, 1845-1855. cap. 3. (Patrologiae cursus completus, Series 11, Patres Ecclesiae Latinae, 64, col. 1345, n. 1343 d.).

Como necesariamente,

el alma espiritual creada directamente por Dios es singular, creada en el mismo instante de su unión con el cuerpo individual y concreto que informa, por dicha unión comunica al cuerpo y a todo el hombre el acto singular de ser, único y distinto del acto singular de ser de todo otro hombre. Por eso, el alma espiritual en tanto acto primero del cuerpo es necesariamente incomunicable, pues si así no fuera y pudiera comunicar su mismo ser a otro, ese ser humano dejaría de ser el que es, para convertirse en otro, lo que es palmariamente imposible. En consecuencia, cada ser humano es único e irrepetible y por lo tanto *incomunicable* en su ser y no intercambiable con ningún otro, lo que lo convierte en un ser ontológicamente cerrado en sí mismo (Herrera, 2008, p. 26-27).

Ahora bien,

sin perjuicio de la *incomunicabilidad* radical de su ser, la persona humana, es, sin embargo, bajo otro aspecto, un ser abierto al mundo y al otro, pero en tanto otro, o sea, manteniendo la *alteridad*. Por lo tanto, así como la incomunicabilidad radical de su ser se funda en la ontología de la persona, la *comunicabilidad* con el mundo y los demás también se funda en la misma ontología, en tanto constituye una perfección accidental (relacional) de su sustancialidad individual. Esta apertura es intencional en cuanto se realiza a través del conocimiento. El conocimiento intelectual es la actividad (acto segundo) específica

de su naturaleza racional que supone el acto de ser participado en cada sustancia individual o persona (acto primero).

Esta perfección accidental en el orden de la relación (la persona humana no es una relación pero es un ser en relación), no es un mero agregado extrínseco y accesorio a su naturaleza, sino que se trata de un accidente propio que se sigue necesariamente de su misma esencia o naturaleza racional. En otras palabras, se funda en la naturaleza social y política de la persona humana (el *zoom polytykon* de Aristóteles), por la cual la sociedad como plexo de relaciones es una realidad accidental aunque necesaria (por eso es un accidente propio o más bien una propiedad) que constituye un todo virtual que inhiere en la persona humana como en su sustancia, que a su vez constituye un todo substancial (Herrera, 2008, p. 27).

Por eso el Aquinate va a definir la persona (distinguiéndola de todo otro suppositum o hipóstasis) por la dignidad de su naturaleza racional: ‘*la hipóstasis que se distingue por alguna propiedad perteneciente a la dignidad*’ (Aquino, v. I, cap. 29, 3, 2). En consecuencia, para el Aquinate “Persona significa lo más perfecto que hay en toda la naturaleza, o sea el ser subsistente en la naturaleza racional (scilicet subsistens in rationali natura)” (Aquino, v. I, cap. 29, 3).

Por su parte,

el *estatuto ético-jurídico* de la persona humana contempla tanto al

sujeto del obrar moral, como al sujeto jurídico titular de derechos y deberes. Así para la concepción ontológica tenemos que distinguir la acepción filosófica de persona (sustancia individual de naturaleza racional), de su acepción moral (sujeto del obrar moral) y jurídica (sujeto de derecho). En realidad estas nociones no se contraponen, pues la existencia del sujeto de la acción moral, como de los distintos *status* con sus respectivos derechos y deberes, en el plexo de relaciones jurídicas que existen dentro de la comunidad política, suponen un *status* básico común que es la condición humana y que coincide con la concepción ontológica de la persona, que por ser más amplia y genérica incluye a la moral y a la jurídica como más especiales y específicas, dado que la moralidad y la juridicidad surgen de la racionalidad y su consecuente sociabilidad que constituyen al *suppositum* individual en persona humana (Herrera, 2008, p. 31).

Dice Hervada Xiberta:

En otras palabras, el ser de la persona implica inherentemente, intrínsecamente, el deber ser. Se observa que aquí se entrecruzan dos cosas: la ética y el derecho. Hay un **deber ser moral**, que se plasma en que el hombre debe vivir según su condición de persona. Y hay un **deber ser jurídico** de los demás respecto de la persona (1992, p. 46 *apud* Herrera, 2008, p. 31).

[...]

Por eso, caído el antiguo régimen hoy se reconoce al *status* básico común

del ser humano como fundamento jurídico natural de su ser persona, en tanto sujeto de derecho, titular de derechos y deberes y de su *isonomía* (igualdad básica ante la ley), más allá de las desigualdades posteriores propias a su condición o ubicación dentro del orden social (Herrera, 2008, p. 33).

Podemos citar nuevamente a Hervada Xiberta:

Todo sistema jurídico positivo se basa, al menos, en la **juridicidad natural** de los hombres, esto es, en que por naturaleza existe la capacidad y tendencia de relacionarse jurídicamente. La condición de **sujeto de derecho** – como la condición de sujeto de la comunicación oral – no es cultural sino natural. Y adviértase que no se trata simplemente de que todo hombre puede ser, si se quiere, capaz de derechos. La **juridicidad natural** significa que, por naturaleza, el hombre está relacionado jurídicamente con los otros y, en consecuencia, que es por naturaleza protagonista del sistema jurídico. Ser **persona** no es de origen positivo sino natural, porque los hombres, por naturaleza, son sujetos de derecho [...] la **condición ontológica de persona** incluye la **subjetividad jurídica**, de modo que el concepto jurídico de persona no puede ser otra cosa que el concepto mismo de persona en sentido ontológico, reducido a los términos de la ciencia jurídica. Dicho en otros términos, el concepto jurídico de persona no es más que aquel concepto que manifiesta lo jurídico de la persona o ser humano

(Hervada Xiberta, 2001, 119, 122 *apud* Herrera, [2008], p. 33).

4 EL FUNDAMENTO DE LA LEY NATURAL Y DE LA PERSONA HUMANA

Nos queda por último hacer una referencia a su vez al fundamento tanto de la ley natural, como de la persona humana. La crisis del fundamento ha sido justamente la clave de la crisis de la modernidad. Al respecto señala Benedicto XVI (2007 *apud* Herrera, 2008, p. 35):

Entre estas, quiero mencionar en primer lugar la necesidad de un estudio exhaustivo de la crisis de la modernidad. Durante los últimos siglos, la cultura europea ha estado condicionada fuertemente por la noción de modernidad. Sin embargo, la crisis actual tiene menos que ver con la insistencia de la modernidad en la centralidad del hombre y de sus preocupaciones, que con los problemas planteados por un “humanismo” que pretende construir un *regnum hominis* separado de su necesario fundamento ontológico. Una falsa dicotomía entre teísmo y humanismo auténtico, llevada al extremo de crear un conflicto irreconciliable entre la ley divina y la libertad humana, ha conducido a una situación en la que la humanidad, por todos sus progresos económicos y técnicos, se siente profundamente amenazada (Benedicto XVI, 2007 *apud* Herrera, 2008, p. 35).

Por eso, respecto al necesario fundamento ontológico

frente a este proceso moderno y contemporáneo de desconstrucción de la metafísica, habría que oponer una reconstrucción de la misma. Pero pienso que formularlo de esa manera significaría una concesión al pensamiento débil desconstruccionista, pues parecería reconocer que su prejuicio antimetafísico realmente hizo mella en el pensamiento fuerte del realismo filosófico, lo cual es falso. O sino por el contrario puede parecer que la metafísica sea algo que podamos construir o desconstruir “*a piacere*”. Por eso prefiero hablar de una *re-afirmación* de la metafísica.

[...]

Si bien existen distintas concepciones que pueden ser legítimas, el sólido pensamiento de Santo Tomás de Aquino, seguido por Maritain tiene una ventaja sobre ellas, pues con la originalidad de su distinción entre esencia y acto de Ser, va más allá de la distinción entre materia y forma que se da en el plano de la esencia y de esta manera nos permite superar tanto al esencialismo formalista (por medio de la primacía del acto de Ser), como al existencialismo radical que no reconoce las esencias (p.ej. Sartre) que está en la base de todo este pensamiento desconstruccionista y antimetafísico. De la misma manera, con la noción de participación metafísica (que en el siglo XX resaltara Fabro) del ente (que tiene el ser participado) en el Ser imparticipado (*ipsum esse subsistem*), que se da en el marco

de una concepción de la creación y de la creaturidad, entendida como relación trascendental y constitutiva de dependencia (en el ser) respecto al Creador, la metafísica tomista como expresión máxima de la razón humana se integra con la Fe que se funda en la revelación divina, en una síntesis magistral e insuperable. El desafío no es simplemente repetirla literalmente sino apoyados en ella repensar la realidad actual con su problemática con el mismo espíritu realista que animó al aquinate (Herrera, 2008, p. 35-36).

Es necesario que por encima exista una concepción fundada en una verdadera antropología y metafísica del hombre, entendido como *creatura*, unidad substancial de cuerpo y alma, cuerpo animado y alma incorporada. En consecuencia, el fundamento último no sólo del orden social moral, político y jurídico, sino del hombre mismo, de su naturaleza y de su ley natural, es Dios como creador, sin perjuicio que su conocimiento no es evidente como en el caso de los principios de la ley natural, sino analógico a partir de los seres creados. En consecuencia, si bien no es necesario remontarse al acto de Ser de Dios para justificar el razonamiento práctico que se deriva de los primeros principios evidentes de la ley natural, su Ser es el fundamento último de todo lo que existe, del hombre, de su ley y de su obrar (Herrera, 2008, p. 21).

Como dice Finnis,

Pero así como el hecho de que puede darse una buena explicación del

movimiento molecular sin aludir a la existencia de un creador increado del completo estado de cosas en que tienen lugar las moléculas y las leyes del movimiento, no implica por sí mismo que no sea necesaria una explicación adicional de ese estado de cosas, o que no esté disponible tal explicación adicional, o que la existencia de un creador increado no sea esa explicación, así el hecho de que la ley natural pueda ser comprendida, aceptada, aplicada y analizada reflexivamente sin aludir a la cuestión de la existencia de Dios, tampoco implica por sí mismo que no sea necesaria una explicación adicional del hecho de que existen pautas objetivas sobre el bien y el mal y principios de razonabilidad (sobre lo moralmente correcto e incorrecto), o que no esté disponible tal explicación adicional, o la existencia y naturaleza de Dios no sea esa explicación (Finnis, 2000, p. 81).

En realidad,

la explicación adicional es en última instancia la explicación fundamental, o sea, la explicación del fundamento del obrar humano, aunque no sea necesario remitirse a ella para justificar racionalmente el razonamiento práctico (justificado por su referencia a los primeros principios evidentes) por el que se dirige dicho obrar (Herrera, 2008, p. 22).

Por otra parte cuando hablamos

del hombre como sujeto de derechos y deberes, nos estamos refiriendo a la

persona humana como *suppositum*, o *subsistencia* individual de naturaleza (ousía, substancia o esencia) racional. Dicho de otra manera, el sujeto del derecho y del orden social, moral, político y jurídico es el hombre, es la persona humana, con su naturaleza y dignidad, que conoce y expresa a través de la ley natural moral, en la que se fundan tanto sus derechos como sus deberes fundamentales (Herrera, 2008, p. 22).

5 CONCLUSIÓN

En suma,

el *principio* y *fundamento gnoseológico* del derecho y de los derechos y deberes sería la naturaleza misma de las cosas humanas (*ex ipsa natura rei*) que conocemos por la ley natural como conocimiento evidente constituido por el primer principio que rige el obrar humano: *se debe hacer el bien y evitar el mal*, y aquellos otros que se siguen inmediatamente a partir de él y que conocemos paralelamente (no deductivamente) a las inclinaciones humanas, a través del hábito intelectual de la *sindéresis* (hábito de los primeros principios prácticos) (Herrera, 2008, p. 37).

Ley natural que a su vez es completada y concretada por las leyes positivas.

En cambio, el *principio* y *fundamento ontológico* de los derechos y deberes sería el hombre como persona humana (ente subsistente

en el género, ousía o naturaleza racional), donde estos accidentes inhieren, siendo por tanto el sujeto de los derechos y deberes y portador de una esencial dignidad.

Ahora bien, ambos son aspectos de un único último principio y fundamento: *Dios*, en quien ser y conocer; persona y ley se identifican. A diferencia que en nosotros en que el orden del ser se distingue del orden del conocer, siendo inversamente proporcionales, pues mientras el orden del ser va de las causas a los efectos, el del conocer va de los efectos a las causas. Por otra parte como el ser o realidad es el objeto y medida de nuestro conocer, el fundamento ontológico funda a su vez el gnoseológico sirviéndole de soporte metafísico. Por eso como decía Aristóteles (1988, v. 1, sección 2, cap. 2, 11) nuestro conocimiento va desde lo primero y mas conocido para nosotros (los efectos) hasta lo primero y mas conocido por naturaleza (las causas) (Herrera, 2008, p. 37).

En este sentido para terminar podemos citar el discurso de Benedicto XVI ante las Naciones Unidas:

La referencia a la dignidad humana, que es el fundamento y objetivo de la responsabilidad de proteger, nos lleva al tema sobre el cual hemos sido invitados a centrarnos este año, en el que se cumple el 60 aniversario de la **Declaración Universal de los Derechos del Hombre**. El documento fue el

resultado de una convergencia de tradiciones religiosas y culturales, todas ellas motivadas por el deseo común de poner a la persona humana en el corazón de las instituciones, leyes y actuaciones de la sociedad, y de considerar a la persona humana esencial para el mundo de la cultura, de la religión y de la ciencia. Los derechos humanos son presentados cada vez más como el lenguaje común y el sustrato ético de las relaciones internacionales. Al mismo tiempo, la universalidad, la indivisibilidad y la interdependencia de los derechos humanos sirven como garantía para la salvaguardia de la dignidad humana. Sin embargo, es evidente que los derechos reconocidos y enunciados en la **Declaración** se aplican a cada uno en virtud del origen común de la persona, la cual

sigue siendo el punto más alto del designio creador de Dios para el mundo y la historia. Estos derechos se basan en la ley natural inscrita en el corazón del hombre y presente en las diferentes culturas y civilizaciones. Arrancar los derechos humanos de este contexto significaría restringir su ámbito y ceder a una concepción relativista, según la cual el sentido y la interpretación de los derechos podrían variar, negando su universalidad en nombre de los diferentes contextos culturales, políticos, sociales e incluso religiosos. Así pues, no se debe permitir que esta vasta variedad de puntos de vista oscurezca no sólo el hecho de que los derechos son universales, sino que también lo es la persona humana, sujeto de estos derechos (Benedicto XVI, 2008).

REFERENCIAS

AQUINO, Santo Tomás de [1225-1274].

ARISTÓTELES [384-322aC]. *Análíticos segundos* [=Analytica posteriora]. Trad. de M. Candel Sanmartín. Madrid: Gredos, 1988. 2 v.

BENEDICTO XVI. *Encuentro con el mundo de la cultura: discurso Santo Padre en la Universidad de Ratisbona [Alemania]: fe, razón y universidad: recuerdos y reflexiones: 12 de septiembre de 2006*. [Roma]: Libreria Editrice Vaticana, 2006. Disponible el: <[\[september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg_sp.html\]\(http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/september/documents/hf_ben-xvi_spe_20060912_university-regensburg_sp.html\)>. Aceso en: 12 dec. 2008.](http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2006/</p>
</div>
<div data-bbox=)

BENEDICTO XVI. *Encuentro con los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas: discurso de su Santidad Benedicto XVI, Nueva York, 18 de abril de 2008*. [Roma]: Libreria Editrice Vaticana, 2008. Disponible el: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2008/april/documents/hf_ben-xvi_spe_20080418_un-visit_sp.html>. Aceso en: 12 dec. 2008.

- BENEDICTO XVI. *Discurso del Papa Benedicto XVI a los participantes en el Encuentro Europeo de Profesores Universitarios*: 23 de junio de 2007. [Roma]: Libreria Editrice Vaticana, 2007. Disponible el: <http://www.vatican.va/holy_father/benedict_xvi/speeches/2007/june/documents/hf_ben-xvi_spe_20070623_european-univ_sp.html>. Acceso en: 12 dec. 2008.
- BOBBIO, Norberto [1909-2004]. *Sul fondamento dei diritti dell'uomo*. Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, Milano, v. 42, abril/junio 1965, p. 302-309.
- DERISILOMANTO, Octavio Nicolás [1907-2002]. *Los fundamentos metafísicos del orden moral*. 4. ed. Buenos Aires: EDUCA, 1980.
- FINNIS, John. *Ley natural y derechos naturales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2000.
- GARCÍA HUIDOBRO, Joaquín. *Razón práctica y derecho natural*. Valparaíso: Edeval, 1993.
- HERRERA, Daniel Alejandro. *La ley natural y la persona humana como principio y fundamento del derecho y del orden jurídico*. [Buenos Aires]: Pontificia Universidad Católica Argentina, [2008]. 38 f. Disponible el: <http://www.uca.edu.ar/esp/sec-fderecho/subs-leynatural/esp/docs-articulos/pdf/herrera-principio-fundamento.pdf>. Acceso en: 15 dec. 2008.
- HERRERA, Daniel Alejandro. *La noción de derecho en Villey y Kalinowski*. Buenos Aires: Educa, 2000.
- HERVADA XIBERTA, Javier. *Intro-ducción crítica al derecho natural*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 2001. 200 p. (Manuales de Derecho).
- HERVADA XIBERTA, Javier. *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. Pamplona: Ediciones Universidad de Navarra, 1992. 647 p.
- HUME, David [1711-1776]. *Tratado de la naturaleza humana*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 2005. 888 p. (Clasicos del Pensamiento). Disponible, una traducción del inglés, por Vicente Viqueira, el: <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01479429800114973089079/index.htm>. Acceso en: 15 dec. 2008.
- JUAN XXIII. *Pacem in Terris*. Roma, 1963. Disponible el: http://www.vatican.va/holy_father/john_xxiii/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_11041963_pacem_sp.html. Acceso en: 12 dec. 2008.
- KALINOWSKI, Georges. *El problema de la verdad en la moral y en el derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1979.
- KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977.

- LÓPEZ MARTÍNEZ, Adela. *El debate anglo americano contemporáneo sobre la teoría tomista de la ley natural*. Roma: Edizioni Università Della Santa Croce, 2006.
- MARITAIN, Jacques. *Breve tratado acerca de la existencia y de lo existente*. Buenos Aires: Club de Lectores, 1982.
- MARITAIN, Jacques. *Para una filosofía de la persona humana*. Buenos Aires: Club de Lectores, 1984.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *El derecho natural y sus dimensiones actuales*. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 1999.
- MASSINI CORREAS, Carlos Ignacio. *Filosofía del derecho*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1994.
- MOORE, George Edward. *Principia ethica*. Candbrige: Candbrige, 1968.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. *Los derechos fundamentales*. Madrid: Tecnos, 1998.
- PIEPER, Josef. *El descubrimiento de la realidad*. Madrid: Rialp, 1974.
- RATZINGER, Joseph. *Verdad, valores, poder*. Madrid: Rialp, 1995.
- SPAEMENN, Robert. *Personas, acerca de la distinción entre algo y alguien*. Pamplona: EUNSA, 2000.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. *Los derechos humanos: declaraciones y convenios internacionales*. Madrid: Tecnos, 1994.
- WOJTYLA, Karol. *Persona y acción*. Madrid: BAC, 1982.

REVISITANDO A TEORIA DA SEPARAÇÃO ENTRE OS PODERES¹

Eduardo K. M. Carrion²

Prezado Dr. Luiz Fernando Calil de Freitas, que preside a mesa; prezada Dra. Fabiana Azevedo da Cunha Barth, Presidente da APERGS, entidade promotora, através da ESAPERGS, deste importante evento; estimado colega e amigo Dr. Clèmerson Merlin Clève; prezado Dr. Luis Roberto Barroso, homenageado do evento. Senhoras e Senhores.

Em tempos de descaso com a coisa pública, seria pertinente relembrar a lição sempre atual de Rui Barbosa, no início do século passado, de que o Brasil tem se caracterizado antes por ser uma *reprivada* do que por

constituir-se em efetiva *república*, no significado de prevalência, na ordem política, do interesse público sobre o interesse privado e, respeitando a etimologia da expressão, no sentido de ideia de coisa pública ou de coisa comum; enfim, a perspectiva do bem comum, nem que seja como sonho acalentado.

Professor Clèmerson, professor Barroso, nossos convidados: constitui costume neste Estado iniciarmos os eventos com a audição do hino nacional e concluirmos, o que por vezes surpreende nossos amigos de fora, com a audição do hino rio-

1 Intervenção ocorrida em 17.09.2009 por ocasião do III Congresso Internacional Revisitando o Direito Público, Painel: Interfaces entre Poder Executivo e Poder Legislativo, realizado na Faculdade de Direito da UFRGS, promoção da Associação dos Procuradores do Estado do RS (ESAPERGS) e Procuradoria-Geral do Estado do RS (PGE-RS). Texto revisado. Manteve-se, entretanto, a forma coloquial da exposição.

2 Professor Titular de Direito Constitucional e ex-Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS.

grandense-do-sul. Hino de marca, de diapasão militar, como costumam ser muitas vezes os hinos. Daí, talvez, o exagero de algumas palavras. No nosso caso, “sirvam nossas façanhas de modelo a toda a terra”. Pois bem, nessa semana mesmo, fomos privilegiados por ouvir nas rádios locais a reprodução de gravações autorizadas pela justiça que, segundo o Ministério Público Federal, diriam respeito a tratativas de corrupção de políticos estaduais, em que tínhamos como fundo musical o hino rio-grandense-do-sul: “Sirvam nossas façanhas de modelo a toda terra”. A ser assim, pobre humanidade... A ser assim, parece que estaremos a negar, aqui no Rio Grande do Sul, nossas tradições castilhistas (Júlio Prates de Castilhos, 1860-1903, Presidente do Estado em 1891, cuja trajetória e ideário marcou decisivamente a política gaúcha desde então, sobretudo durante a 1ª República) e republicanas. Por tudo isso, muito me honraria que a apresentação de meu currículo se limitasse a uma única expressão: “Republicano”.

Aproveito essas observações para lembrar algumas palavras do Ministro Rubens Ricúpero em artigo na Folha de São Paulo deste último domingo (13.09.2009), pertinentes para o tema desta manhã: “A corrupção passou a ser condição da governabilidade. É essa a justificativa de dirigentes de partidos do governo

para sua cumplicidade no enterro dos escândalos parlamentares. A diferença com o regime militar é uma só: substituíram-se a violência e a tortura pela corrupção como suposta condição para ter segurança e governar. Corrupção e violência, ensinava o filósofo Norberto Bobbio, são os dois tipos de câncer que destroem a democracia. No regime militar, sacrificou-se a democracia em nome da segurança, elemento da governabilidade. Hoje a situação mudou e se usa o mesmo pretexto para fazer engolir o conluio ou a indulgência com a corrupção”. E conclui o Ministro: “Não sendo apanágio apenas de um governo, o vício se agrava ano a ano. Nem a seriedade dos últimos escândalos, que comprometem instituições inteiras, conseguiu alterar a complacência dos governos, que pode não ser eterna, mas tem se revelado infinita enquanto dura”.

Bem, o que observamos é que, por mais que a Constituição, e isso o fez a Constituição de 1988, arme o Poder Legislativo com mecanismos de fiscalização e de controle do Poder Executivo – poderíamos até dizer que, por vezes, a Constituição de 1988 ensaia mesmo um cogoverno entre Executivo e Legislativo –, por mais que ela apresente perspectivas inovadoras, as práticas institucionais, o costume constitucional reiteram em certo sentido a experiência de

um presidencialismo imperial, o que remete às nossas raízes históricas. Tinha assim razão Raimundo Faoro quando tentava compreender o país dos anos 50, remontando a história portuguesa do final do século XIV.

A revolução de 1383 em Portugal explica o fortalecimento do absolutismo, do estado absolutista na península ibérica, e o nosso estado colonial sendo em grande parte uma continuidade com relação a essa experiência ibérica, o que repercute na experiência republicana, construindo praticamente um presidencialismo imperial.

A ideia de separação de funções e de poderes estatais remonta à antiguidade clássica, mas um dos seus grandes sistematizadores foi sem dúvida Montesquieu em *Do Espírito das Leis*, de 1748. Entretanto, o que na realidade encontramos em Montesquieu não constitui propriamente uma teoria da separação dos poderes, mas antes uma doutrina da colaboração entre os poderes, tal como destacado no trabalho clássico de Charles Eisenmann *L' 'Esprit des Lois' et la séparation des pouvoirs* de 1933, argumentação essa retomada num segundo texto *La pensée constitutionnelle de Montesquieu* de 1952, ambos marco de interpretação da obra de Montesquieu. Reflexão essa, aliás, também retomada pelo filósofo Louis Althusser no ensaio *Montesquieu. La politique et l'histoire* de 1959.

Destaco do texto de 1933 de Charles Eisenmann algumas poucas passagens: “Assim o regime constitucional descrito no *Do Espírito das Leis* não é um regime da separação das autoridades estatais”; mais adiante: “Assim, a ideia de separar as autoridades estatais está completamente ausente de *Do Espírito das Leis*: ela não se encontra aí nem apresentada, nem formulada”.

Nem apresentada, nem formulada. Concluindo, a última frase destacada do importante texto: “Devemos, pois, renunciar, se temos a preocupação de uma terminologia exata, a designar o sistema de Montesquieu pelo nome de sistema da separação dos poderes”.

Efetivamente, basta lermos o Capítulo VI – Da Constituição da Inglaterra do Livro Décimo Primeiro de *Do Espírito das Leis* para nos certificarmos de que se trata na realidade de uma doutrina da colaboração entre os poderes e não de uma teoria da separação dos poderes.

O dogma ou a teoria da separação dos poderes foi em grande parte uma construção do direito público revolucionário. Tornava-se importante, num contexto de parlamentarismo dualista, afirmar a independência e a soberania do Poder Legislativo.

A Constituição francesa de 1791, por exemplo, chegou ao detalhe, ao requinte de, na eventualidade de um parlamentar assumir um cargo no Executivo, perder automaticamente o

mandato, o que, aliás, poderia ser uma boa alternativa para os dias de hoje no Brasil. Para exatamente afastar qualquer tentativa de cooptação do Legislativo por parte do Executivo. Para finalmente evitar relações espúrias entre Legislativo e Executivo, tal como estamos acostumados no Brasil nos três planos do estado federal: União Federal, Estados Membros e Municípios.

O que encontramos efetivamente na realidade institucional e política da democracia moderna é um sistema de colaboração entre os poderes, de exercício de múltiplas funções, legislativas, político-administrativas e mesmo jurisdicionais por parte dos distintos poderes. Muitas vezes, como recurso didático, recorremos à tentação, à facilidade de distinguir para os alunos o exercício das denominadas funções típicas e atípicas de cada um dos poderes, o que, na realidade, revela-se completamente falso. Como posso afirmar, que funções político-administrativas, funções materiais exercidas pelo Congresso Nacional e suas duas Casas, tal como se expressam nos artigos 49, 51 e 52 da Constituição, funções essas em grande parte de controle e de fiscalização da ação e das políticas do Executivo, por exemplo, de aprovação da lei orçamentária anual e de seu acompanhamento, sejam funções atípicas, sugerindo a ideia de atividade acessória ou secundária. As denominadas funções

atípicas exercidas por cada um dos poderes constituem funções essenciais, exatamente porque o ponto de referência não é uma teoria da separação dos poderes, mas sim uma doutrina da colaboração entre poderes. Isso tudo está claramente presente na obra de Montesquieu.

Nossa constituição avançou significativamente nesse sentido e nessa compreensão. Um dispositivo que merece ser ressaltado hoje na Constituição de 1988 diz respeito à possibilidade de o Congresso Nacional, através de decreto legislativo, “sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites delegação legislativa” (Artigo 49, V). Procedimento de controle de constitucionalidade por órgão político, no caso o Legislativo (Congresso Nacional), e repressivo. Na realidade, tratou-se de retomada de instituto análogo já criado pela Constituição de 1934 (“Artigo 91. Compete ao Senado Federal: ... II, examinar, em confronto com as respectivas leis, os regulamentos expedidos pelo Poder Executivo, e suspender a execução dos dispositivos ilegais”), instituto não reproduzido pelas Constituições posteriores, razão de se poder falar em criação ou, pelo menos, em recriação do instituto. Entretanto, no contexto da Constituição de 1934, tratava-se de mecanismo de controle de legalidade, no contexto da Constituição de 1988,

trata-se, ao contrário, de mecanismo de controle de constitucionalidade. Além disso, enquanto que, sob a égide da Constituição de 1988, diz respeito tanto a regulamentos do Executivo como a leis delegadas, sob a égide da Constituição de 1934 dizia respeito apenas a regulamentos do Executivo, mesmo porque a lei delegada, assim como a lei complementar só vieram a ser criadas pela EC nº 4, de 02.09.1961.

A Constituição de 1934 já introduzira mecanismos ou corretivos parlamentaristas no contexto de um sistema presidencial de governo, ou seja, o reforço das funções de controle e de fiscalização da ação e das políticas do Executivo. A Constituição de 1988 torna-se generosa a esse propósito, pois essa última instrumentalizou, armou o Congresso Nacional e suas duas Casas com inúmeros procedimentos para melhor responsabilizar o Poder Executivo, de tal forma que as decisões administrativas não se tornassem sempre decisões solitárias do Presidente da República.

A par disso, criaram-se igualmente mecanismos de participação social, a criação de inúmeros conselhos sociais de forma a responsabilizar permanente, cotidianamente a administração pública nas mais diversas esferas.

Constatados os limites, no contexto de uma sociedade complexa como a contemporânea, dos procedimentos da democracia meramente representa-

tiva – alguns referem-se mesmo a uma crise de representação das democracias –, foram criados novos mecanismos e organismos de forma a assegurar uma melhor mediação entre o Estado e a Sociedade Civil e na perspectiva de uma democracia participativa têm sido propostos. Entre eles, exatamente os denominados *conselhos sociais* ou ainda *conselhos populares* ou, mais precisamente, *conselhos com participação da comunidade*, as *autoridades administrativas independentes* da linguagem jurídica, categoria nova em que pese se referir muitas vezes a experiências mais antigas, cujo objetivo seria o de procurar favorecer um maior controle social da administração pública.

São geralmente instituídos em áreas sensíveis da atividade social, das liberdades públicas e dos direitos sociais à política de desenvolvimento, com o intuito de evitar a tutela direta ou demasiada do poder público. Limite à ação dos governantes, através de uma maior participação social, ensejam tanto a superação da oposição público x privado, como a despartidarização relativa das funções estatais. Abrandam assim o monolitismo tradicional da administração pública no sentido de um modelo pluralista ou policêntrico de Estado em contraponto ao modelo unitário anterior. Organismos esses que se diferenciam dos simples conselhos consultivos, possuindo um verdadeiro poder de decisão.

Trata-se de um efetivo *direito de participação de certas entidades na definição de políticas públicas*. Direito esse que se radica nas ideias de democratização do Estado e de aprofundamento da democracia participativa. Através desse direito de participação, ele mesmo direito fundamental, asseguram-se melhor os direitos fundamentais constitucionalmente prescritos. Como assinala com precisão Canotilho, sem o direito de participação de certas entidades na definição de políticas públicas “os cidadãos permanecem afastados das organizações e dos processos de decisão, dos quais depende afinal a realização dos seus direitos. ... Quer dizer: certos direitos adquiriam maior consistência se os próprios cidadãos participassem nas estruturas de decisão (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 5.ed. Coimbra: Almedina1991, p. 558)”. Diz respeito à dimensão processual participativa (aquilo que Häberle, citado por Canotilho, designou como *status activus processualis*) dos direitos fundamentais, dimensão essa profundamente renovadora das concepções dos direitos fundamentais.

Conspiram, entretanto e em grande parte, com relação ao desiderato constitucional, as práticas institucionais, reiterando a histórica experiência de um presidencialismo imperial, o que remete a uma discussão,

no plano da teoria constitucional, referente às chamadas modificações não formais das constituições ou modificações informais das constituições ou, ainda, segundo alguns outros, mutações constitucionais, uma expressão que não me parece ser a mais adequada para expressar a generalidade do fenômeno, já que nem todas as modificações não formais das constituições caracterizam-se como inconstitucionais. Ao importar uma expressão de uma área do conhecimento para outra, muitas vezes carregamos certos atributos que eram próprios de um contexto científico determinado para outro quadro científico distinto. A mutação na ciência biológica, na genética significa uma ruptura na transmissão do código genético, distinta da replicação, sugerindo a ideia de irregularidade. Porém, nem todas as denominadas mutações constitucionais são inconstitucionais; algumas são perfeitamente constitucionais, haja vista a jurisprudência dos Tribunais Constitucionais contemporâneos, em grande parte avançando com relação a uma interpretação estritamente silogística ou literal da norma constitucional.

Temos, então, muitas vezes, mutações, ou melhor, modificações não formais das constituições, que não são de forma alguma inconstitucionais. Mas há mutações ou modificações não formais que são

claramente inconstitucionais. Refiro-me, por exemplo, no nosso caso, às medidas provisórias, caso exemplar.

A possibilidade de edição de atos normativos primários por parte do Poder Executivo tornou-se uma exigência do Estado contemporâneo, intervencionista em diversos planos, para fazer face a situações conjunturais, sobretudo econômicas. Esta nova realidade fez com que se superasse o modelo clássico segundo o qual cabia ao Poder Executivo tão somente elaborar normas estritamente subordinadas à lei, os denominados regulamentos de execução. Passou-se, assim, a admitir, desde o início do século passado e nos mais diversos sistemas constitucionais, a competência de o Poder Executivo editar normas com força de lei, atos normativos primários, chamem-se elas lei delegadas, dependentes de autorização prévia do Poder Legislativo, ou decretos leis e medidas provisórias, geralmente sujeitos a apreciação posterior do Poder Legislativo.

Nosso anterior ordenamento constitucional previa tanto as leis delegadas como os decretos leis, estes últimos substituídos, com a promulgação da Constituição de 1988, pelas medidas provisórias, inspiradas na experiência italiana.

O problema diz respeito não propriamente à existência das medidas provisórias, mas ao largo abuso em sua utilização, atestado, por exemplo, antes da promulgação da Emenda

Constitucional nº 32 de 2001, alterando o Artigo 62 da Constituição, por suas contínuas reedições, tornando-as praticamente “permanentes”.

Trata-se de medidas legislativas de urgência, indispensáveis no contexto da sociedade contemporânea; constituem instrumento ágil de intervenção legislativa do Poder Executivo para situações emergenciais, mas foram abastardadas pela prática institucional. Desde já há muito, governa-se através de medidas provisórias. A Emenda Constitucional nº 32 de 2001 tentou aperfeiçoar o *status* constitucional das medidas provisórias, mas ficou aquém do desejável. Assim, continuamos em grande parte ainda a ser governados através de medidas provisórias. Dessa forma, rompemos com a intenção constitucional. Trata-se de uma modificação não formal da Constituição, contrariando a sua inspiração e os seus objetivos.

Então, por mais que façamos, sendo importantes, sem dúvida, mudanças constitucionais ou mudanças infraconstitucionais, enfrentamos sempre alguns pontos de estrangulamento, que dizem respeito sobretudo às práticas inconstitucionais dos poderes, em especial do Executivo.

Gostaria de finalizar, acentuando a importância de resgatarmos, sim, uma cultura republicana, uma cultura política republicana, que não diz respeito propriamente e nem deve dizer respeito simplesmente a um

conhecimento preciso, sistemático e metodológico do que sejam os princípios republicanos. Refiro-me ao que os cientistas políticos e sociólogos caracterizam como *cultura política*, envolvendo afeições, comportamentos, postura, ética, para, enfim, construirmos, uma efetiva república no Brasil, que é um objetivo a ser almejado pela sociedade.

Seguramente, são importantes reformas constitucionais e legislativas para sinalizarem caminhos e marcarem fronteiras. Mas se nós não tivermos um processo de refundação das práticas políticas, das práticas admi-

nistrativas, superando o tratamento da coisa pública como coisa privada, a indistinção entre a dimensão pública e a dimensão privada, que permeiam as três esferas do Estado Federal de maneira geral, ressalvada as justas exceções, não conseguiremos transformar a Constituição em algo querido pela sociedade. Para construirmos sentimento constitucional (Karl Loewenstein) ou vontade de constituição (Konrad Hesse), temos também de lutar pela consciência e pela prática republicanas. Essa a mensagem que gostaria de deixar ao final de minha intervenção.

GRAVAÇÃO CLANDESTINA DE CONVERSA

Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira¹

RESUMO

O artigo traz reflexões sobre aspectos éticos, sociais e jurídicos de gravações clandestinas de conversas particulares.

Descritores: Gravação clandestina: ética. Prova ilícita. Direito à privacidade. Direito ao sigilo. Informação. Comunicação social.

1 INTRODUÇÃO

As gravações de conversas particulares feitas por um dos participantes, sem autorização judicial, demonstram-se manifestamente ilegais. Aliás, nossa orientação jurisprudencial, no-

tadamente a do Supremo Tribunal, não deixa dúvidas quanto à ilegitimidade desse procedimento. Ressalvam-se apenas os casos em que se pretenda resguardar direito individual do autor da gravação, pois é lícito que, em favor de suas prerrogativas pessoais, possa obter provas a si favoráveis, até mesmo como uma forma de legítima defesa, quando houver necessidade de preservar direitos ameaçados.

2 ASPECTOS ÉTICOS, SOCIAIS E JURÍDICOS

Mas não precisamos nos socorrer de soluções jurídicas para bem formar um juízo ético sobre tais espécies de gravações clandestinas.

¹ Professor Adjunto de Ciências Penais da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4217676P6>. Endereço profissional: Av. João Pessoa, 80, térreo, Centro, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil, CEP 90.040-000. Endereço eletrônico: marcoaurelio@moreiradeoliveira.com.br.

Se fosse eticamente sustentável realizar uma gravação sobre conversas particulares, sem conhecimento do interlocutor, ingressaríamos em uma fase social de profundo desconforto, de incertezas sobre o limite do relacionamento humano, de intranquilidade e, certamente, partiríamos para um isolamento capaz de mumificar a sensibilidade dos homens.

A gravação clandestina, se fosse eticamente saudável, reviveria o velho discurso que defende serem os meios justificados pelos fins.

Ora, os seres humanos necessitam confiar uns nos outros; e se alguém procura outrem para trocar ideias deve ter a certeza de estar estabelecendo uma confiança recíproca. A desconfiança nos seres humanos, gerada pela permissibilidade de fraudar o sigilo de uma conversa, mata o convívio, cria insegurança, semeia desesperança. Em quem posso confiar? As confidências tornam-se impossíveis.

O exame jurídico desse tipo de conduta está perfeitamente estabelecido por nossa melhor jurisprudência; mas não é o direito que deve resolver a questão. É a necessidade de convívio, de crença em outra pessoa.

Se alguém procurasse outrem, o visitado deveria ter, pelo menos, a cortesia de advertir o interlocutor de que não compartilhava de suas opiniões e que interrompia a conversa para não

ficar desconfortável. Incentivá-la, pretender dar ao outro a falsa impressão de que tudo ficaria em sigilo, é agir de modo atentatório à ética, pois esta é regida pela finalidade de se estabelecer uma afinidade. Ingressando o outro em uma linha censurável, ponha-se fim à conversa. Que, ao se separarem, após o abortamento da tentativa de um acerto inaceitável, cada qual leve em sua inteligência e em seus sentimentos a censura pelo inaceitável e o repúdio pelo ofensivo.

Leve-se em conta, ainda, o que dispõe o art. 5º, LVI, da Constituição, que determina a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos; regra destinada a salvaguardar os direitos individuais (BRASIL, 2008). Aliás, há de se considerar que somente se permite a admissão, no processo de provas ilícitas, provenientes da “árvore envenenada”, se beneficiarem o acusado. Nesse caso, as provas ilícitas são válidas por se destinarem a resguardar direitos individuais que não apresentem outra forma de provar inocência. Daí há de se concluir, também, que as gravações clandestinas são inadmissíveis, salvo, como proclamam nossas cortes de Justiça, para a defesa de alguém.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É assustadora a repetição constante de condutas carentes de ética ao

deixarem de respeitar o conceito de que as ações humanas devem guardar conformidade com os justos fins da vida social e do dever de resguardo à privacidade inerente às prerrogativas dos cidadãos. Somente as autoridades

com atribuições de investigar atos ilícitos, assim mesmo, autorizadas por decisão judicial respaldada pelo dever de imparcialidade dos juízes, podem quebrar, excepcionalmente, um sigilo constitucionalmente assegurado.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 368 p. (Coleção Saraiva de Legislação).

EQUIDADE E RAZÃO PRÁTICA NA DECISÃO JUDICIAL: Algumas Reflexões de Teoria Geral do Direito e de História do Pensamento Jurídico¹

Klaus Cohen-Koplin²

RESUMO

O artigo traz reflexões sobre equidade e razão prática, na decisão judicial, no âmbito da teoria geral do direito e da história do pensamento jurídico.

Descritores: Equidade. Decisão judicial. Tribunal: decisões. Teoria geral do Direito. Pensamento jurídico.

1 INTRODUÇÃO: o problema central

A presente comunicação versará sobre a equidade como meio de correção da lei, por parte do juiz, no caso concreto.

Logo se poderia discutir se seria realmente necessário algum tipo de correção em face da situação específica, e por qual razão. A

1 Versão editada da comunicação apresentada na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), In: COLÓQUIO SUL-AMERICANO DE REALISMO JURÍDICO, 7.; CONGRESSO SUL-AMERICANO DE FILOSOFIA DO DIREITO, 4., 6-7 out. 2008, Porto Alegre, RS. Anais... Porto Alegre: Instituto Jacques Maritain do Rio Grande do Sul, 2008. 1 CD-ROM.

2 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor Titular de Teoria Geral do Direito e Direito Processual Civil na Faculdade de Direito do Centro Universitário Ritter dos Reis (UniRitter), Campus de Porto Alegre, Rio Grande do Sul. Professor Auxiliar de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da Instituição Educacional São Judas Tadeu. Professor Substituto de Direito Processual Civil na Faculdade de Direito da UFRGS. Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4751020T3>. Endereço profissional: Rua Santos Dumont, 888, Niterói, CEP 92120-110, Canoas, RS, Brasil. Endereço eletrônico: koplin2@yahoo.com.

motivação consiste naquela fornecida por Aristóteles, na *Ética a Nicômaco*: por causa do distanciamento entre a regra geral, estabelecida pelo legislador tendo em vista o que ordinariamente acontece, e um evento particular que, sem embargo de estar formalmente incluído nas palavras do texto legal, seja tão específico que se afaste daquela situação comum que o legislador teve em conta ao elaborá-lo.

As grandes questões que se colocam, portanto, são as seguintes: seria essa fratura suficiente para permitir ao aplicador (mais especificamente, o juiz) afastar-se da regra geral? Estaria ele autorizado, em face das circunstâncias específicas, a abandonar a disposição legal e a estabelecer, por conta própria, uma disposição considerada mais adequada a essa realidade? Em caso positivo, sobre que bases?

É possível ilustrar essa problemática com dois exemplos subministrados pelo direito comparado. De fato, ninguém ignora que determinados sistemas jurídicos, como o brasileiro e o espanhol, consagram disposições gerais a respeito da utilização da equidade nas decisões judiciais, em matéria cível. Assim, o artigo 127 do Código de Processo Civil brasileiro vigente

veda, à primeira vista, o seu emprego, estabelecendo, de forma contundente, que “o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei” (Brasil, 2005). O artigo 3.2 do Código Civil espanhol, por seu turno, de forma aparentemente contrastante com essa regulamentação, admite claramente o emprego da equidade, dispondo, de maneira bem mais detalhada do que o do país sul-americano, em tradução livre, que “a equidade deverá ser ponderada na aplicação das normas; todavia as resoluções dos Tribunais somente poderão repousar de maneira exclusiva nela quando a lei o permitir expressamente”³ (Espanha, 1995, tradução livre).

Tomando como motivação essa aparente contradição, cumpre examinar, em primeiro lugar, as principais manifestações do positivismo jurídico dos séculos XIX e XX, bem como seus críticos, a fim de que se perceba o tratamento insatisfatório que conferiram à problemática antes levantada. Em seguida, procede-se à apresentação da resposta fornecida pelo jusnaturalismo clássico (aristotélico-tomista), analisando-se a maneira como essa linha de pensamento se propõe a solucionar as questões implicadas decorrentes da tensão entre a lei geral e o caso concreto. Segue-se, finalmente,

3 “La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita” (Espanha, 1995).

uma apreciação das principais conclusões alcançadas, enfocando-se a interpretação mais adequada do ponto de vista da filosofia do direito, que se deve conferir aos dispositivos legais mencionados acima.

2 RESPOSTAS INSATISFATÓRIAS FORNECIDAS PELO POSITIVISMO JURÍDICO

Em primeiro lugar, destaca-se aquela que pode ser considerada, talvez, como a versão mais radical do positivismo legalista do século XIX, a saber, a Escola da Exegese (*école de l'exégèse*).

Com efeito, para os exegetas franceses, a primeira das questões antes anunciadas simplesmente não se coloca, já que a aplicação do direito resulta de um processo puramente lógico, de caráter silogístico, consistente na subsunção dos fatos à norma jurídica. De fato, em termos de Teoria Geral do Direito, uma vez constatado pelo aplicador que o caso específico se enquadra formalmente na hipótese jurídica (suporte fático abstrato) da norma, não lhe resta outra alternativa que não a concretização da consequência jurídica prevista pelo legislador (Perel-

man, 1976, p. 24-25). Trata-se daquilo que Vittorio Frosini denomina “juízo de legalidade” (1974, p. 42-43).

A situação se torna mais grave quando referida especificamente ao juiz. Como se sabe, em razão da doutrina da separação de poderes (idealizada pelo Barão de Montesquieu e implementada na Constituição dos Estados Unidos da América e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789), não compete ao magistrado julgar a lei, mas decidir de acordo com ela. Nessa linha, recorda Norberto Bobbio a respeito dos fatores histórico-ideológicos que contribuíram para o estabelecimento do método exegético, que, por causa dessa doutrina, “o juiz não poderia criar o direito, caso contrário invadiria a esfera de competência do Poder Legislativo, mas devia, de acordo com a imagem de Montesquieu, ser somente a boca através da qual fala a lei” (Bobbio, 1995, p. 79).

Dentro desse contexto, como afirma Carlos Ignacio Massini-Correas, “não pode haver equidade se a única fonte do direito é a lei escrita e se, ademais, ela deve ser aplicada dedutivamente a partir dos textos considerados em seu mais estrito sentido linguístico” (Massini-Correas, 1983, p. 223).⁴

4 “no puede haber equidad si la única fuente del derecho es la ley escrita y si, además, ella debe ser aplicada deductivamente a partir de los los textos considerados en su más estricto sentido linguístico” (Massini-Correas, 1983, p. 223).

De outro lado, conforme ensina Franz Neumann, a equidade sempre foi concebida, pela teoria jurídica liberal, como empecilho para realização do valor segurança jurídica, por comprometer a calculabilidade e a confiança nas relações econômicas (e, conseqüentemente, a expectativa de cumprimento das obrigações contratuais) (D’Agostino, 1977c, p. 28-29; Grau, 2004, p. 27).⁵ Daí a instituição de um verdadeiro culto ao texto da lei como condição então vista como necessária à manutenção da liberdade individual.

Ademais disso, deve-se sublinhar a imensa contribuição prestada pelo Iluminismo a esse estado de coisas. De fato, o movimento em questão, ao acentuar a racionalidade teórica matemática, desvalorizou completamente a razão prática tal como entendida pela filosofia aristotélico-tomista (ou seja, a excelência no raciocínio prático ou prudência) e, conseqüentemente, a equidade que, conforme se verá mais adiante, encontra-se em estrita dependência dessa última.

Não se mostra substancialmente a situação nos territórios alemães. De fato, a Escola Pandectista (*Pandektenwissenschaft*) compartilhou da mesma visão, embora de maneira

um tanto distinta. Nesse sentido, Bernhard Windscheid, um dos nomes mais destacados dessa linha de pensamento, após afirmar que somente o direito equitativo seria o verdadeiro direito, e que a equidade seria a “estrela guia” (*Leitstern*) a indicar-lhe o caminho a seguir, iluminando-o como um ideal, julgou-a ao final inútil, pois “este mundo não é o mundo no qual os ideais se realizam” (Windscheid, 1854, p. 10-11). O direito, para ser aplicável, deve estabelecer-se como regra. Pode certamente ocorrer, sublinha Windscheid, que o caso individual seja subsumido a uma regra que não corresponda realmente ao seu bom direito. Nesse caso, o sentimento de equidade que resta ferido não deve irromper em acusações irracionais ou em lamentos infantis; deve, antes, consolar-se com a constatação de ter sido sacrificado para tornar possível a existência do direito em geral (D’Agostino, 1977c, p. 22).

Tais excessos em que incorreram tanto a Escola da Exegese quanto a Ciência das Pandectas justificaram o surgimento, no final do século XIX e no começo do século XX, de diversas correntes críticas de pensamento, apresentando alternativas metodológicas em relação ao paradigma positivista. Assim, no

5 NEUMANN, Franz Leopold [1900-1954]. Autor de *The Rule of Law: political theory and the legal system in modern society*. UK: Leamington, 1936.

contexto francês, pode-se recordar a *Livre Investigação Científica (libre recherche scientifique)* de François G ny. Na Alemanha, encontram-se a Jurisprudência dos Interesses (*Interessenjurisprudenz*), proposta por Rudolph von Jhering e desenvolvida por Philipp Heck, e o Movimento do Direito Livre (*Freirechtsbewegung*), de Eugen Ehrlich y Herrmann Kantorowicz.⁶

Se acarretaram importante revisão na metodologia do Direito da virada do século passado, a verdade é que nenhum desses movimentos logrou fornecer adequada resposta aos questionamentos antes formulados.

G ny, por exemplo, imaginou haver na equidade duas noções distintas: ou um tipo de instinto, sem qualquer referência ao exercício da razão, ou a adaptação da ideia de justiça aos fatos, tomando em conta suas circunstâncias particulares, sendo que, nesse último caso, restaria fora dos domínios da ciência jurídica, da variedade ao infinito dos elementos concretos de cada caso particular (G ny, 1919, p. 111-113). Como observa Francesco D’Agostino, em suma, essa visão implica negar à equidade qualquer possibilidade de sistematização científica (1977c, p. 21).

A Jurisprudência dos Interesses, de outra parte, pretendeu efetuar uma

virada metodológica em relação ao formalismo pandectista, substituindo o “primado da lógica” pelo “primado da vida e da indagação da vida”. Nessa linha, esclarece Karl Larenz, a partir de uma passagem de Philipp Heck, que o objetivo final “da atividade judicial e da resolução pelo juiz dos casos concretos é [...] ‘a satisfação das necessidades da vida, a satisfação das apetências e das tendências apetitivas, que materiais, quer ideais, presentes na comunidade jurídica’ ” (Larenz, 1997, p. 64).

Já o Movimento do Direito Livre (especialmente nas elaborações de Hermann Kantorowicz e, mais ainda, de Hermann Isay) reduziu o julgamento do caso concreto a mera expressão do sentimento jurídico ou a manifestação da vontade do julgador, uma vez que o valor *justiça* não seria suscetível de ser apreendido por meio da razão (Larenz, 1997, p. 80-81).

Ambas as vertentes do positivismo europeu continental do século XIX se refletem, de certa maneira, na concepção desenvolvida na obra de Hans Kelsen.

Não surpreende, nesse contexto, que o autor austríaco proclame a relativa indeterminação do ato de aplicação do direito. Segundo exposto no Capítulo VIII da segunda edição de sua *Teoria Pura*, o direito a

⁶ Para um balanço geral de tais movimentos, cf. Manuel Calvo García (1994, p. 101-115).

aplicar poderia ser comparado a uma moldura destinada a ser preenchida pelo aplicador, o que daria origem a várias possibilidades de interpretação. A seleção daquela a ser adotada dependeria fundamentalmente de um em ato de vontade, portanto, de um ato político. Nessa perspectiva, a verdadeira interpretação autêntica do direito seria aquela realizada pelo juiz ao julgar determinado caso específico. A sentença, por sua vez, não seria senão criação de uma norma jurídica individual (Kelsen, 1998, p. 388-393).

O papel atribuído à ciência do direito, como se sabe, consistiria na “pura determinação cognoscitiva do sentido das normas jurídicas”; resumir-se-ia, portanto, à tarefa vazia de fornecer ao órgão encarregado da aplicação do direito uma gama de sentidos possíveis, competindo a esse último a seleção do sentido mais adequado, do ponto de vista político subjetivo (Kelsen, 1998, p. 395-396).

Não é necessário insistir que essa visão, pelo menos nos termos mais radicais propostos por Kelsen, não foi aceita pela teoria do direito contemporânea, que exige a apresentação de razões justificativas para a decisão judicial, que já não pode ser encarada, portanto, pelo menos sob o prisma discursivo, como simples ato de vontade ou decisão política do juiz.

Subjaz a todas essas concepções a ideia de que o Direito constitui mera

expressão da vontade, conforme a conhecida fórmula de Thomas Hobbes: é a autoridade (isto é, a “vontade”), não a verdade (que, nesse contexto, pode perfeitamente ser entendida como “razão”) que estabelece a lei (*auctoritas, non veritas, facit legem*). E isso tanto no processo de criação do direito (“vontade da lei”) quanto no mecanismo de aplicação do direito ao caso (“vontade do juiz”, segundo a concepção de Kelsen). Por conseguinte, degradando o jurídico ao mero arbítrio, nenhuma dessas visões mostra-se capaz de solucionar adequadamente, em termos objetivos, os problemas levantados na introdução deste trabalho.

3 RESPOSTA DO JUSNATURALISMO CLÁSSICO

Diante da inaptidão demonstrada pelo pensamento jurídico moderno, parece adequado investigar mais de perto a proposta do pensamento clássico.

De fato, é sabido que o posicionamento aristotélico a respeito da questão antes formulada consiste na adaptação da lei ao caso específico, em atenção à classe de justiça denominada *epiékheia*. E isso, no que diz respeito ao segundo questionamento apresentado na introdução deste estudo, em razão da excessiva generalidade de que se encontra imbuído o preceito legal,

em contraste com a especificidade do caso concreto.

Convém, portanto, acompanhar a solução dada por Aristóteles à aparente aporia entre o justo e o equitativo. O equitativo é de fato justo, mas não segundo a lei. Trata-se, na verdade, de uma correção do justo estabelecido pela lei, no ponto em que se mostra defeituosa em virtude de sua generalidade. Em verdade, embora sendo a lei uma norma universal, não lhe é possível tratar universalmente de certos casos particulares. Em tais situações, leva-se em conta o que ocorre na maior parte dos casos, sem ignorar, contudo, os erros de aproximação que disso possam resultar. Nem por isso a regra deixa de ser correta em si mesma, pois o erro não está na lei ou no legislador, mas na natureza mesma da coisa: a ação prática humana, que é sempre irregular e contingente. Portanto, quando a lei estabelece algo em geral, e em seguida sucede algum evento que não se encaixa nessa previsão, mostra-se legítimo, no ponto em que o legislador se omitiu, pecando por excesso de generalização, corrigir a omissão e considerar prescrito aquilo que o próprio legislador diria

se estivesse presente e que teria feito constar no texto da lei se conhecesse o caso em questão. Assim, como nem tudo pode ser estabelecido pela lei (pois existem casos a respeito dos quais é impossível legislar), mostra-se necessário estabelecer uma resolução particular (*pséphisma*) adaptada à situação concreta⁷ (Aristóteles, 2003).

Em resumo, conforme essa concepção, não é que a lei (lei no sentido próprio do termo, ou seja, a boa lei, a lei razoável) esteja equivocada ou seja injusta em si mesma. Pelo contrário: o caso é que se mostra demasiado particular, alheio a qualquer possibilidade de universalização, por isso mesmo afastando-se da situação de fato padrão tomada em conta pelo legislador quando da elaboração da regra. S. Tomás de Aquino, interpretando o pensamento aristotélico, acrescenta que, em alguns casos, observar a lei é contra a igualdade da justiça e contra o bem comum, que a própria lei tem em vista⁸ (Aquino, 1952).

Nessa linha, a primeira possibilidade que se abre ao julgador (não por acaso chamado pelo estagirita de “a justiça animada”)⁹ (Aristóteles, 2003), como forma de implementar a

7 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1137 b 10-25.

8 AQUINO. *Summa Theologiae*, II-II, q. 120, a. 1, resp.

9 ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1132 a 20.

dita correção, consiste em não aplicar a regra geral ao caso particular. Não resta excluída, outrossim, segundo se deduz das ideias expostas por Aristóteles na *Retórica* e na própria *Ética a Nicômaco*, a mitigação dos rigores da lei como forma de melhor adaptação do texto aos fatos¹⁰ (Barzotto, 2000, p. 172-173).

Como sublinha, novamente, Massini-Correas, esse tipo de decisão não significa que o magistrado vá fazer algum juízo de valor acerca da justiça da lei, considerada em si mesma, senão apenas de sua aplicabilidade à situação específica¹¹ (1983, p. 212). A equidade não implica, por conseguinte, nenhum tipo de revolução do aplicador contra a lei, mas verdadeira insistência na preservação de seu campo legítimo de autonomia e de incidência.

Conforme observa John Finnis, verifica-se o distanciamento apenas

da *letra* da lei, a fim de restar preservada a verdadeira *intenção do legislador*. Ou seja, a *epiékheia* procura atender ao espírito mesmo da lei, deixando em segundo plano a sua formulação linguística, essa última sempre limitada pelo horizonte daquilo que se pode dizer em termos gerais¹² (Finnis, 1994).

Dessa forma, observa-se ser apenas aparente a aporia acima referida, pois o estabelecimento de disposições universais visando ao bem comum revela-se de fundamental importância para o convívio na comunidade política. Daí a definição tomista de lei como “ordenação da razão prática, voltada para o bem comum, promulgada por aquele que cuida da comunidade”¹³ (Aquino, 1952). De resto, e na mesma linha, recorda a Compilação de Justiniano da regra geral segundo a qual se deve

10 Não se exclui, ainda, uma terceira função desempenhada pela *epiékheia*, a saber, o preenchimento das lacunas da lei, problema, no entanto, que resta excluído dos limites deste estudo.

11 Na base dessa percepção, aliás, encontra-se a doutrina de S. Tomás de Aquino, exposta na *Summa Theologiae* (II-II, q. 120, a. 1, ad 2).

12 “the justice of acting according to a common rule (II-II q. 157 a. 2 ad 2), i.e., according to all relevant laws, divine or human (II-II q. 79 a 1c and 3c) – in the first instance according to their letter, but more fundamentally and ultimately according to the intent (always to be assumed to be just and reasonable) of their author(s): the radical justice of equity {aequitas, epiékheia} wich departs from the common rule in its common (usual) meaning in order do uphold the rule in its true sense all things considered” (Finnis, 1994, p. 216).

13 AQUINO. *Summa Theologiae*, I-II, q. 90, a. 4, resp.: “quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet, promulgata”.

julgar com base nas leis, não a partir de exemplos particulares (*non exemplis, sed legibus iudicandum est*).¹⁴

Como conclusão parcial, percebe-se que a equidade, segundo a tradição do jusnaturalismo clássico aristototélico-tomista, consiste em uma forma de justiça superior à “justiça legal” (mas não ao justo natural) (Aquino, 1969, p. 324), ou seja, à aplicação pura e simples da lei positiva ao fato que, não obstante esteja enquadrado formalmente na literalidade de seu texto, produz consequências que não foram sequer imaginadas pelo legislador.

É bem de ver que a linha de pensamento clássica em questão não identifica na utilização da equidade nenhum visio de subjetivismo, arbitrariedade ou voluntarismo por parte do julgador. Pelo contrário, a *epiíkeia* resulta do exercício do raciocínio prático aperfeiçoado pelas virtudes morais e intelectuais (especialmente pela mais destacada dessas últimas no campo prático, que é a *phrónesis*, também chamada discernimento ou prudência)e, portanto, procura oferecer critérios objetivos para orientar a atuação humana (D’Agostino, 1977b, p. 53-55).

Como bem sintetiza Francesco D’Agostino, “a equidade não remete a decisões irracionais ou parciais,

mas a uma específica forma de juízo, nem silogístico, nem entimemático, nem teórico, nem tópico, mas *prático*, fundado, por conseguinte, sobre a prudência, mais exatamente sobre aquela particular atualização dela que Aristóteles denominou *gnome*, que não seria excessivo definir como ‘prudência jurídica’” (D’Agostino, 1977c, p. 41).

Segundo se percebe, o funcionamento do “juízo de equidade”, segundo a expressão de Vittorio Frosini (1974, p. 42-43), somente pode ser explicado, em termos clássicos, à luz do raciocínio prático-prudencial. Este, por sua vez, encontra-se dirigido à percepção da verdade prática, isto é, a identificação da decisão a ser tomada em dada situação concreta. Decisão essa que não é constituída, mas simplesmente captada pelo julgador a partir da realidade, sem se distanciar do horizonte do *problema*, com o que resta assegurada a perfeita objetividade da decisão por equidade.

O exercício da prudência remete, no entanto, para a presença constante da lei natural e do justo por natureza. Daí a visão, realçada especialmente pela tradição tomista, da equidade como uma forma de acesso ao direito natural.

Em síntese, seja como forma de temperamento dos rigores da lei,

14 C. 7, 45,13.

seja como “momento operativo” da *phrónesis* (D’Agostino, 1977a, p. 74), seja como forma de acesso racional ao justo por natureza, é certo que a equidade se revela insuscetível de ser eliminada da experiência jurídica, pois, como destaca Sergio Raúl Castaño, “este racional (ou seja, a lei), enquanto regra prudencial, não poderia deixar de atender à indeterminação inerente à matéria a que se aplica”, a saber: a conduta humana¹⁵ (Castaño, 1995, p. 95). Justamente por isso, o aquinate a definiu como regra superior dos atos humanos (*superior regula humanorum actuum*)¹⁶ (Aquino, 1952).

4 CONCLUSÕES

Como visto, a aplicação da equidade remete não a um julgamento subjetivo, voluntarista, emotivista, mas a uma decisão objetivamente verificável, constituindo exercício da prudência enquanto excelência do raciocínio prático.

Justamente por isso, a equidade não logrou encontrar espaço no pensamento jurídico moderno, seja naquelas duas versões surgidas no século XIX, seja nas diversas linhas de pensamento que, na virada do século

XIX para o século seguinte, tentaram estabelecer-se como propostas alternativas ao estrito normativismo professado pela escola positivista. E isso, fundamentalmente, em virtude do voluntarismo e consequente negação da racionalidade prática, inerente a todas essas visões.

A ideia, demonstrada e defendida no presente estudo, consiste em que apenas uma teoria do direito jusnaturalista, de corte clássico, aristotélico-tomista, encontra-se em condições de lidar adequadamente com a permanente tensão entre o geral da lei e a particularidade do caso, e isso por meio do recurso à equidade, compreendida como “momento operativo” do raciocínio prático virtuoso.

À luz dessas considerações, percebe-se que a única interpretação razoável que se pode extrair do artigo 127 do Código de Processo Civil brasileiro é no sentido de que a proibição aí estabelecida dirige-se ao emprego do *sentimento pessoal de justiça do juiz* como motivo determinante da decisão judicial (percepção, que, convém insistir, nada tem a ver com a equidade clássica). Em outros termos, o veto legal se dirige ao emprego daquele juízo político, meramente voluntarista, de

15 “este racional (o sea, la ley), en tanto regla prudencial, no podría dejar de atender a la indeterminación raigal de la materia a la que se aplica” (Castaño, 1995, p. 95).

16 AQUINO, *Summa Theologiae*, II-II, q. 120, a. 2, resp.

que falava o ilustre autor da *Teoria Pura do Direito*.

Ao contrário, a equidade entendida como correção da lei geral em virtude das especificidades do caso particular não é susceptível de ser eliminada da experiência jurídica, já que pertence, como se pode extrair do conjunto dos textos aristotélicos, à essência mesma do ato de julgar. Conclui-se, portanto, que proibir a equidade no sentido clássico não é a interpretação que razoavelmente se pode atribuir ao

mencionado preceito. Mais explícita, sem dúvida, se mostra a dicção do artigo 3.2 do Código Civil espanhol, que reconhece positivamente a incidência da equidade na aplicação de todas as regras legais, ainda que exclua a sua aplicação exclusiva.

Em suma, observa-se que, sem afirmar a racionalidade da lei e da decisão judicial, é impossível compreender e aceitar o exercício da equidade por ocasião da aplicação do direito pelo Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

- AQUINO, Santo Tomás de [1225-1274]. *Sententia Libri Ethicorum: cura et studio fratrum predicatorum*. In: AQUINO, Santo Tomás de. *Opera omnia: iussu Leonis XIII P. M. edita*. Romae: Ad Sanctae Sabinae, 1969. v. 47.
- AQUINO, Santo Tomás de [1225-1274]. *Summa theologiae: cura fratrum eiusdem ordinis*. Matriti: Biblioteca de Autores Cristianos, 1952. v. 2 (Prima Secundae) e v. 3 (Secunda Secundae).
- ARISTÓTELES [384-322aC]. *Ética nicomachea*. Introdução, tradução, note e apparati di Claudio Mazzarelli. 3. ed. Milano: Bompiani (testi a fronte), 2003.
- BARZOTTO, Luis Fernando. *O direito ou o justo: o direito como* objeto da ética no pensamento clássico. *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito [UNISINOS]*, São Leopoldo, p. 159-184, 2000.
- BOBBIO, Norberto [1909-2004]. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Trad. e notas de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995.
- BRASIL. *Código de processo civil*. São Paulo: Vértice, 2005. 480 p.
- CALVO GARCÍA, Manuel. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1994.
- CASTAÑO, Sergio Raúl. *La racionalidad de la ley*. Buenos Aires: Ábaco, 1995.

- CORPUS iuris civilis. Recognovi Paulus Krueger. 6. ed. Berolini apud Weidmannos, 1954. v. 2 (Codex iustinianus).
- D'AGOSTINO, Francesco. Appunti per una teoria dell'epikeia. In: D'AGOSTINO, Francesco. *Dimensioni dell'equità*. Torino : Giappichelli, 1977a. p. 59-109.
- D'AGOSTINO, Francesco. È censurabile la motivazione delle sentenze d'equità? In: D'AGOSTINO, Francesco *Dimensioni dell'equità*. Torino: Giappichelli, 1977b. p. 47-57.
- D'AGOSTINO, Francesco. L'Equità come limite trascendentale del diritto. In: D'AGOSTINO, Francesco *Dimensioni dell'equità*. Torino: Giappichelli, 1977c. p. 13-45.
- ESPAÑA. *Código civil*. 18. ed. Madrid: Civitas, 1995. 636 p. (Civitas. Biblioteca de Legislación).
- FINNIS, John. **Aquinas**. Oxford: Oxford University Press, 1994.
- FROSINI, Vittorio [1922-2001]. L'equità nella teoria generale del diritto. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Uberlândia*, Uberlândia, v. 4, n. 1/2, p. 35-51, 1974.
- GÉNY, François [1861–1959]. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. 2. ed. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1919. v. 2.
- GRAU, Eros Roberto. Equidade, razoabilidade e proporcionalidade. *Revista do Advogado (AASP)*, São Paulo, n. 78, p. 27-30, set. 2004.
- KELSEN, Hans [1881-1973]. *Teoria pura do direito*. Trad. de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- LARENZ, Karl [1903-1993]. *Metodologia da ciência do direito*. Trad. de José Lamego. 3. ed. Lisboa: Gulbenkian, 1997.
- MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio. *La prudencia jurídica*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1983.
- PERELMAN, Chaïm [1912-1984]. *Logique juridique: nouvelle rhétorique*. Paris: Dalloz, 1976.
- WINDSCHEID, Bernhard [1817-1892]. *Recht und rechtswissenschaft*. Greifswald: Königl. Universitäts-Buchdruckerei von F. W. Kunike, 1854.

A *COMMON LAW* E A *EQUITY* DO DIREITO ANGLO-SAXÔNICO

Peter Walter Ashton¹

RESUMO

O artigo trata dos temas: *common law*, *equity* (equidade), os efeitos das leis de judicatura (*judicature acts*), outras cortes (jurisdições) inglesas, *probate* e administração, casamento e divórcio, *admiralty*.

Descritores: *Common law*. Equidade. Decisão judicial. Tribunal: decisões. Regulamentos Administrativos. Suprema Corte: Estados Unidos da América. Direito anglo-saxônico: história. John Forrest Dillon. Edward Coke (*Lord Coke*).

1 INTRODUÇÃO

John Forrest Dillon, advogado americano nascido em Montgomery County, Estado de New York, em 1831, formou-se primeiramente médico pela Universidade de Iowa. Não desejando seguir a carreira de médico, passou a estudar Direito. Foi admitido à *Bar Association* em 1852, foi eleito promotor público em 1855 e em 1858 foi eleito juiz do Sétimo Distrito Judicial da Corte de Justiça do Estado de Iowa. Promovido, passou a integrar o Tribunal de Justiça de Iowa, presidindo a Corte Máxima daquele

1 Professor Titular e Coordenador de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Professor Voluntário na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), tendo sido Professor Catedrático nessa Universidade até 1997, Diretor e Vice-Diretor da Faculdade de Direito. Advogado. Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4794811Z5>. Endereço profissional: Av. Ipiranga, 6681, Partenon, Porto Alegre, RS, Brasil, CEP 90.619-900. Endereço eletrônico: peter.ashton@pucls.br .

Estado da federação americana pouco depois, até 1869, ano em que foi nomeado Juiz Federal do Oitavo Circuito Judicial Federal. Em 1879 deixou a magistratura federal e aceitou convite da Columbia University para lecionar Direito. A partir de 1882, passou a advogar em New York até a sua morte em 1914.

Publicou um tratado sobre “Municipal Corporations” e uma biografia do Ministro da Suprema Corte dos Estados Unidos “Chief Justice Marshall”.

Também pesquisou as origens da *common law* inglesa, tendo escrito interessante artigo, no qual registra o que a seguir tomamos a liberdade de resumir.

2 COMMON LAW

Logo no início da sua pesquisa, John F. Dillon afirma que a *common law*, bem como as instituições que desenvolveu e outras que já existiam quando se formou, apresenta-se tomada pelo espírito da LIBERDADE, ca-

racterística que a distingue de todos os outros sistemas jurídicos e que transfere, de maneira peculiar, às instituições de um povo que se autogoverna.

Assinala Dillon que pesquisas várias, com resultados firmemente estabelecidos, comprovaram que os germes e elementos básicos da *common law* e das instituições políticas inglesas são de origem germânica. Os conquistadores e invasores da Grã-Bretanha, os saxões, certamente não eram apenas exércitos de homens armados, invasores. Eles migraram para a Inglaterra durante séculos, trazendo as suas famílias e formando as suas comunidades. Que tipo de homens eram eles? O historiador francês Guizot² registra o fato que o traço característico, fundamental, destes saxões, frísios e anglo-germânicos, era seu sentimento pessoal poderoso de independência e individualidade. Afirma Guizot que foram esses povos, principalmente os saxões, que introduziram esse sentimento de independência pessoal, esse amor à liberdade individual na civilização europeia. Contrasta

2 FRANÇOIS PIERRE GUILLAUME GUIZOT (1787-1874). Historiador e político francês. Nascido em Nimes Huguenote. Professor de História Moderna na Sorbonne 1812. Livros: *Mémoires relatifs à l'histoire de France jusqu'au 13^e siècle* (31 vols) e *Mémoires relatifs à la Révolution d'Angleterre* (25 vols). Ministro de Educação da França. 1832. Embaixador em Londres. Pesquisador histórico. Traduziu Shakespeare para o Francês.

esse sentimento libertário com o posicionamento dos romanos e com a antiga igreja Cristã, pré-medieval, e das demais civilizações da Antiguidade que desconheciam e não cultivavam esse sentimento de liberdade individual. Afirma Guizot, ainda, que a liberdade encontrada nas antigas civilizações, é uma liberdade política, a liberdade do cidadão, mas não a liberdade pessoal, do homem ele próprio, cultivada pelos antigos saxões e anglos.

Invadindo a Inglaterra, conquistando territórios e os colonizando, fundando comunidades esses povos germânicos, vindos de terras onde as águias das legiões romanas nunca tinham sido vistas, ou apenas passageiramente, com as incursões pontuais e momentâneas de *Drusus* e *Germânicus*, trouxeram sua língua, sua religião, seus costumes, suas leis e suas organizações e instituições, todas elas indígenas, tribais, sem traços ou resquícios do direito romano e das instituições romanas. Nada tomaram de empréstimo da Antiguidade ou de povos circundantes. Fundaram e construíram, através dos séculos por intermédio dos seus

sucessores e descendentes as suas próprias instituições baseadas em modelos próprios.

Macaulay,³ jurista, político e historiador inglês, afirma que os fundamentos da constituição inglesa foram lançados por homens que, à época, nada sabiam dos gregos, tampouco do papa e da religião católica.

Os que vieram após os fundadores, se contentaram com melhorias no plano original. Construíram e elaboraram modelos jurídicos autóctones e, portanto, não procuraram modelos no estrangeiro.

O autor da obra *The Spirit of the Laws* analisando o sistema de travas e balanceamentos da constituição inglesa, afirma: “este belo sistema foi encontrado nas florestas germânicas”.

Esse amor e dedicação à liberdade e à independência pessoal passou a ser superposto às instituições que esses povos germânicos fundaram e elaboraram.

Há divergências acadêmicas sobre e até que ponto o direito romano existente à época da invasão e colonização germânica na Inglaterra, teria sido adotado ou incorporado em leis, usos, costumes e instituições

3 THOMAS BABINGTON MACAULAY (1800-1859). 1º st. Baron of Rothley Temple, Leistershire. Político Escritor. Admitido: Bar 1826 legal carcer “Milton” (obra). Edinburgh Review MP = Member of Parliament. Legal adviser to The Supreme Council of India. Obra: History of England from the accession of James II.

inglesas. Mas há concordância geral que o espírito libertário anglo-saxão estava embutido nas diversas cortes locais e que era nesses tribunais populares que os princípios de direito germânico e de governança local eram cultivados e disseminados.

Os saxões insuflaram o governo e instituições públicas inglesas de um espírito de equidade e liberdade que jamais deixou de caracterizar essas instituições.

Ao longo dos séculos a *common law* penetrou com as suas raízes e fibras a constituição, o corpo político, as instituições locais e municipais, a jurisprudência civil e criminal, as relações familiares, os direitos das pessoas e das coisas.

Sir Edward Coke⁴ (1552-1634) é considerado o oráculo da *common law*. Advogou e foi juiz durante o longo reino da Rainha Elisabete I e do Rei Jaime I. Seus muitos escritos incluem os *Reports* e as *Institutes*.

Os seus *Reports* em 13 volumes retrataram com fidelidade a *common law* civil e criminal inglesa do século XVI e do início do século XVII.

As suas *Institutes* abrangem 4 volumes e são doutrina e comentários sobre *tenures*,⁵ Magna Carta, direito penal e jurisdição das cortes inglesas.

Com a sua imensa autoridade de exímio jurista assegurou e garantiu a continuidade da aplicação da *common law* através de todas as mudanças da reforma, e recepção positiva do direito romano.

Seu maior rival intelectual e político, Sir Francis Bacon, reconheceu que, se Coke não tivesse escrito os *Reports*, o direito inglês teria passado a ser um navio sem *ballast* v.g. equilíbrio.

Coke também liderou por 7 anos e meio como político a *House of Commons*, contra a prepotência do Rei Jaime I e é famoso o que proclamou a respeito da independência do Parlamento Inglês frente à prepotência do Rei.

As liberdades, franquias, privilégios e jurisdições do Parlamento são os direitos de nascença, antigos e indubitáveis e a herança dos cidadãos da Inglaterra... e todo e qualquer membro da casa tem e deve ter a liberdade de falar (*freedom of speech*) (Coke,).

Acusado de traição, foi aprisionado e trancado no *Tower* por nove meses.

Sem provas de qualquer traição cometida, foi liberado e continuou sua vida de político e jurista.

4 EDWARD COKE. (Lord Coke). Bar 1578. Speaker Of The House Of Commons 1593. Attorney General 1594. Chief Justice of the Court of Common Pleas 1606. Chief Justice of the King's. Bench (1613). Privy Councillor.

5 Tenures: direitos sobre a propriedade de bens ou posse de cargos.

Segundo pesquisa realizada por Ben W. Palmer (advogado, autor e professor universitário) publicada no *American Bar Association Journal (ABAJ)* em março de 1946, Sir Edward Coke recusou-se a colocar os reis ingleses Jaime I e Carlos I (1625) acima da lei, bem como declarou a independência dos juizes ingleses do arbítrio real (Palmer, 1946, p. 135). Seu raciocínio jurídico e sua coragem foram fundamentais para garantir que a *common law* continuasse sendo uma fonte da liberdade.

– Coke negou ao rei o direito de julgar processos pessoalmente e negou também ao rei o direito de outorgar jurisdição às cortes eclesiásticas em prejuízo das cortes de *common law*.

– Coke combateu o absolutismo administrativo, ou seja, o estabelecimento de cortes administrativas que passariam a superar as cortes ordinárias da *common law*, despojando os cidadãos da proteção da *common law* conhecida e estabelecida.

– Coke protestou contra as leis feitas por pessoas estranhas/leigas ao ofício jurídico, bem como contra “cortes populares”, insistindo no treino profissional jurídico e especialização em direito.

– Coke decidiu que em tempos de paz não pode ser aplicada a lei marcial e que enforcar um oficial em tempos de paz, com base em lei marcial é assassinato (*murder*).

– Coke, defendendo a *common law* e fazendo uso da sua vasta experiência jurídica, frustrou um projeto de lei de Sir Francis Bacon que propunha

codificar o direito inglês, como era usual no continente, mantendo assim a supremacia da *common law*.

– Coke decidiu no processo Peacham (1615) que é ilegal consultar os juizes individual e separadamente, antes do julgamento de um caso sobre qual seria a sua opinião a respeito da culpabilidade do réu. Sentenciou que tal tomada de opinião particular e auricular dos juizes não estava conforme os costumes do reino.

– Coke, como único juiz inglês, diante do rancor do rei, manteve seu posicionamento no sentido de que o rei não tem o direito de procrastinar ou mandar parar qualquer processo em andamento nas cortes da *common law*.

– Coke negou-se de, por ordem do rei, revisar os seus *Reports* no sentido de eliminar a sua negativa da existência de prerrogativas reais. Mantida a negativa, Coke foi afastado da Corte pelo rei (1617).

– Coke negou que o rei inglês possuísse o poder de fazer leis por proclamação.

– Coke estabeleceu que ministros do gabinete do rei têm responsabilidade perante o Parlamento e não podem invocar imunidade alegando que apenas estavam cumprindo ordens do rei.

– Coke conseguiu propor e obter a aprovação do documento intitulado *The Petition of Right*, segundo o qual: o rei não pode aquartelar soldados em casas particulares sem a concordância do dono da casa. O rei não pode cobrar impostos ou impor empréstimos compulsórios sem a aprovação do parlamento. O rei não pode mandar alguém à prisão

e, se o faz, os prisioneiros podem ser liberados mediante fiança e os juízes devem ignorar as ordens do rei no sentido de não relaxar a prisão.

Ben W. Palmer sumariza os feitos judiciários de Coke dessa forma: Coke, sem dúvida alguma, fixou a forma da *common Law* por três séculos e estabeleceu sua supremacia sobre a Igreja, o Almirantado, o *Star Chamber* e sobre um sistema de Códigos e prerrogativas reais.

Coke condenou e repeliu a criação de tribunais especiais e executivos, que teriam suplantado as cortes e a lei ordinárias, além de submeter a vida, a liberdade e a propriedade dos cidadãos ao capricho executivo; evitou a aplicação da lei marcial em tempos de paz e condenou a proclamação de leis pelo executivo também em tempos de paz; e afastou o sistema processual criminal continental, no qual os direitos do acusado estão à mercê de juízes inquisitoriais e acusatórios, mantendo o júri da *common law*.

Coke assegurou a liberdade dos cidadãos acusados em processos criminais garantindo:

- indiciamento por um grande júri;
- julgamento sempre por júri em processos criminais;
- proteção contra buscas e apreensões ilegais;
- proteção contra *double jeopardy* (ser condenado duas vezes pelo mesmo crime);
- direito ao *habeas corpus*;

- sustentou que nem o Parlamento nem o Executivo são onipotentes;
- que a Constituição é a lei maior a qual até mesmo assembleias legislativas devem obediência;
- que o judiciário deveria ser composto de homens treinados na lei e independentes do poder legislativo e executivo;
- que é da competência e função do judiciário dar a interpretação final e autorizada da constituição e das leis;
- que devemos ter um governo de leis e não de homens.

Os professores de direito André Tunc e Suzanne Tunc publicaram no México, em 1957, pela Imprensa Universitária da Universidade Nacional Autônoma do México, alentada pesquisa intitulada *O Direito dos Estados Unidos da América — Instituições judiciais, fontes e técnicas* na qual analisam na seção I, pág. 152-211 a História da *Common Law* e, na seção II, A Natureza da *Common Law*, p. 2 12-231 (Tunc; Tunc, 1957).

Iniciam os autores dando uma definição negativa.

A *common law* é aquela parte do direito que não tem a sua fonte/nascedouro nas leis ou regulamentos emanados dos poderes legislativos ou executivos da Federação ou dos Estados dos Estados Unidos da América.

Em sua origem, a *common law* era uma síntese mais ou menos arbitrária daqueles princípios consuetudinários

que pareciam como os mais razoáveis ao juiz julgador (Plucknett, 1948).

O surgimento da *common law* não tem uma data precisa. Um corpo de normas que se formaram, passo a passo, através dos séculos, até tomar forma separados dos usos e costumes que lhe deram origem. Se há uma data aproximada que pode ser tomada como marco referencial, há certa concordância entre os diversos autores que essa data deveria ser 1066 AD (século XI) quando Guilherme, o Bastardo, Duque da Normandia (William, *the Conqueror*), derrota o rei inglês Harold que fora eleito Rei da Inglaterra após a morte de Eduardo, o confessor — e coroado em Westminster. Registra André Tunc que o normando invasor introduziu o feudalismo na Inglaterra, mas decidiu manter em vigor o direito anterior à sua conquista (Tunc; Tunc, 1957).

Esse direito anterior, base da futura *common law*, era um conjunto de usos e costumes locais, ou seja, todo o direito comum da Inglaterra saxônica.

Antes da invasão normanda, havia as antigas jurisdições populares e as jurisdições senhoriais, todas aplicando em seus julgamentos os usos e costumes locais.

O Rei Guilherme passou então a também julgar litígios através da sua *Curia Regis* e através de cortes reais judiciais que criava, todas derivadas da *Curia Regis*, mas que igualmente aplicavam o direito comum, ou seja,

aquele conjunto de usos e costumes locais, o todo do direito comum da Inglaterra.

Ao aplicar esse direito costumeiro inglês para resolver litígios nascidos sob o império de costumes diversos, as cortes reais deixaram de considerar e buscar as particularidades desses mesmos usos e costumes passando a extrair e destilar dos mesmos, de certa forma involuntariamente, o direito comum a toda Inglaterra.

Este “novo direito comum”, assim extraído e destilado, toma corpo muito lentamente formando-se apenas no início do século XIII, quando a Magna Carta de 1215 separa da *Curia Regis* (que continua seguindo o rei em seus deslocamentos) a corte de causas comuns, a *common bench* e depois a *common pleas* e a fixa em Westminster, passando a julgar litígios sem a presença do rei.

A corte de causas comuns não é, no entanto, a única corte inglesa que cria *common law*. Desde 1118 AD, a Corte da Tesouraria (Exchequer) separa-se da *Curia Regis* com uma competência, no entanto, bastante limitada (Tunc; Tunc, 1957, p. 153).

Posteriormente institui-se a *King's Bench* e depois, acima dessas três instituições, a *House of Lords*.

É certo que, no fim do século XIII (1295) há três grandes Cortes, definitivamente estabelecidas, a saber: *King's Bench*, *Common Pleas* e *Exchequer*. Todas as três são tribunais

reais. Além dessas três cortes reais, havia ainda as Cortes Comuns (*Communal courts*) dos *counties*, e centenas de *Lord's Courts* e, ainda, Cortes Eclesiásticas. Todas usavam e julgavam, essencialmente, com as mesmas normas legais que, ao tempo do rei Edward I, são oficialmente conhecidas como *Common Law*, por ser um corpo de normas, um direito comum a toda Inglaterra.

A *common law* a essa altura já estava se tornando um conjunto de normas, um direito razoavelmente definido, capaz de crescer e se expandir em várias direções, mas que ainda estava sujeito a determinados limites que não podia ultrapassar. Essas cortes continuaram funcionando até o ano de 1875 e eram conhecidas como as *Common Law Courts* (Geldart, 1975).

A corte de causas comuns não era, pois, como visto, a única que criava *common law*. Convém repisar que, desde o ano de 1118 (início do século XII), a Corte da Tesouraria (*Exchequer*) havia sido separada da *Curia Regis* com uma competência limitada. Posteriormente se instituiu a Corte Banco do Rei (*King's Bench*) e, ainda mais tarde, acima das cortes citadas a Câmara dos Lordes (*House of Lords*).

Insiste André Tunc em frisar que em sua origem a *common law* não era propriamente dita o direito da Inglaterra, mas o direito dos tribunais reais do qual surge uma síntese mais

ou menos artificial que os ditos tribunais elaboravam partindo dos costumes que encontravam e usavam (Tunc; Tunc, 1957).

Para que a *common law* se convertesse no elemento fundamental do direito inglês, apenas faltava que as jurisdições reais aumentassem e expandissem para a sua competência algo que estava dentro da ordem natural das coisas.

Começa então o declínio das Cortes Populares a partir do século XII. O declínio do Rei Henrique II prossegue no século XIII e cessam de serem importantes no século XIV, desaparecendo no século XV.

Também as cortes locais diminuem de importância. Os cidadãos livres que poderiam ser juizes se desinteressam pela função judicante e o *Sheriff* agente do Rei, ou seu substituto o *Bailli* (*Bailiff*) passam a exercer sua autoridade sobre as ditas cortes.

Com a lei de *Gloucester* de 1278 que proíbe às Cortes Reais apreciar e julgar litígios de valor inferior a 40 (*shillings telins*), as Cortes Locais passam a ser consideradas despidas pela população.

Temos então que, no princípio, o juiz medieval inglês deduz livremente dos costumes que encontra a regra de direito aplicável ao caso. A *common law* vive, portanto, na consciência do juiz, que somente é o seu oráculo. Entende André Tunc que as antigas compilações de decisões parecem

confirmar que o juiz medieval não buscava escrupulosamente uma regra admitida em todos os costumes. Buscava somente as regras que eram normalmente admitidas e se inspirava fortemente no que lhe parecia ser razoável. A partir do século XII e XIII, passa a inspirar-se também, em parte, no direito romano e canônico.

Pode então afirmar-se que a formação da *common law* se processava de maneira arbitrária, pois o juiz gozava de um amplo poder de apreciação e de formação da sua convicção, embora lhe fosse vedado resolver o litígio caprichosamente ou segundo a equidade. Podia o juiz prescindir de uma particularidade de um costume local ou até mesmo de uma regra bastante difundida, mas que fosse pouco satisfatória. Era obrigado, no entanto, a respeitar as regras costumeiras bem estabelecidas e ater-se sempre à razão.

Sumamente interessante é também a Origem Medieval do *Writ*, hoje considerado o germe ou precursor do mandado de segurança.

Baseado no princípio medieval que o rei soberano é o “justiceiro do reino” e responsável pela paz pública, os tribunais do rei passaram a aceitar, desde o fim do século XII (+- 1190), petições de qualquer pessoa nas quais ela alegava que a conduta de outra pessoa perturbava a paz do reino.

Encaminhado o pedido à chancelaria do rei, esta, após exame do

pedido, expedia um *writ*, no qual, dirigindo-se ao *sheriff*, em nome do rei, encarregava-o da missão de ordenar ao adversário do requerente fazer justiça com base no pedido ou, em caso de negativa do réu, exigir que ele se apresentasse diante dos juízes reais e explicasse as razões da sua negativa. Como cada pedido de expedição de *writ* tinha que ser antecipadamente pago (custas), havia natural interesse da chancelaria de aumentar a arrecadação de custas passando a ocorrer com o tempo um excesso de expedição de *writs*, fenômeno que também gozava da complacência dos juízes reais. A partir de 1258, houve uma acentuada limitação às excessivas expedições de *writs* por força das Provisões de Oxford.

Registra André Tunc que a ampliação contínua da competência das jurisdições reais, na baixa Idade Média, na Inglaterra produziu uma transformação muito importante na natureza da *common law* (Tunc; Tunc, 1957).

Embora, na verdade, como já constatado antes, a *common law* não fosse de início o direito da Inglaterra, nem dos saxões, pois somente os costumes eram a sua base, chegou um dia o momento em que, aplicada continuamente pelas jurisdições reais, a *common law* passou a ser considerada o direito geral do reino. Já a partir do reinado de Henrique III

(1216-1272), portanto, no século XIII, a *common law* passa a ser aplicada a todos os litígios, salvo se as partes apresentassem razões convincentes pelas quais ficasse evidente que outro direito deveria ser aplicado, por exemplo, apenas o costume local.

A *common law* passou a exibir um conteúdo mais preciso quando o número de sentenças prolatadas com base nele torna-se maior, mais numeroso e denso e o juiz passou a considerar-se mais ou menos vinculado ao corpo precedente de sentenças. Somente no fim do século XIX passa a impor-se o precedente ao juiz como uma regra jurídica rigorosa. Antes, as sentenças prolatadas com base na *common law* não gozavam de nenhuma força obrigatória, direta.

Afirma então André Tunc que pouco a pouco as decisões judiciais deixam de ser declarações/sentenças separadas de *common law* para formar um sistema de direito mais ou menos perfeito e coerente. A *common law* deixa de ser uma abstração e passa a tomar corpo (Tunc; Tunc, 1957, p. 153).

Esta encarnação ou corporificação da *common law* é acelerada e facilitada por obras doutrinárias, arquivos de tribunais e coleções de jurisprudência. As mais importantes são as seguintes: de 1187 a 1189 o jurista medieval Glanville escreve o *Tractatus de Legibus et Consuetudinibus Regni Angliae* consagrado exclusivamente à *common law*. Melhor ainda é a obra

do jurista Bracton ao redor do ano de 1256. Henry de Bracton era um juiz das cortes assizes itinerantes, o título da sua obra é: *De Legibus et Consuetudinibus Angliae Libri Quinque*. Bracton comenta as ações que os tribunais reais conheciam e, tomando por base ou modelo a ordem/sistema do direito romano (as Institutas de Justiniano do século VI), organiza mais de 450 decisões da *common law* e além disso estuda e comenta mais de duas mil sentenças, todas baseadas na *common law*. Bracton conhecia o direito romano, mas desse apenas utiliza a sistemática e metodologia, pois o caráter da obra é *common law* pura. Essa característica inglesa da obra de Bracton manifesta-se pelo espaço dedicado na obra às ações e ao processo, a sua inteira fundamentação nas decisões judiciais ao declararem a lei e a análise de sentenças que limitam o poder real absoluto. Para os seus estudos e comentários, Bracton utilizou registros judiciais: *Plea Rolls*, desde o ano de 1189 até meados do século XIII.

Também Littleton (1475) deve ser mencionado, pois escreveu sobre *Tenures*.

Outro autor daquele tempo era Fortescue (1470) que baseado na *common law* escreveu *De Laudibus Legum Angliae*.

Muito importantes também são os *Year Books* e recompilações de decisões judiciais baseadas na

common law escritas em francês, pois o idioma das jurisdições reais, desde a conquista normanda era o francês. Por 246 anos, de 1290 a 1536, os *Year Books* ou recompilações apresentam as sentenças fundadas na *common law* bem como notas e comentários de advogados.

3 EQUITY (Equidade)

Considerando que normas legais da *common law* não podem ser formuladas com tal precisão que resolvam adequadamente toda e qualquer contingência ou hipótese legal possível, pode acontecer que ocorram injustiças pela aplicação inadequada da norma da *common law*. Para resolver e remediar tais injustiças da *common law*, é que se desenvolveu o direito de equidade (*equity*). Na Idade Média, em vez de usar a expressão *law of equity*, era muitas vezes usada a expressão direito da consciência, ou *law of conscience*. Fundamentalmente a *law of equity* é tão antiga quanto a *common law* escrita, mas a lei de equidade não era ainda necessária ser aplicada ou utilizada pois a *common law* ainda era bastante flexível, fluida e informal. No entanto, na medida em que a *common law* se tornava mais rígida e consolidada, as suas regras estritas quanto à produção de provas começaram a criar problemas e injustiças. A posse aberta e direta

da terra e o uso visível do lacre em documentos eram reconhecidos e apoiados, enquanto que a constituição secreta de trustes e contratos informais não eram reconhecidos legalmente pela *common law*.

O poder de auxiliar (*grant relief*) em tais situações, talvez injustas, estava nas mãos do Rei e era inicialmente exercido pelo Conselho Real pleno.

Quem presidia o Conselho Real era um bispo, ou um arcebispo, com o título *Lord Chancellor*. Já em 1474, esse chanceler atendia pessoalmente as petições que demandavam ajuda (*relief*) contra decisões da *common law* consideradas injustas. O resultado do acúmulo de serviço foi a criação de uma Corte Superior especializada da chancelaria para administrar/decidir questões de *equity*. Inicialmente a maioria dos problemas levantados dizia respeito a questões processuais, principalmente demoras no julgamento das cortes locais, sendo que o poder de modificar as regras da *common law* apenas se afirmou lentamente. O Chanceler decidia de caso em caso, estudando o mérito e podia atender ou não atender ao pedido (*in equity*) sem justificar a sua decisão. No decorrer do tempo, cristalizaram-se os fundamentos mais comuns dos pedidos *in equity* tais como: fraude, quebra da boa-fé, tentativas de cobrar a mesma dívida duas vezes, retenção injustificada de propriedade. O

processo iniciava com uma petição do autor no idioma corrente, não em Latim, e o réu, convocado a comparecer pessoalmente perante o chanceler para ser interrogado, recebia como intimação um *Writ of Subpoena*. A recusa de comparecer ou de atender uma decisão do chanceler era punida com prisão.

O procedimento permitia ao réu contestar o pedido e, assim, aos poucos desenvolveu-se um sistema contencioso por escrito.

Como visto, o chanceler, inicialmente, não era um juiz, nem presidia uma corte de justiça. Era o Chefe de secretaria do Rei, para atender todos os departamentos e, quando houvesse necessidade de qualquer redação, ou documento a ser redigido, tal ocorria no gabinete do chanceler, que redigia o documento pessoalmente ou por intermédio de um dos seus subordinados.

Embora em contato com a administração da Justiça no Reino, o chanceler não tinha o poder de modificar as decisões da *common law* a seu bel-prazer.

Os *writs*, ou seja, as ordens do Rei no sentido de que determinada pessoa devesse apresentar-se em uma das cortes do Rei para responder ao *writ* e justificar-se, eram emitidos em nome do Rei e provinham da Secretaria Geral do Rei. Aliás, esta prática não mudou. Ocorre assim também hoje em dia e muitos *writs* estão padronizados

de acordo com os fatos/casos que se apresentam. Pagando as custas, qualquer cidadão pode ainda hoje em dia obter um *writ*.

Procede hoje em dia, ainda, a pergunta: pode uma pessoa que se considera prejudicada obter um *writ*, se esse não for do tipo padronizado? A Chancelaria do Rei tinha e tem ainda desde o *Statute of Westminster II*, de 1285, o poder de emitir *writs* não padronizados *in consimili casu*, isto é, para atender casos novos suficientemente parecidos com casos para os quais já existem *writs*.

Mas, nesse caso, as Cortes da *common law* desde o século XV tem o poder de decidir se o *writ* novo, formulado especialmente, é bom ou não. Se a decisão for contrária ao *writ* este não terá utilidade para o apresentante. Para decidir se um *writ* é bom ou não, as cortes da *common law* guiam-se pelos princípios já aceitos da *common law*.

Às vezes ocorre que as decisões das cortes da *common law* e suas normas processuais criam ou resultam em determinados casos em injustiças ou prejuízo acentuado.

Surge então a possibilidade de se pensar assim: bom, é uma pena, mas esta é a lei (a *common law*). Não é bom nem aconselhado interferir na aplicação da justiça (sentença da *common law*), pois tal interferência seria um mal maior, uma vez que causaria incerteza na aplicação da

justiça. Não seria, pois, conveniente modificar, retificar, abrandar a decisão da *common law*, porque tal ato seria um mal maior do que deixar válida uma injustiça singular.

Mas não pensavam assim os antigos juristas ingleses. Uma espécie de reserva de justiça permanecia nas mãos do Rei (Rei, o Justiceiro do reino) e, portanto, aquelas pessoas que não tinham conseguido “Justiça” nas cortes ordinárias da *common law* do Rei podiam, com alguma esperança, peticionar, pedindo justiça ao Rei e ao seu conselho (chancelaria). Se o pedido não se baseava em aspectos do direito, era ao menos um pedido de favor real. Assim, como já foi visto acima, as petições chegavam à chancelaria, e aos poucos o próprio chanceler passava a receber as petições de justiça.

Inicialmente é possível constatar que essa outorga de justiça em equidade era peticionada e concedida em duas hipóteses fundamentais:

a) Motivos: o peticionário era pobre e o seu opositor era rico e poderoso. O júri era tímido ou corrupto. Esses tipos de casos eram às vezes atendidos na Idade Média pelo Conselho do Rei e outras vezes pelo Chanceler. No século XVI e no início do século XVII, essa jurisdição foi abandonada

pelo chanceler e a competência de apreciar tais problemas passou à Corte *Star Chamber*. Com a abolição desta Corte em 1641, as cortes da *common law* tinham-se tornado suficientemente fortes para atender e resolver estes casos.

b) Motivo: nas hipóteses em que houve algum negócio do qual surge um direito para uma das partes, mas que as Cortes da *common law* não podem ou não querem proteger. Eram casos de *Uses or Trusts*, transações através das quais uma pessoa transfere legalmente terras a outrem, mas com o acordo interno de gaveta que o cessionário vai manter as terras para o benefício do cedente ou para pessoas que o cedente indicará no seu testamento. A *common law* naquele tempo já tinha posicionamentos muito firmes quanto aos tipos de direitos em relação a terras que reconhecia e protegeria as formas de transferência de imóveis que sancionava. Certo, porém, era que a *common law* não protegeria e reconheceria *Uses or Trusts* tampouco testamentos⁶ que implicavam transferência de terras. Portanto, todas estas transações/negócios eram considerados ineficazes.

No entanto, a prática de criar tais *Uses or Trusts* era grande naquele tempo e bastante popular. A ausência de qualquer proteção, fora da *common law*, era considerada extremamente prejudicial. Por conseguinte, ao final

6 Somente em 1540 foi baixada uma lei (*statute*) que autorizava/permitia passar a propriedade de imóveis por testamento.

do século XIV (1390) muitas pessoas estavam peticionando o chanceler, clamando por justiça e alegando que ao menos tinham um direito moral a usufruir e gozar tais *Uses or Trusts* implorando ao chanceler que os protegesse contra o proprietário legal que estava assestando contra eles seus direitos de proprietário protegido pela *common law*.

O chanceler, que à época era considerado o guardião da consciência do rei (*Keeper of the King's Conscience*) e, além disso, era um bispo ou arcebispo e, portanto, considerado um bom juiz de questões de moralidade ou consciência, diante dos pedidos dos suplicantes estava em situação delicada. Como poderia ajudar os pobres suplicantes? Não podia interferir diretamente nos processos das cortes da *common law*. Não podia emitir um novo *writ* que poderia ser julgado inválido pelas Cortes da *common law*. No entanto, podia fazer o seguinte, se considerasse o pedido formulado como sendo fundamentado: poderia emitir um *writ* que exigisse que a pessoa (ré) contra a qual fora apresentada a queixa, se apresentasse perante ele, chanceler, e depusesse a respeito da queixa sob juramento. Tal *writ* era conhecido como *Subpoena*, pois o não comparecimento resultava na aplicação de multa pecuniária. A prestação de juramento do acusado (réu) perante o chanceler, era algo bem diferente do procedimento de

acordo com a *common law*, a qual naquele tempo jamais obrigaria uma das partes do processo a testemunhar ou depor. A prestação do juramento era então o único procedimento viável nesses casos de *Uses or Trusts* em virtude da inexistência de provas/documentos formais ou atos públicos confirmatórios.

Passou então o chanceler, ele próprio, a julgar o caso, não recorrendo à apreciação do processo pelo júri, embora mais tarde o chanceler, em determinadas situações, também fizesse uso da instituição do júri.

Supondo que o chanceler decida a favor do suplicante, decida que as terras, as quais em conformidade com a *common law*, pertencem ao réu deveriam moralmente, de acordo com a equidade, em conformidade com a consciência, pertencer ao suplicante. O que pode fazer o chanceler? Nesse caso não pode interferir, ao menos diretamente, no processo e na decisão da Corte de *common law*.

Não pode reverter a regra da *common law*. Também não pode afirmar que o proprietário legal das terras NÃO é o proprietário legal das terras. O que o chanceler pode afirmar é que, de acordo com a consciência, de acordo com a equidade, o proprietário legal, de acordo com a *common law*, não pode fazer uso dos seus direitos sobre as terras em proveito próprio. Que o réu apenas pode e deve usar das terras para o benefício daquele (autor)

no interesse de quem mantém as terras em *Trust*. O chanceler pode ainda determinar a prisão do réu, se esse não age de acordo com os ditames da equidade e da consciência.

O chanceler pode até interferir indiretamente nas tentativas do réu de implementar seus direitos conforme a *common law* nas cortes de *common law*. Ele não pode impedir/proibir as Cortes de *common law* a julgar um processo, mas pode proibir ao réu de propor uma ação nas Cortes da *common law*, ou de prosseguir com a ação se ela já iniciou ou, ainda, de fazer uso das vantagens/benefícios eventualmente obtidos numa ação julgada pelas Cortes de *common law*. Pode novamente decidir decretar a prisão do réu se não cumpre o estabelecido em corte de *Equity*.

Um raciocínio que era empregado pelo chanceler quando suas determinações atrapalhavam o exercício pelo réu dos seus direitos segundo a *common law* era o seguinte: na verdade as ordens dele consultavam os mais altos interesses do réu, pois obedecer às ordens (*in equity*) do chanceler era não somente moralmente certo como também de acordo com a consciência. Se o réu agisse conforme a *common law* estaria ferindo o bem maior que tinha: a alma. Portanto, atender às ordens dadas *in equity* pelo chanceler significava proteger o réu e evitar que ele se autoferisse.

Esse tipo de interferência na jurisdição da *common law* pelo chanceler iniciara como uma espécie de favor especial em casos especiais; mas gradualmente converteu-se em prática corriqueira. Tornou-se popular. E a repetida interferência do chanceler, pouco a pouco, converte-se na corte da Chancelaria: *Court of Chancery*. E o princípio geral da *Equity* que, iniciando como uma mera aplicação do sentido moral a casos especiais, aos poucos, transforma-se em regras definidas.

As decisões similares, reiteradas diante de fatos idênticos, ocasionam (como na *common law*) a formação de um conjunto de regras que passariam a ser aplicadas uniformemente. Surge, assim, um novo conjunto de regras de direito *in equity* que podem ser reivindicadas nas Cortes de Chancelaria e que correm paralelas às regras da *common law* que, por sua vez, são exequíveis, nas Cortes da *common law*. E, além disso, é possível afirmar-se que nas áreas apropriadas em que se aplica a *Equity*, essa, na prática, se sobrepõe à *common law*, embora em teoria esse não seja o caso. É possível até pensar em dois tipos de propriedade: *in equity and in common law*.

Dizendo ou afirmando que uma determinada coisa deveria pertencer a uma pessoa ou que deveria ser usada ou empregada em seu benefício passa a equivaler a dizer que a coisa é de fato sua *in equity* ou de acordo com a consciência.

Em 1535, Henrique VIII golpeia a prática dos *uses and trusts* por força do sancionamento do *Statute of Uses*; o Rei querendo aumentar ou recuperar a sua renda sobre propriedades em mãos de nobres feudais que arrecadavam dinheiro, pago por posseiros ou locatários.

No período de 1550 até 1610, a *Equity* aumenta sua jurisdição e agrega novas áreas de competência. *Fraud and Accident*, por exemplo, especialmente a perda de documentos valiosos. Hipotecas (*mortgages*) passam a ser integradas à *Equity*.

É interessante registrar que no direito inglês foi a *Equity* que estabeleceu a regra que uma hipoteca é mera garantia de dinheiro mutuado e nada tem a ver com uma transferência de propriedade imobiliária, como entendia, erroneamente a *common law* da Idade Média, pois segundo essa, o mutuário transferia ao mutuante uma propriedade imobiliária, que lhe era devolvida pelo mutuante se o empréstimo fosse pago. E claro que tal acerto podia resultar em injustiça, pois não pagando/amortizando pontualmente o empréstimo, o mutuário perdia a sua chance de recuperar o seu imóvel. Já pela *Equity* que, como visto, entendia que não existia nenhuma transferência de imóvel, mas mera garantia real, tinha o devedor mutuário ainda o direito de purgar a mora e pagar seu débito hipotecário. Tal ato era conhecido como *Equity of Redemption*.

No século XVII, a chancelaria (*Equity Court*) passou a ser combatida pelas Cortes de *common law* que lhe queriam tirar a jurisdição, pois a forma prática pela qual ela (*Court of Equity*) frustrava a execução das sentenças das Cortes de *common law* começava a incomodar. Principalmente o bloqueio que a *Court of Equity* podia fazer a execução/implementação dos direitos obtidas pelo réu no sistema da *common law*, bloqueio esse representado por sentenças (*in equity*) que proibiam ao réu fazer uso dos direitos obtidos em decorrência de uma sentença dada de acordo com a *common law*.

Por causa dessa rivalidade existente entre as Cortes de *common law* e a Corte de *Equity*, eclodiu uma grande briga entre o Presidente (*chief justice*) das Cortes de *common law* Justice Coke e o Chanceler da Corte de *Equity* Lord Ellesmere. O Rei James I (Jaime) decidiu o desentendimento a favor do seu chanceler.

Houve até propostas no sentido de abolir a Chancelaria e a Corte de *Equity*. Também houve proposta de reforma no sentido de submeter a chancelaria ao controle das Cortes de *common law*. Todas essas propostas redundaram em absolutamente nada. Houve nova tentativa de submeter a Chancelaria ao controle das Cortes da *common law*, por ocasião da Revolução de 1688, mas também essa tentativa não logrou êxito. Já tinha se

firmado a opinião generalizada que a chancelaria ao aplicar, de caso em caso, a *Equity* estava resolvendo problemas legais que as Cortes de *common law* não podiam ou não queriam resolver e que não havendo Corte de *Equity* (Chancelaria) os direitos dos cidadãos ingleses não podiam ser considerados suficientemente protegidos. Havia um consenso geral que a Equidade tinha que ficar como parte integrante da *law* inglesa.

A partir desse ponto, a importância dos julgamentos por equidade aumenta significativamente (final do século XVII). No início do século XIX, a Chancelaria (do Rei) passa a nomear Vice-Chanceleres para acelerar o atendimento dos pedidos de julgamento por *Equity*.

Finalmente, em 1873-75, são abolidas as antigas Cortes da chancelaria, bem como as Cortes da *common law*, organiza e estabelece-se, pelas leis da judicatura, uma nova Corte Superior: a Alta Corte de Justiça que passa a exercer e abranger todos os poderes e competências das Cortes abolidas, tanto as da *common law* quanto as da chancelaria para julgamentos de *Equity*.

Nessa *High Court Of Justice* são administradas e prolatadas tanto as normas da *common law*, quanto as normas da *Equity*, sendo que ocorrendo conflito decisivo entre os dois ramos do direito inglês, ou

apenas discordância, deveriam sempre prevalecer as normas da *Equity*.

Essa alta corte de justiça passa a ter três divisões:

- *King’s Bench Division*;
- *Chancery Division*;
- *Family Division* (antigamente *Probate Divorce and Admiralty Division*).

Atualmente, *King’s Bench Division* e *Chancery Division* não são mais Cortes distintas, embora por razões administrativas *King’s Bench* receba principalmente casos que envolvem *common law* enquanto que a *Chancery Division* recebe e julga casos de *Equity*. Mas essa linha divisória não é absoluta, podendo ocorrer inversões.

Sempre pautando nossa pesquisa pelas aulas e escritas do Prof. William Geldart, que datam do ano de 1911 e que foram atualizadas até a 8ª edição, no ano de 1975, serão passadas em sumária revista as principais novas áreas de aplicação da *Equity* nas décadas do século XX.

Na área da *Law of Property* (propriedade), continua existindo e funcionando o *Trust* e continua a jurisdição da *Equity* em relação às hipotecas. Até 1926 não era possível na Inglaterra hipotecar uma propriedade sem criar “um interesse em equidade”, ou seja, *equitable interest*. O devedor hipotecário (*Mortgagor*) ou transmitia ao credor (*Mortgagee*) a plena propriedade do

bem dado em garantia, retendo para si apenas um interesse em equidade, com o direito de resgatar o domínio sobre a coisa dada em hipoteca pagando a dívida, ou então fazendo o contrário, isto é, retendo o pleno domínio sobre a coisa hipotecada outorgando ao credor hipotecário apenas um *equitable interest* no bem. Essa última fórmula ainda é praticada hoje em dia, embora desde o advento dos *Property Acts* haja uma regulamentação para as hipotecas (*Law of Property Act, 1969, Land Charges Act, 1972, Land Registration Act, 1966 e Land Registration and Land Charges Act, 1971*).

Outro aspecto da *Equity*, em relação aos *equitable interests* acima mencionados e outros similares, é a doutrina do aviso prévio *Doctrine of Notice*.

Enquanto que de acordo com a *common law* alguém tem direitos sobre determinada coisa ou não tem, não importa se houve algum aviso prévio ou não (a *common law* ignora ou desconhece a *doctrine of notice*), na *Equity* essa doutrina é importante.

De acordo com essa doutrina, tem-se o seguinte: um interesse em equidade – *equitable interest* tem validade, ou é implementável contra qualquer pessoa que tem a posse de um bem imóvel, salvo se essa pessoa tiver o domínio sobre a propriedade e a tenha adquirido por justo valor e sem aviso prévio, ou seja, sem o conhecimento de e sem

motivo de sujeitar-se à existência de um interesse em equidade, isto é, *equitable interest*” que pese sobre ou grave o bem.

Ensina Geldart que: sempre que alguém tem direitos (em equidade) que dependem de prévia notificação, pode-se ter certeza que é aplicável a equidade e que o caso está na sua esfera de jurisdição.

Na área dos contratos, é importante a doutrina da “influência indevida”, ou seja, *doctrine of undue influence*.

A *common law* levava e leva em conta, em matéria de contratos, a coação (*duress*), as ameaças de violência física à vida. No entanto, ela não considera, ou não leva em conta formas mais sutis de pressão sobre uma das partes do contrato, como, por exemplo, tirar vantagem injustificada de uma pessoa que se encontra em dificuldades ou o exercício de influência em certos relacionamentos especiais como, por exemplo, na tutela do tutor em relação ao tutelado ou no relacionamento entre advogado e cliente.

A *Equity*, todavia, considerava tal pressão, embora fosse sutil, como motivo suficiente para anular a transação ou contrato. Se tivesse havido uma transferência de propriedade imóvel, o cessionário passava a ser considerado como uma pessoa com o dever (*trust*) de manter a propriedade em benefício daquele que a cedera, com o dever de devolvê-la no futuro.

Havendo fraude ou simulação, a equidade interferia e garantia uma proteção especial para a parte que sofrera dano ou prejuízo.

Enquanto a *common law*, nesses casos de fraude, tinha força e capacidade de proteger a parte fraudada, dando-lhe defesas em uma ação judicial que fosse movida com base no contrato (evitado de fraude) a *Equity* podia ir mais longe: podia ordenar que o documento (fraudado) fosse apresentado e entregue em juízo para ser destruído ou cancelado. Era, por exemplo, a proteção necessária, dada em equidade, no sentido de que um cheque fraudado fosse apresentado e cancelado para evitar sua posterior circulação em prejuízo de terceiros de boa-fé. A equidade podia e pode também retificar documentos elaborados com erros. Já a *common law* no máximo poderá declarar o documento nulo ou ineficaz.

Há também aspectos interessantes em equidade relativamente a prazos, multas e cláusulas penais.

A *common law*, ao tratar e analisar aspectos de prazos e penalidades em um contrato, trata tais cláusulas como sendo da “essência do contrato”. Não obedecido um prazo contratual previsto para a prática de determinado ato, a parte interessada, perde, pela *common law*, seu direito em decorrência da estipulação contratual. Já pela *Equity* isso não aconteceria, pois tais cláusulas não seriam consideradas “da essência

do contrato”, e a não observância do prazo resultaria em mera indenização.

Quanto às cláusulas penais: estipulado em contrato que determinada pessoa deva pagar 100 libras no dia 10 de janeiro e que não pagando haverá multa de 100%, é válida a cláusula pela *common law*. Já pela *Equity* não seria lícito cobrar as duzentas libras, sendo que as 100 libras de multa seriam apenas consideradas uma garantia das outras cem libras, permitindo, porém, a cobrança de juros.

Na área da cessão de direitos por contrato, temos também soluções divergentes.

A cessão de direitos conforme contrato: “A” deve dinheiro a “B”. A *common law* considera esse negócio como uma relação jurídica meramente entre “A” e “B”. “B” contrata com “C”, concordando/contratando que “C” terá o direito de cobrar a dívida de “A”. A *common law* ignora este contrato de cessão de direitos. Conforme a *common law*, “C” não pode cobrar a dívida de “A”. O máximo que a *common law* permitiria seria que “C” fizesse a cobrança do crédito de “A” em nome e por conta de “B”. Contrariamente, a *Equity* aceita a transferência e a cessão da dívida. Segundo a *Equity* “C” poderá fazer a cobrança da dívida de “A” em seu próprio nome. “B” passa a ser obrigado a deixar “C” efetuar a cobrança. Segundo a *Equity*, *debts and choses in action are assignable*. Segundo a

antiga *common law*, a posição legal da mulher casada era muito subordinada ao marido no que dizia respeito a direitos e responsabilidades.

Foi através e por força da *Equity*, que a mulher casada adquiriu uma capacidade especial, porém limitada, de ser proprietária de bens e de contrair obrigações através de contratos.

De outra parte, a *common law*, consideradas algumas exceções, apenas pode dar ao autor (*Relief*) uma compensação em dinheiro, ou seja, uma indenização. Existe a regra de *common law* que para toda quebra de contrato ou prejuízo causado cabe indenização em dinheiro (*damages*). A única exceção em *common law* é a seguinte: a parte (autora) que foi expulsa das suas terras, nelas será reintegrado, em vez de ser indenizado em dinheiro.

A razão pela qual (motivo) a *common law* sempre autorizou para qualquer quebra de contrato ou prejuízo causado o pagamento de uma indenização em dinheiro é que essa é uma ordem (judicial) de implementação mais fácil.

A *Equity* inventou também as ações de: *Specific Performance* e *Injunction*.

A *Specific Performance* é uma ação *equity* pela qual o autor pode obrigar, compelir alguém, o réu, a fazer o que prometeu ou o que contratualmente se obrigou a fazer. Exemplos: entregar a terra ou terreno

pelo preço pago conforme acordado. Ou o contrário, pagar o preço (dinheiro) pela terra adquirida. A *Injunction* pela *Equity* serve para proibir o réu de fazer o que prometera não fazer. A *Injunction* é uma ação, pela *Equity* que serve para obter a proibição de algum ato. Exemplos: abrir um restaurante ou uma escola de música barulhentos; proibir construir de forma a bloquear o acesso à luz; obrigar o réu a demolir um imóvel ilegal etc. A *Injunction* mais forte é a *Mandatory Injunction in Equity*.

4 OS EFEITOS DAS LEIS DE JUDICATURA (*JUDICATURE ACTS*)

Essas Leis datam de 1873 e 1875. Determinavam a organização e o estabelecimento de uma nova Corte que passou a reunir os poderes de uma Corte de *common law* e de uma de equidade. A distribuição dos processos entre as divisões dessa nova Corte passou a ser meramente uma questão de conveniência organizacional. Destarte a *King's Bench Division* não podia mais recusar julgar uma questão de natureza *Equity* nem a *Chancery Division* deixar de julgar um processo por ser de natureza *common law*. Se o autor distribuía seu processo na Corte errada o pior que podia acontecer era uma redistribuição para a outra corte e pagamento de novas custas.

As novas leis de Judicatura passaram a introduzir novas normas

processuais incorporando as melhores normas de natureza *common law* e de natureza *equity*.

O Capítulo 25 (*section 25*) da Lei da Judicatura de 1873 enfrenta questões de diferenças entre a *common law* e a *equity* em relação a problemas específicos em matéria de hipotecas e cessão e transferência de créditos. O capítulo 25 referido contém uma norma mandamental, de caráter geral, estipulando que sempre que ocorrer conflito de normas entre a *common law* e a *equity*, as normas desse direito (*Equity*) deverão sempre prevalecer sobre as normas da *common law*.

O resultado final da fusão moderna entre a *common law* e a *Equity* não tinha a intenção de alterar o direito substantivo, mas, sim, simplificar normas processuais, tanto da *common law* como da *Equity*.

Havendo o desejo de descobrir a natureza da atual norma substantiva, ainda é necessário voltar no tempo, adentrar no passado, quando a *common law* e a *Equity* ainda eram administradas e aplicadas por cortes diferentes. Mas tudo indica que esse esforço mental de se descobrir pela pesquisa da origem, se esta ou aquela norma se originou na *common law* ou na *Equity*, vai se tornar cada vez mais difícil, na medida em que a memória da antiga existência de um corpo distinto de normas, elaboradas e aplicadas em cortes distintas, vai se apagando a ponto de, no futuro, desaparecer

definitivamente. Nesse sentido, a unificação da jurisdição e a codificação gradual de partes substanciais da antiga *common law* e da antiga *Equity* foi de importância decisiva e produziu resultados práticos, que dificilmente teriam se produzido tão rapidamente se ocorresse apenas uma gradativa combinação de normas processuais de cortes diferentes, ou se se aguardasse a natural formação de jurisprudência pela sequência interativa de casos julgados.

5 OUTRAS CORTES (JURISDIÇÕES) INGLESAS

Além da *common law* e da *Equity*, há mais três outros ramos/cortes no direito inglês, a saber *Probate*, *Divorce* e *Admiralty*. Ramos esses que se desenvolveram nos séculos passados com jurisdições distintas das cortes da *common law* e da corte da Chancelaria (*Equity*).

Além desses três ramos adicionais do direito inglês, há que se mencionar ainda, as cortes eclesiásticas.

Em todos esses ramos do direito e cortes diferenciadas da *common law* e da *equity*, há nítida influência de direito estrangeiro, o que não ocorre na *common law* e na *equity*.

As cortes eclesiásticas foram separadas das cortes leigas a partir de Guilherme, o Conquistador (1066 AD). Assim, um bispo tinha a sua corte

e um Arcebispo uma corte superior. Desta havia a possibilidade de recurso ao Papa em Roma. O direito de todas essas cortes eclesiásticas era e é ainda o direito canônico, fortemente influenciado pelo direito romano. O direito canônico foi pela primeira vez sistematizado no século XII por Graciano de Bolonha.

As cortes eclesiásticas não eram consideradas subordinadas às cortes do rei, mas para evitar conflitos de jurisdição e delimitar a área, elas proibiam as cortes eclesiásticas de julgar assuntos que não lhe competiam. Mesmo assim era extensa a jurisdição das cortes eclesiásticas: julgavam assuntos internos com os clérigos e sua punição, podiam punir leigos por imoralidade, julgavam heresias. Quanto às propriedades da Igreja, houve longo atrito com as cortes do rei quanto à jurisdição, sendo que as cortes do Rei, nesse aspecto conseguiram sobrepujar as Cortes Eclesiásticas. Em relação a questões de casamento e divórcio, as cortes eclesiásticas por muito tempo conseguiram manter seu poder de jurisdição, que hoje, no entanto, não existe mais.

6 PROBATE E ADMINISTRAÇÃO

Sempre seguindo as aulas do professor William Geldart, informa

a sua pesquisa que, ao fim do século XVIII, fica estabelecido que em relação aos imóveis não é permitido fazer testamento, a não ser que um costume local o permita. Quanto a bens móveis e arrendamentos admitia-se que a pessoa podia dispor, por testamento resguardados, dos direitos da esposa e dos filhos cuja legítima era protegida. Essas restrições de testar tinham desaparecido na Inglaterra já no início do século XIV, mas persistiram, por exemplo, em Londres, até 1724.

Na verdade a *common law* pouco interesse tinha nos bens móveis, tinha, sim, interesse nos bens imóveis, que valiam muito mais e envolviam interesse público.

Contrariamente, a Igreja da Inglaterra nos séculos XII e XIII tinha todo interesse que o cidadão de posses fizesse um testamento quanto aos seus bens móveis, deixando todos ou parte deles para a Igreja, salvando, assim, a sua alma e assegurando a realização de missas. Era praticamente pecaminoso morrer sem deixar um testamento. Deixando o *de cujus* bens móveis sem destinação, via testamento, era aceito que a Igreja fizesse as provisões necessárias que o *de cujus* deixara de fazer para salvar a alma do falecido. Era assim que a Igreja da Inglaterra e as suas cortes eclesiásticas assumiam o controle dos bens móveis de um cidadão falecido. Havendo ou não havendo testamento, bastavam declarações verbais. A Corte do Bispo

tomava as providências necessárias, inclusive supervisionando as funções de testamenteiro se houvesse. Não existindo testamento, o Bispo tomava conta dos bens deixados pelo morto e lhes dava destinação. O Bispo tinha amplo arbítrio, nem sempre bem exercido. Por isso, a partir de 1285, o superior eclesiástico que exercia a jurisdição sobre os bens tinha por lei o dever de ao menos pagar as dívidas do falecido antes deles dispor.

A partir de 1357, foi promulgada uma lei (*statute*) determinando que a administração dos bens do *de cujus* deveria ser entregue a um parente próximo do falecido. O próximo passo foi a criação da figura do *administrator*, que, não havendo testamenteiro, passa a administrar o espólio, pagar as dívidas, e partilhar os bens entre os legatários/herdeiros. A certidão de nomeação chamava-se *Letters of Administration Cum Testamento Annexo*.

Havia, portanto, desde o início, a necessidade de processar o testamento, daí *Probate*, o que hoje em dia corresponderia ao registro do testamento em juízo perante o Juiz da Vara de Família e Sucessões.

As cortes eclesiásticas tinham o poder de exercer as funções de *Probate* e de emitir as *Letters of Administration*. Sem essa documentação preliminar nem o testamenteiro/executor, nem o administrador do espólio podia

exercer as suas funções perante qualquer corte da Inglaterra.

Pode afirmar-se, portanto, que as Cortes eclesiásticas eram guardiãs da “chave” que abria qualquer processamento de uma sucessão/espólio.

Essa situação perdurou até meados do século XIX (1850).

Em 1857, toda jurisdição em matéria de *Probate* foi retirada das cortes eclesiásticas, criando-se uma nova corte civil: a *Court of Probate*. A razão principal desta reforma e inovação foi o desleixo em que funcionavam as cortes eclesiásticas.

7 CASAMENTO E DIVÓRCIO

Questões de casamento e divórcio desde a Idade Média eram de competência das Cortes Eclesiásticas.

O divórcio não era completo. Era uma separação judicial de corpos, um *Divorce a Mensa et Thoro*, nada mais. Para conseguir um divórcio completo, uma completa dissolução do casamento, era necessário conseguir uma lei especial do Parlamento Inglês. No entanto, antes de obter essa lei especial, era necessário obter a separação eclesiástica (antes referida) e uma sentença de uma Corte de *common law*, fixando a indenização (*damages*) que caberia a uma das partes divorciandas. O procedimento era tão demorado e complexo com

custos elevadíssimos, que o divórcio completo era algo para as pessoas muito ricas.

Finalmente, em 1857, uma lei do Parlamento Inglês retirou das Cortes Eclesiásticas toda jurisdição em matéria de divórcio, atribuindo-a uma Corte Civil, a Corte de Divórcios, que passou a exercer jurisdição completa sobre esse processo, inclusive abolindo a sistemática anterior, demorada, complexa e cara.

8 ADMIRALTY

Na Idade Média, existiam na Inglaterra algumas Cortes com juris-dição marítima. Entre essas ressalta a Corte dos Cinco Porto, *Court of Cinque Ports*. Essas cortes aplicavam o *Law Merchant*, ou seja, normas consuetudinárias marítimas, num conjunto de normas totalmente diferentes da *Common Law*, da *Equity* e das normas elaboradas pelas cortes eclesiásticas. O *Law Merchant* tinha caráter internacional e fundamentava-se nos costumes comerciais de mercantes marítimos e marinheiros de muitas nações. Essas “cortes marítimas” eram locais e funcionavam em portos e feiras. Gradualmente, essas cortes definharam e perderam jurisdição pela influência das cortes de *Common law*, as quais, invejosas, passaram a interferir, estendendo a sua própria jurisdição e absorvendo parte

da matéria. Durante os séculos XVII e XVIII, a *Law Marchant*, separada do direito marítimo propriamente dito e das normas de captura (*Prize Law*), foi absorvida pela *common law*. No direito continental, ao contrário, o direito mercantil é ainda considerado um ramo de direito separado da legislação comum.

Na Inglaterra, o posto de Almirante data do final do século XIII (1290). Inicialmente sua jurisdição limita-se às questões jurídicas da frota. Mas, ao longo do século XIV, passa a assumir funções judicantes sobre crimes praticados no mar, como pirataria, bem como questões civis relacionadas à navegação, navios e assuntos comerciais. As normas da *Admiralty Court* se caracterizam por sua natureza internacional não inglesa. Utiliza normas dos códigos marítimos medievais, tais como as *Roles d’Oléron*, as “Leis da Ilha de Rodes” e tem como suporte o direito romano. Todo processo é do direito romano. As partes prestam depoimento sob juramento. Todavia, também a *Admiralty Court* sofre as investidas das Cortes da *Common law*. Já no século XVI, as questões criminais são julgadas por magistrados (*commissioners*) que são na verdade juízes das Cortes da *common law*. Também a jurisdição civil da *Admiralty Court*, sobre contratos firmados e quebrados em alto mar ou no estrangeiro, passou a ser exercida

por Cortes da *Common law*, mediante o uso de artifícios jurídicos.

Não demorou e as Cortes da *common law* passaram a proibir a Corte do Almirantado a julgar qualquer caso que pudesse ser resolvido por uma Corte da *common law*. Essa luta por jurisdição e competência estendeu-se pelos séculos XVI e XVII até que a Corte do Almirantado passasse a dispor de uma jurisdição muito limitada, concentrada em questões exclusivamente marítimas, tais como avarias e indenizações por colisão no mar.

O direito marítimo, administrado pelo Almirantado, nos últimos 200 anos passou a ser de caráter mais inglês e menos internacional, embora mantivesse suas peculiaridades.

As leis de 1857 que, como antes visto, estabelecem as *Courts Probate and Divorce*, estabeleceram que o

juiz ordinário destas Cortes pudesse também ser juiz da *Admiralty Court*.

A partir de 1875, as jurisdições *Probate, Divorce* e *Admiralty* foram transferidas a uma única divisão (seção) da *High Court*. No entanto, as diferenças marcantes entre esses três ramos do direito inglês acentuaram-se no século XX, o que ocasionou uma reorganização pela Lei da Administração da Justiça, *Administration of Justice Act* em 1970. Extinguiu-se a divisão ou seção de *Probate, Divorce and Admiralty* na *High Court*. Criou-se, então, uma seção exclusiva para questões de família e divórcios, bem como questões de sucessões não contenciosas.

As questões de sucessão contenciosa (*Contentious Probate*) passaram a *Chancery Division* e as questões de Almirantado passaram a ser de competência da *King's Bench Division*.

REFERÊNCIAS

- GELDART, William [1870-1922]. *Elements of english law*. 8. ed. London: Oxford University Press, 1975. 194 p.
- PALMER, Ben W. Edward Coke: champion of liberty. *American Bar Association Journal*, Chicago, v. 32, p. 135-?, Mar. 1946.
- PLUCKNETT, Theodore Frank Thomas [1897-1965]. *A concise history of the common law*. 4. ed. London: Butterworth; Rochester Lawyers Cooperative, 1948. 707 p.
- TUNC, André; TUNC, Suzanne Renée Fortin. *El derecho de los Estados Unidos de América: instituciones judiciales, fuentes y técnicas*. 2. ed. México: Imprensa Universitária, 1957. 674 p. (Universidad Nacional Autónoma de México. Serie B: Derecho comparado).

REFLEXÕES CRÍTICAS SOBRE O INSTITUTO DO CONCUBINATO NO DIREITO BRASILEIRO

Roberta Drehmer de Miranda¹

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar a ausência, no direito brasileiro, de uma clara distinção entre o concubinato, a união estável e o casamento. Embora tenha havido significativa evolução doutrinária e jurisprudencial sobre os institutos, culminando com o advento do Código Civil de 2002, que sobrepõe o instituto do casamento sobre o concubinato e a

união estável, ainda podem ser vistos julgados, principalmente no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que dão aos concubinos *status* de casados, concedendo efeitos patrimoniais próprios do direito de família, manifestamente ilegais e antijurídicos. Por meio de uma análise histórico-sociológica, o presente artigo elucida que somente o casamento constitui família, sendo a união estável apenas considerada pelo Direito como

¹ Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutoranda em Sociologia do Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora de Direito de Família da Faculdade Dom Bosco de Porto Alegre. Advogada. Membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul (IARGS). Bolsista da CAPES. Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4705763A8>.

Endereço eletrônico: roberta_drehmer@yahoo.com.

equiparada ao matrimônio e, por fim, o concubinato, como situação fática antijurídica, não aceita pelo Direito, resultando tão somente em efeitos patrimoniais cíveis, como sociedade de fato.

Descritores: Concubinato. União estável. Relações interpessoais. Direito de família: Brasil.

ABSTRACT

This work proposes to demonstrate the absent, in the Brazilian law, of a clear distinction between common-law marriage, “união estável” and marriage. Though has been an significant evolution of the doctrine and the jurisprudence about the subject, wich culminate in the begining of the 2002 Brazilian Civil Code that overrides the marriage above common-law marriage and the “stable union”, still we can see precedents, specially in the Rio Grande do Sul Court, that gives to the concubines an couple status, like marriage, and a series of family law patrimonial effects, wich are clearly ilegal and against the law. Through an historical and sociological analisis, the presente article elucidates that only marriage can make a family, and the “stable union” is only considerades by the law as treated like a marriage, and, at last, the common-law marriage,

as a fatical situation against the law, and not accepted by the law, wich results only in patrimonial efects, as a common-law society.

Descriptors: Common law marriage. “Stable union”. Interpersonal relations. Family law: Brazil.

1 INTRODUÇÃO

As relações humanas, no decorrer da história, sempre nos trazem surpresas e mistérios. Muito mais quando faz relação com a origem e evolução da família, ponto de partida de toda civilização política e do próprio direito, na medida em que foi no seio das relações familiares que as primeiras convenções positivas tornaram-se gerais e aplicáveis a todos, no âmbito social.

O surgimento da família está intimamente ligado à religião. A preocupação com a descendência e com a existência de uma prole definida fez com que os povos primitivos – mormente os que viveram transitoriamente uniões livres – procurassem estabelecer relações monogâmicas fixas, celebradas com ritos religiosos, que tivessem uma exterioridade duradoura e constante. Essa, portanto, é a origem da família fundada sob o casamento.

Em paralelo a essas uniões duradouras constituídas por um ca-

samento, algumas uniões, que poderíamos cunhar “extraconjugais” (que não eram, repita-se, o caso central, pois não tinham respaldo algum na religião doméstica), não tinham reconhecimento moral nem sociopolítico. A concubina era subordinada ao chefe de família, mormente para manter somente relações sexuais, e não participava socialmente nem patrimonialmente do *status* do chefe, em igualdade com a esposa. A concubina permanecia nessa situação e assim aceitava, por circunstância cultural.

Portanto, as situações sociais, do ponto de vista jurídico, sempre foram muito claras. Havia a separação nítida entre a esposa e a concubina. Por isso ser entendível que a maioria das legislações então vigentes assim disciplinasse as relações familiares fundadas no casamento e as extraconjugais, nessa se enquadrando a concubinária (livre ou impura).

Contudo, podemos dizer que as ideias renascentistas, liberais, modernas, são, em verdade, o fundamento dos movimentos contemporâneos de liberdade moral e sexual da contemporaneidade (a partir dos anos 60 e 70), foi então que o padrão histórico-jurídico da família fundada sob o casamento passou a ser questionado. Em primeiro lugar, pela posição tomada pela Igreja Católica no sentido de considerar como família verdadeira aquela fundada sob o casamento em seu sentido sacramental, inadmitindo,

pois, a separação judicial e o divórcio. Levando em conta que há um grande número de casais autointitulados “católicos” que estavam, em verdade, buscando o divórcio por falência da relação pessoal conjugal (e, portanto, forçavam um aval da Igreja) ou que se casaram por conveniência (e, portanto, não viam mais razão de viverem sob o mesmo teto), obviamente a posição católica foi a primeira a ser combatida e, do ponto de vista do direito positivo, foi derrotada, pois hoje a maioria das legislações estatais admite o divórcio. Em segundo lugar, as uniões livres, que assim o eram, pois havia alguma circunstância social ou legal que impedia tal relação, passaram a ser a primeira opção, já que numa sociedade de individualismo extremado e de livre concorrência a desconfiança acaba por imperar em todas as relações pessoais.

Dessa forma, houve uma gradativa alteração do próprio termo “concubinato”, que era antes considerado como união livre (lícita ou ilícita) não jurídica, passa a ter relevância jurídica sob dois aspectos: quando existente entre duas pessoas, livres, desimpedidas, com relação constante e duradoura (então chamada “união estável”, união de fato que não necessita de alguma celebração especial ou rito de comunhão esponsal); e quando existente entre duas pessoas, sendo uma delas com algum impedimento decorrente de

obrigação ou convenção esponsal. A primeira tem abrigo sob o direito; a segunda (o antigo concubinato impuro), o tem apenas sob o ponto de vista patrimonial, como se fosse constituída uma sociedade de fato.

O presente ensaio tem por objeto trabalhar as seguintes questões: quais os efeitos do concubinato, se existente? Ou: é lícito ou em conformidade ao direito (tomado aqui também como tradição) considerar o concubinato como família? Ainda: qual o limite entre o concubinato e a união estável, e se há possibilidade de transformação do primeiro no segundo? Tais questionamentos são candentes na prática jurídica, e são vistos na jurisprudência com frequência, sendo missão do jurista delimitar devidamente os institutos, sob o ponto de vista da tradição jurídica e da lei positiva, a fim de que nem um nem outro seja esquecido ou subjugado a terceiro plano, o que levaria, sem dúvida nenhuma, a um subjetivismo ou decisionismo, bem como a um relativismo extremo do próprio direito.

O trabalho está dividido em duas partes. Na primeira, abordar-se-ão algumas noções fundamentais acerca do concubinato, seu conceito, origens, e o tratamento legal disciplinado pelo sistema positivo brasileiro, mormente pelos Códigos Civis de 1916 e o atual, de 2002. Na segunda parte, analisar-se-ão alguns elementos dogmáticos e práticos da relação concubinária, a

evolução normativa e jurisprudencial, buscando fixar, em conformidade com a tradição jurídica, o correto espaço e tratamento desse instituto no direito civil e familiar.

2 Noções fundamentais acerca da relação concubinária

Abordam-se: a relação concubinária (conceito, origens, noções fundamentais) e o concubinato nos Códigos Civis brasileiros de 1916 e 2002.

2.1 Conceito e origens da relação concubinária

Do ponto de vista etmológico, “concubinato” vem de *concubans*, *concubantis*, significando “o que dorme ou se deita com” (Rizzardo, 1985, p. 218). Exprime, pois, a ideia de comunidade de leito. Num sentido comum, é a união entre um homem e uma mulher sem os vínculos do matrimônio.

Essa união pode se manifestar de duas formas. Num sentido mais amplo, é a união transitória entre um homem e uma mulher, num mesmo teto ou em tetos diferentes, visando manter relações sexuais e afetivas com o parceiro, sem o vínculo do matrimônio – sendo estado intermediário entre a relação fugaz e o casamento.

Num sentido estrito, é a união permanente entre um homem e

uma mulher, com características semelhantes à convivência *more uxório* do casamento, só que sem o vínculo formal deste. É uma união de fato que não visa tão somente à relação afetiva, mas uma comunhão de vida a prolongar-se no tempo.

Obviamente, o segundo sentido enquadra-se ao que hoje se chama “união estável”, considerada pelo direito como entidade equiparada à família formada pelo casamento (Reale, 2004), exatamente por ter características e finalidade semelhantes ao deste último.

Essa definição de concubinato pôde ser vista mais nitidamente, na história do direito, com os romanos, que baseavam fundamentalmente a família sob o casamento, pois havia a preocupação de transmissão, à prole e aos demais membros da família, o encargo do culto religioso e da administração do patrimônio.² Não havia família sem casamento; as uniões livres não eram ilícitas (sob o ponto de vista criminal, inclusive), desde que constituídas por pessoas livres que não estivessem em situação contrária ao direito (como o adultério) ou pelo *pater* que quisesse manter sob sua égide mulher para manutenção de relações transitórias (tanto no casamento *cum manu* como *sine manu*).

Beviláqua faz rico comentário sobre a relação entre os esposais e os concubinos (1905, p. 219). Nos povos antigos a mulher sempre fora considerada inferior moralmente e incapaz juridicamente; tinha total dependência para com o marido, e, na sua morte, para com os filhos ou outros parentes designados para sustentá-la. Não tinha patrimônio próprio e apenas administrava poucas atividades do lar, do cuidado e da educação dos filhos. O marido tinha o dever de sustento, de afeto e, em alguns povos, até de fidelidade; mas também tinha o direito de punir, sendo comum o homicídio em casos de adultério (gérmen talvez da legítima defesa da honra).

Contudo, o direito hebraico já concedia as raízes do tratamento entre esposais do Ocidente, posto que a mulher tem papel relevante e fundamental na família judaica. O marido cerca a mulher de intensa consideração; tem o direito de cominar penas a quem a ofender fisicamente, a quem seduz uma virgem, a quem maldiz sua mãe. Há reciprocidade de deveres entre o marido e a mulher, esta tendo inclusive direito à participação nos ritos familiares religiosos (ainda que em público deva comparecer à sinagoga em separado). Ainda que não exista uma igualdade plena, há,

2 No mesmo sentido, comentando a formação da família a partir da religião, pela celebração do casamento, o estudo de Fustel Coulanges (1998, p. 37- 52).

evidentemente, uma evolução no relacionamento intrínseco entre os esposais, sendo alguns os casos de concubinatos ou relacionamentos passageiros (na Bíblia, é conhecido o exemplo de Salomão, mas pouco falado o caso de Moisés).

Em Roma, as formas conjugais jurídicas do período pré-clássico (*confarreatio*, *coemptio*, *usus*) atribuem ao marido uma autoridade máxima (*manus*) sobre a mulher, considerada como filha do *pater*, ou marido, sem direito a patrimônio, aquisição ou venda de bens próprios. Era a regra.

Com a introdução, no período clássico, do casamento livre (*sine manu*), ainda que mantido o direito de julgar a esposa (inclusive cominando com a morte) em situações consideradas graves como o adultério, homicídio, magia ou embriaguez, o patrimônio da mulher permanecia dela, bem como sua submissão, em termos de autoridade, ao *pater* precedente ou primeiro; o casamento, então, era constituído sob o regime dotal; a mulher passou a ter uma individualidade maior na família, inclusive na educação dos filhos; passou a ser partícipe nos ritos religiosos familiares; participa das honras e do *status* social do marido. Todas as características que não eram vividas ou estendidas à concubina, considerada, faticamente, como uma serva ou escrava do *pater*.

Do ponto de vista do cidadão romano, todos buscavam a constituição de família pelo matrimônio; alguns mantinham como concubinas normalmente servas ou escravas e mulheres cidadãs romanas, apenas com fins de relações sexuais. A escolha pelo concubinato trazia problemas com relação à filiação, já que essa dependia do consentimento do *pater* se extraconjugal. Para evitar problemas com a filiação, a partir do Imperador Constantino, o direito procurava incentivar a transformação do concubinato em casamento, não sendo apenas uma questão de formalidade, mas sim de constituição mesma da família, sob o aspecto dos direitos e das obrigações.

Foi com Justiniano que o concubinato (como união livre de fato, e não entre um homem ou mulher casado e outro ou outra livre) alcançou *status* jurídico, sendo reconhecido como união lícita, contudo, sem o vínculo da *affectio maritalis e honor matrimonii*, próprios do casamento (Petit, 1970).

No direito canônico, o concubinato é definido como a relação entre o homem e a mulher com vistas à constituição de relações sexuais sem o propósito de formação de uma comunidade fundada na mútua respeitabilidade exigida pelo sacramento. Não é negada a característica de estabilidade e constância, tampouco a finalidade de vida em comum; o que acentua a Igreja é a ausência do compromisso

marital exigido pelo sacramento e dos requisitos intrínsecos que dele advém, como a castidade no período do namoro e do noivado.

Como o critério, *in casu*, é religioso (e objetivo), deve-se entender a prescrição canônica sob o ponto de vista do pecado (infidelidade de um com o outro) e da elevação do casamento à categoria de sacramento (instituído por Deus, mediante Cristo, e dado pelos esposais, perante a autoridade eclesiástica ou outra devidamente autorizada para tanto, como o diácono, que não é sacerdote).³

A prescrição canônica influenciou o direito positivo ocidental após a queda de Roma sob o ponto de vista dos requisitos para constituição da família pelo casamento. A colocação da relação concubinária como não familiar lícita, se união livre, e como ilícita, se algum dos concubinos for impedido, encontra origens na regra canônica da fidelidade e compromisso público e formal dos esposais. De onde a ideia de consideração da união livre como sociedade de fato (já que é lícita, mas não é família) que, portanto, traz efeitos civis patrimoniais próprios desse instituto, além da famosa “indenização por serviços prestados”.

Aos poucos, alguns efeitos sucessórios foram dados, culminando

com a modificação do instituto para a “união estável”, então considerada como entidade familiar equiparada à família constituída pelo casamento.

2.2 O Concubinato sob a Égide dos Códigos Civis Brasileiros de 1916 e 2002

Segundo Alvaro Villaça Azevedo, o conceito de concubinato leva em consideração a existência de duas espécies dessa relação: o puro e o impuro (Azevedo, 1987, p. 24). O primeiro é, efetivamente, aquela relação estável e duradoura, em que há comunhão de vida e finalidade de constituição de família, sem o vínculo do casamento (hoje caracterizada como união estável). Portanto, trata-se de união entre solteiros, viúvos, separados judicialmente e não impedidos de nenhuma forma pelo casamento ou outra relação (mesmo concubinária, também).

O segundo – impuro – advém de relação ilícita (prescrita em lei, normalmente), mormente externada pelo adultério, incestuoso ou desleal (relativamente a outra união de fato), como de um homem ou mulher casado ou concubinado, que mantenha, paralelamente ao seu lar, outro de fato. Para Alvaro Villaça Azevedo,

3 Sobre o direito canônico e suas correspondentes regras sobre a família e o casamento, cabe ver a lição de Carlos Silveira Noronha (1999, p. 58-62).

desse tipo de relação não pode advir nenhum efeito jurídico sequer, a não ser nos casos de concubinos de boa-fé, situação, portanto, análoga ao casamento “putativo” (Azevedo, 1987, p. 66).

Dessa forma, a fim de precisar a terminologia jurídica, procurou-se no direito atrelar o termo “concubinato” apenas às relações ilícitas (impuro) e àquelas passageiras ou transitórias sem vínculo marital ou com características de união duradoura com comunhão de vida, a fim de esclarecer a limitação de efeitos patrimoniais e pretensamente familiares de tais relacionamentos.

A união livre, constante, duradoura, com finalidade de comunhão de vida, passou a ser cunhada “união estável” e a então concubina, o termo “companheira” – cujo sentido é elevar a posição da mulher que permanece muito tempo em estado marital com o homem, diferenciando-a daquela que permanece em estado de transitoriedade sem manter características semelhantes ao casamento.

O precedente jurisprudencial (*leading case*) que definiu a questão foi o RE 83.930, no qual o Supremo Tribunal, reiterando duas decisões anteriores no mesmo sentido, consolidou a orientação de distinguir juridicamente “concubina” de “companheira”, esta sendo aquela que vive em convivência *more uxório* com o homem separado judicialmente ou de fato, enquanto que aquela seria a mu-

lher com quem o cônjuge adúltero tem encontros periódicos fora do lar, ainda que garanta um mínimo de sustento a ela (Rizzardo, 1985, p. 164).

A legislação pátria tem tradição de separar o concubinato do casamento, tendendo a não conceder efeitos jurídicos àquele, nas duas modalidades. A evolução jurisprudencial, acompanhando a própria transformação social, foi modificando o *status* do concubinato puro, até culminar na legislação específica que disciplina a posição jurídica da companheira (Lei da União Estável), e, por fim, no Código Civil de 2002 (Brasil, 2003).

Seguindo o histórico esboçado por Alvaro Villaça Azevedo, observamos que as Ordenações Filipinas apenas disciplinavam a união conjugal pelo casamento, prevendo, inclusive, a possibilidade de reivindicação, pela esposa, de bens que seu marido tivesse doado à sua concubina, ou qualquer mulher que, esporadicamente, mantivesse relações sexuais (Azevedo, 1987, p. 68). Os tribunais, nos casos de concubinato puro, chegavam a presumir o casamento entre eles para, assim, dar-lhes efeitos jurídicos.

Essa prescrição foi reproduzida na Consolidação das Leis Cíveis de Teixeira de Freitas, que previa, em seu art. 147: a reinvidicação de bens pela mulher casada doados à concubina; anulação das doações pela esposa e também por seus descendentes ou herdeiros necessários; a mulher, mesmo

separada, poderá anular doações ou vendas fictícias feitas pelo ex-marido à concubina (Azevedo, 1987, p. 68).

Com relação aos filhos, esses eram considerados naturais quando não houvesse entre os pais impedimento para casar. No tocante à herança, se filhos forem extraconjugais de não nobres (peões), todos sucederão igualmente; se filhos de nobres, apenas sucedem os “legítimos”. Assim, a legitimidade condizia muito mais para fins de herança do que por filiação por si só, já que inclusive aí os filhos eram considerados naturais, mesmo que por relação ilícita (os chamados “filhos espúrios”, fruto de adultério, incesto e sacrilégio), aos quais era garantido o direito a alimentos e à própria investigação de paternidade. A vedação sucessória legítima era expressa, salvo a testamentária, em que os filhos espúrios poderiam ser instituídos herdeiros (Rizzardo, 1985, p. 185).

O Código Civil de 1916 não regulamentou o concubinato, mas também não o proibiu (Brasil, 2003). O caso exemplar era o casamento e, portanto, a regulação era toda dirigida a ele.

Com o acréscimo do adjetivo “comuns”, a possibilidade de reinvidicação de bens pela esposa permaneceu denotando que ela não podia interferir em doações de bens próprios feitas pelo marido à concubina (Azevedo, 1987, p. 78). Outros efeitos civis permanecerem os

mesmos, apenas com uma carga maior ao concubinato adúltero, que parece ser a situação ventilada na maioria dos dispositivos do Código de 1916 (Brasil, 2003).

Algumas modificações passaram a ser consideradas, diante da evolução social, pela legislação posterior esparsa. Um dos casos é a lei de acidentes do trabalho (Decreto-Lei 7036, de 44), que estabeleceu que a companheira mantida pela vítima tem os mesmos direitos do cônjuge legítimo, caso esse não exista ou não tenha direito ao benefício, desde que tenha sido mencionada como beneficiária em ato solene (carteira profissional ou livro de registro de empregados); posteriormente, foi previsto o direito ao seguro à companheira, indicada pelo companheiro. Mais tarde, a legislação previdenciária passou a garantir os direitos de pensão por morte à companheira, bem como sua inserção como dependente do companheiro (Azevedo, 1987, p. 79).

Com a inserção do divórcio pela Lei 6515/77, o concubinato puro passa a ser considerado de forma mais relevante pela ordem jurídica (inclusive para fins de reconhecimento pleno de filhos) (Brasil, 2003). Já não se tinham mais dúvidas acerca da ilicitude do concubinato impuro; mas a discussão residia nas formas como o direito poderia recepcionar essa outra espécie de concubinato que passou a ser vivida por uma expressiva quantidade de casais.

Na jurisprudência pátria já se reconhecia os efeitos jurídicos do concubinato puro, como já fora explanado, instituindo a diferenciação entre companheira e concubina, o que de fato foi reconhecido pelas Leis 8971/94 e 9278/96. Mas foi com a Constituição de 1988 que dita união foi reconhecida como entidade familiar, à luz do *caput* do art.226, que dispõe acerca da família como célula nuclear da sociedade (Brasil, 2003).

O Código Civil de 2002, nessa mesma linha, consagrou como família nuclear aquela formada pelo casamento, já que nela há, pela escolha feita entre os esposais, a presunção da finalidade da comunhão plena de vida e da constituição de núcleo familiar, pelos filhos. Equiparado ao casamento, o Código regulou a união estável (o então concubinato puro) em seu art.1723, considerando-a como entidade familiar e outorgando-a as mesmas prerrogativas e deveres dos casados. Definitivamente, o Código consagrou a diferença entre concubinato adúlterino (impuro) e união estável (concubinato puro) (Brasil, 2003).

3 ASPECTOS DOGMÁTICOS E PRÁTICOS DA RELAÇÃO CONCUBINÁRIA

Abordam-se: os efeitos do concubinato no direito pátrio atual,

tanto civis quanto patrimoniais, e a posição do concubinato entre as entidades familiares.

3.1 Efeitos Cíveis e Patrimoniais do Concubinato no Direito Pátrio Atual

O artigo 1.727 do Código definiu o concubinato como “as relações não eventuais entre homem e mulher, impedidos de casar [...]” (Brasil, 2003). A partir da conceituação de cada um dos institutos, percebe-se que o que separa a união estável do concubinato é a conversibilidade ou não da relação em casamento.

Ora, o Código vigente manteve o direcionamento definido no Estatuto Civil anterior, no sentido de reservar ao concubinato o tratamento de sociedade de fato sem o intuito de constituir família, tendo em vista que surgiu em meio a ato ilícito grave, que é o adultério. Diante disso, a impossibilidade de conversão em casamento ou de reconhecimento de *status* de companheira à concubina – já que verificáveis, na situação concreta, os impedimentos para constituição do casamento e da união estável, previstos no Código – leva ao reconhecimento jurídico de efeitos cíveis patrimoniais obrigacionais, bem como dos elementos constitutivos então dispostos pela teoria geral comercial, um deles, o esforço comum na formação do patrimônio (Brasil, 2003).

Rizzardo nomina alguns elementos de identificação da sociedade de fato definida pelo concubinato: a *affectio societatis* (o ânimo ou intenção de associar-se); a posse do estado de casado (a); a conjugação de esforços e interesses; a notoriedade do relacionamento; a conduta dos concubinos; o dever de fidelidade; a habitação comum; a convivência *more uxório*; a continuidade da união; a unidade do casal; a dependência recíproca dos concubinos (Rizzardo, 1985, 171-179). Por óbvio que alguns aspectos elegidos (mormente a conjugação e comunhão de vida, a notoriedade, unidade e constância da união, e a convivência *more uxório*) são típicos do concubinato puro, hoje tratado como união estável, tendo, portanto, efeitos civis próprios do direito de família, e não do direito das obrigações (inclusive, sem necessidade de prova do esforço comum).

A *affectio societatis* é elemento basilar definidor do concubinato (Rizzardo, 1985, p. 171). Mesmo sendo a relação amorosa fruto de infidelidade e adultério de um dos concubinos (ou de ambos), não há que se negar a intenção de permanência de uma sociedade, com interesses e finalidades comuns, pois, se fosse o contrário, a união seria considerada como “livre” ou passageira, sequer podendo ter algum tipo de reconhecimento jurídico válido. O concubinato que enseja efeitos civis

obrigacionais é o que se mantém no tempo, apesar dos impedimentos legais existentes na relação; e se há formação mínima de patrimônio, esse se divide em conformidade com a contribuição de cada um, ou, na ausência de estipulação ou em dificuldade probatória, o critério geral de metade para cada parceiro.

No que se refere à posse do estado de casado, talvez seja o elemento que traz maiores discussões e dúvidas, normalmente resolvidos em consonância com o caso concreto e no conjunto probatório. Em tese, o concubinato não admite a posse do estado de casado, pois há na relação um ilícito civil, como já se disse; contudo, situações em que o concubino(a) encontra-se em processo de separação de fato, ou que permanece no estado de boa-fé (sem ter o devido conhecimento dos impedimentos do outro), o *status* de casado pode ser reconhecido e, assim, os efeitos serão disciplinados pelo direito de família, resguardando, por óbvio, os interesses e direitos da família legítima (formada pelo casamento ou união estável).

Mesmo essa orientação – hoje admitida por boa parte da jurisprudência pátria – guarda contrariedades jurídicas. Ainda que o concubino(a) esteja de boa-fé, a divisão patrimonial em conformidade com o direito de família traz dificuldades intransponíveis, como na aplicação de regime de bens ou, inclusive,

em caráter sucessório. Ter-se-á, inevitavelmente, uma dupla partilha (aplicável à família anterior, formada pelo casamento ou união estável, e ao concubinato posterior), sem contar a indefinição acerca de qual regime de bens será aplicável ao concubinato, pois não há previsão legal ou sequer contrato privado entre os concubinos que assim o estipule (por óbvio, pois, se existiria, em conformidade com a lei civil, seria um contrato típico de união estável).

No caso da sucessão, igualmente não encontraria guarida a orientação de aplicar-se ao concubinato regras de direito de família, pois o direito sucessório segue regras positivas próprias e peculiares, as quais não admitem, por exemplo, o reconhecimento de outros herdeiros necessários, nem da concubina(o) como herdeira testamentária, consoante o Código Civil Brasileiro (Brasil, 2003).

Por isso, a posição mais razoável – que não fere a lei, nem o costume jurídico, e nem a situação ventilada no caso concreto – é a de reconhecer, sempre que possível, o concubinato como sociedade de fato, cujo patrimônio seja dividido e resolvido em conformidade com o direito das obrigações, estando nesse campo os demais efeitos civis resultantes.

Dentre tais efeitos civis, pode-se apontar o que se cunhou “remuneração” ou indenização à concubina “por

serviços prestados”. Até então, era uma solução jurídica direcionada a respeitar a lei positiva civil que não previa a aplicação de regras do direito de família ao concubinato, por não se tratar de relação amorosa originária da família ou ao menos lícita e legítima. Contudo, atualmente, tais expressões são consideradas como “retrógradas”, “ofensivas”, “machistas”, preferindo-se a adoção de uma terminologia mais neutra, como “esforço comum” e “contribuição”.

No entanto, o caráter indenizatório deve permanecer quando a situação concreta for o concubinato, sendo indevido o mesmo tratamento à união estável, hoje equiparada à entidade familiar. A(O) concubina(o) que manteve relacionamento afetivo, por certo período de tempo, com outrem em estado de impedimento legal para contrair nova união lícita (casamento ou união estável), e que tenha formado com este patrimônio em comum, pode ter direito à pretensão indenizatória não só pelo período dedicado à relação (eventuais trabalhos e dações concedidos gratuitamente neste lapso temporal) como também a título de danos morais (vergonha e humilhação sofridos), se de boa-fé e alheia à situação de casado(a) do(a) concubino(a).

Dessa forma, a honra e dignidade perante a sociedade por parte do concubino(a) de boa-fé é devidamente resgatada e protegida pelo Direito,

sem a correspondente necessidade de ferir a legislação positiva, numa postura equivocada de eventual reconhecimento de família ou de efeitos jurídicos aplicáveis somente ao casamento e à união estável. Dita orientação deve ser seguida inclusive por outros ramos do direito, como o previdenciário (proibição de reconhecimento de concubina como beneficiária, ainda que exista jurisprudência decidindo em sentido contrário), a fim de não resultar em contrariedades insanáveis em todo o sistema jurídico.

O direcionamento a ser seguido, pois, deve sempre ser o da legislação positiva, mormente o Código Civil (Brasil, 2003). As hipóteses de impedimentos para o casamento – que delimitam as situações de concubinato, como o adultério – estão arroladas no artigo 1.521. Dessa forma, percebe-se que todos os relacionamentos que se encaixem nas situações previstas no artigo 1.521 podem ser considerados como concubinato, pois assim estipulou o legislador, na finalidade de resguardar a família fundada no casamento, em primeiro lugar, e na união estável, equiparada a este.

Desse modo, permanece, indubitavelmente, no atual Código, a orientação de considerar o concubinato impuro como ilícito, cujos efeitos civis resolvem-se por meio do direito das obrigações, seguindo, como já dito, jurisprudência anterior

já consolidada, bem como a tradição jurídica pátria (Brasil, 2003).

É necessário repetir que, apesar disso, outros efeitos civis foram reconhecidos pela jurisprudência, inclusive anteriores ao Código Civil atual. A primeira situação concreta reconhecida foi a separação de fato, que muitas vezes existe mesmo com o casal ainda residindo juntos. Depois, os efeitos patrimoniais foram ventilados em outros campos do direito civil, como o possessório, em que a comosse da concubina foi reconhecida, mesmo em situação de adultério, devido à inexistência de direito de habitação ou propriedade da então esposa sobre o imóvel constituído individualmente pelo esposo, até porque, em verdade, o casal estava separado de fato há mais de dez anos (Malheiros; Malheiros Filho, 1995, p. 296).

Os casos concretos foram aumentando, e as diversidades de elementos fáticos e de circunstâncias particulares foram relativizando as prescrições legais de impedimento de constituição de nova família. *In casu*, as situações mais comuns eram de doações em dinheiro por parte do cônjuge adúltero à concubina; constituição de moradia e de convivência *more uxório* entre os concubinos; instituição de relações estáveis em concomitância ao casamento. Tais fatos contribuíram para a construção de critérios jurídicos

pela jurisprudência para delimitar as situações, de modo a não interferir nem prejudicar a família legítima, então primordialmente protegida pelo Direito.

Malheiros e Malheiros Filho referem decisão judicial que reconheceu a validade de legado em testamento do homem casado à sua concubina, com a condição de que não prejudicasse a família legítima (acórdão nº 585026743, da 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 04.02.1986), em claro reconhecimento de situação fática caracterizável como união estável, e não concubinato (Malheiros; Malheiros Filho, 1995, p. 297). Em outro acerto, anulou-se a ação reivindicatória do espólio contra a companheira do falecido, sob a alegação de que há distinção nítida entre concubinato e união estável, estendendo àquela os direitos inerentes à propriedade de bens móveis constituídos com o então companheiro na convivência permanente e duradoura (Malheiros; Malheiros Filho, 1995, p. 297).

O direcionamento jurisprudencial, parte de duas premissas: a existência de separação de fato (falência, pois, da comunhão plena de vida do casal) e a convivência estável e duradoura dos concubinos que, por essa circunstância, são reconhecidos, juridicamente, como companheiros, não incidindo os impedimentos legais previstos no Código nem a

imputação de adultério. Dito critério tem por finalidade seguir a orientação finalística da lei civil de proteção à família formada pelo casamento, mas também de resguardo das situações não alheias ao direito que denotam uma quebra da situação conjugal não prevista pelo casal ao unir-se sob o mesmo teto.

Isso quer dizer que tanto a tradição jurídica pátria, quanto a lei civil (pelos Códigos de 1916 e 2002) elegem a família legítima como aquela formada pelo casamento, e colocam como principal ilícito civil a infidelidade conjugal (Malheiros; Malheiros Filho, 1995, p. 299), manifestada pelo adultério, passageiro ou repetitivo (este caracterizador do concubinato). Na ocorrência de concubinato, os efeitos civis são os previstos em lei – resolvidos pelo direito das obrigações – e, nos casos de evidência de separação de fato, são equiparados ao casamento, resultando na consequente caracterização da união estável, que possui efeitos patrimoniais próprios.

3.2 Posição do Concubinato entre as Entidades Familiares

Em consonância com a lei civil, o concubinato sempre fora considerado situação contrária ao direito, cujo reconhecimento jurídico limitou-se aos efeitos patrimoniais oriundos de uma sociedade de fato. A evolução jurisprudencial, no entanto – com clara

intenção de “acompanhar” ou “res-paldar” costumes sociais contemporâneos, nem sempre conformes à lei e à justiça – passou a conferir um novo *status* ao concubinato impuro, qual seja, o de entidade familiar, mesmo na circunstância patente e irrefutável de adultério ou infidelidade.

Desde o antigo Código Civil de 1916, a hostilidade ao concubinato é notória. A possibilidade de ação reivindicatória da mulher casada em relação aos bens comuns da sociedade conjugal transferidos ao marido adúltero (ou vice-versa); da anulação de doações em caso de adultério; da proibição de legado em testamento do cônjuge infiel para seu concubino (a); são determinações legais que, como visto, foram mantidas pelo atual Código, com vistas a proteger a família formada pelo casamento ou união estável.

A lei civil brasileira mantém-se na linha de severidade necessária com a infidelidade e seus efeitos (Malheiros; Malheiros Filho, 1995, p. 293). Contudo, situações como a do concubino (a) de boa-fé ou de verificação de uma separação de fato do casal (mesmo que mantendo uma certa visibilidade de casamento, mormente vivendo sob o mesmo teto) levaram a jurisprudência (principalmente a do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul) a reconhecer efeitos civis não previstos no Código, contudo, sem elevar o concubinato à condição de

família equiparada à união estável ou ao mesmo patamar que o casamento.

Malheiros e Malheiros Filho referem dois *leading cases* que iniciaram a relativização interpretativa da lei civil positiva: decisão que reconheceu a condição de seguro social à pecúlio instituído pelo cônjuge adúltero a concubina com quem conviveu por mais de vinte anos (acórdão nº 24.753, da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 28.08.1975); e acórdão que definiu como legítima a indicação de concubina à condição de beneficiária de seguro de saúde, pelo cônjuge adúltero, devido ao rompimento da comunhão de vida com a então esposa e à consequente separação de fato do casal, situação que inviabiliza a caracterização do adultério (decisão nº 29.953, do 2º Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, julgado em 15.12.1978) (Malheiros; Malheiros Filho, 1995, p. 295).

A partir dessa nova orientação, o Tribunal passou a considerar efeitos civis mais abrangentes ao concubinato impuro, desde que houvesse algum tipo de separação de fato ou rompimento da comunhão plena de vida entre o casal, e que a relação adulterina não fosse passageira ou transitória, assemelhando-se à união estável.

A proteção jurisprudencial dada ao concubinato puro (união estável), construção jurídica que culminou na disciplina dada ao instituto no

Código atual, visou responder a uma demanda insurgente das próprias práticas sociais, fundadas sob a relativização total do casamento e da família constituída por este. Sobre esse fenômeno, acertadamente Athos Gusmão Carneiro asseverou:

O que constantemente vemos na prática é o espetáculo de cônjuges voluntariamente separados e cada qual com uma nova união irregular e que somente se recordam do vínculo do seu casamento para pedir a nulidade do legado feito pelo seu cônjuge a favor da concubina que o acompanhou por longos anos e lhe prestou assistência na sua enfermidade e velhice até a morte. O legado que o testador poderia legalmente fazer a qualquer pessoa não lhe seria lícito fazê-lo em benefício de sua concubina ainda que provassem assistência e serviço de natureza não sexual; tudo em homenagem a uma pessoa voluntariamente omissa e totalmente separada do seu marido e do seu casamento (Carneiro *apud* Marensi, 1990, p. 58).

O espetáculo que fala o eminente Ministro é, exatamente, a falência dos casamentos e, quem sabe, a inaptidão dos próprios casais de assumirem compromisso importante de fidelidade e, com base nesta mútua doação, buscar uma espécie de reconciliação ou entendimento. A ordem jurídica dá especial proteção ao casamento não por ser conservadora, ou “retrógrada”, mas sim por ser o instituto que mais

exige de cada casal, muitas vezes renúncias e mudanças que já, de antes, um não estaria disposto a fazer pelo outro.

Dessa maneira, com razão lembra Carneiro (*apud* Marensi, 1990) que a prática corriqueira social são as separações de fato, com consequentes novos relacionamentos posteriores, estes caracterizadores do concubinato puro (união estável). É certo que vários(as) esposos(as) que acabam por recordar do seu vínculo (ainda mantido “no papel”) estão desfeitos faticamente, quando afetam algum interesse jurídico particular ou quando visam a algum benefício *post mortem* (seja por herança, seja por pensão previdenciária ou de qualquer outro seguro). O erro, pois, não está na instituição casamento, mas nas decisões humanas, que devem ser, quando preciso, devidamente corrigidas pelo Direito, o qual é, em síntese, o instrumento que mantém a ordem das relações sociais.

Em outras palavras, não pode o Direito normatizar ou proteger toda e qualquer medida humana, pois assim estaria superveniente a um sociologismo que parte do pressuposto de que as decisões sociais são sempre corretas e devem seguir o seu devir “livremente”. Se assim o fosse, períodos totalitários como o nazismo alemão não deveriam ser criticados, posto que, na época, o Direito fez exatamente o que vem procurando fazer hoje, dar respaldo jurídico a

toda e qualquer decisão humana – a diferença é que, naquele período, a ditadura era estatal (governamental), e, hoje, a ditadura é social.

Essa nova visão do Direito – que ganhou força a partir do desenvolvimento de teorias contemporâneas da interpretação jurídica – permeia o círculo dos Tribunais e das decisões judiciais. Em matéria de direito de família isso é ainda mais latente. Os juízes passaram a ser a fonte primeira das regras familiares, diante do fenômeno da judicialização, quer dizer, do aumento de demandas sociais (até então resolvidas fora do Judiciário), ensejando um afastamento da aplicação principal do Direito, que é a exercida por meio da lei.

Nesse sentido, Rejane Filippi, ao comentar a união estável, chega a dizer que a tarefa de definição do instituto foi outorgada aos juízes, e não refere em nenhum momento à importância da lei escrita, a qual, primeiramente, a Constituição concede tal tarefa:

A toda evidência, não desejou o legislador constituinte definir a união estável, porque provavelmente cometeu ao Judiciário o mister de enriquecê-lo, ampliá-lo, e de todo o modo, em cada caso concreto, dizer onde está e onde não está a união estável (Filippi, 1991, p. 171).

Ora, não visa a lei engessar a atividade jurisprudencial, ou acabar

com a atividade criadora do juiz. Por óbvio que a exata caracterização e verificação, no caso concreto, da efetiva existência de união estável é tarefa dada ao juiz. No entanto, a lei tem por finalidade dar os critérios mínimos de identificação, a fim de manter a ordem predicada pelo Direito e por todo o sistema normativo. Esse é o direcionamento dado pelo atual Código, que, ao dar parâmetros legais acerca de elementos essenciais do que seja a união estável e do que constitui o concubinato, confere segurança jurídica ao sistema jurídico e ao próprio Judiciário, na execução cotidiana da jurisdição.

Portanto, as decisões judiciais devem evoluir em consonância com a realidade social, mas, ao mesmo tempo, devem preservar a lei e atualizá-la. O que se verifica, porém, a partir da Constituição de 1988, e sob a vigência do Código Civil de 2002, é que a jurisprudência passou a orientar-se de forma mais agressiva, utilizando-se da interpretação jurídica para formar novo pensamento ou novas regras que, inclusive, beiram a posição *contra legem*. A nova hermenêutica contemporânea, amparada num critério princípio-lógico-constitucional, transferiu ao julgador o poder de dar cabal visão não só à lei positiva, mas ao direito como um todo, alterando regras positivas claras e instituindo uma nova legislação alheia ao Código.

Em matéria familiar, a jurisprudência pátria – principalmente a gaúcha – tem se direcionado nesse sentido. No caso do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, não raro se percebe orientações distintas, sobre o mesmo caso concreto, por Câmaras Cíveis diferentes, resultando numa situação jurídica absurda da chamada “sorte da distribuição”, isto é, terá “sorte” o processo distribuído para a Câmara “x” que tem tomado decisões favoráveis ao caso particular, e terá “azar” aquele que “caíra” na Câmara “y”, de orientação contrária.

Mais do que isso: em matéria de direito de família – cujos fatos são extremamente sensíveis, fundamentais, tratando-se de uma família, de pessoas, de crianças, de patrimônios de uma vida inteira – essa relativização desmedida causa prejuízos irremediáveis às vidas que estão por detrás do processo judicial, bem como ao sistema jurídico como um todo, pensado pela sociedade por meio de seus representantes políticos que formulam a lei positiva. Tamanha falta de critério ocasiona a transformação do Código Civil num livro de cabeceira, o qual serve apenas de “consulta” para fundamentar uma decisão ou interpretação já tomada pelo julgador antes de estudar o que diz a lei.

Dita postura fica manifesta quando o assunto é o concubinato. Decisões recentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul

reconheceram ao concubinato (mesmo com a clara evidência e prova de adultério e infidelidade) o *status* de entidade familiar, mesmo inexistindo qualquer persecução de verificação de boa-fé por parte da concubina(o), contrariando dispositivos da lei civil (que, inclusive, prevê a possibilidade de verificação de culpa na separação se verificado ao adultério) e da própria jurisprudência anterior já consolidada, a qual sempre procurou adaptar a lei ao devir social, e não alterá-la em conformidade com esse devir.

Como dito, em nenhum momento os Tribunais reconheceram o concubinato como família, mas tão somente admitiram a existência de outros efeitos civis não previstos pela lei civil. A nova jurisprudência, contudo, diz o que é família, englobando nesse conceito “vazio” quaisquer relações afetivas sociais existentes, incentivando, inclusive, a formação de mais de uma família ou de famílias paralelas, claramente instituindo, *contra legem* e contra a *consuetudo*, a poligamia.

É o que se verifica na decisão transcrita a seguir:

[...] o fato de o varão ter mantido seu casamento em concomitância com o relacionamento havido com a apelante, não seria, por si só, impedimento para o reconhecimento da união estável. Não é de hoje que essa Oitava Câmara tem se manifestado favoravelmente ao reconhecimento da união estável concomitante ao casamento ou concomitante a outra união estável.

[...] Então, o argumento de que a segunda união seria de natureza concubinária e que, por isso, não seria lícito o reconhecimento da união estável paralela ao casamento, “data venia”, penso que já foi superado por um significativo número de julgamentos no âmbito deste órgão fracionário⁴ (Rio Grande do Sul, 2008c, p. 6).

Note-se que os critérios até então considerados pela jurisprudência – a existência de separação de fato e a diferenciação necessária entre a união estável e o concubinato – parece ter sido afastada pelo novo direcionamento, qual seja, de reconhecer tantas e quaisquer relações paralelas que alguém possa vir constituir, desde que sejam “duradouras”, “públicas”, e com o “intuito de constituir família”. A lei civil, quando fala da fidelidade, da reciprocidade, do auxílio mútuo entre os cônjuges e companheiros, está completamente afastada pelo direcionamento jurisprudencial dantes referido, o qual admite que uma mesma pessoa possa comprometer-se a ter fidelidade perante duas ou mais outras com as quais venha constituir as “suas famílias”.

Em sentido contrário, no entanto, orientam-se as decisões expostas abai-

xo, que, por sua clareza e coerência, dispensam quaisquer comentários:

O presente caso traduz aquilo que Gischkow chamou de **monetização do afeto**, ou seja, a parte entregase em uma relação paralela ao casamento, uma verdadeira ‘relação aberta’ e, frustrada, pretende compensar-se monetariamente. [...] Admite o autor expressamente que o relacionamento havido entre Apelante e Apelada **preenche os requisitos de um concubinato impuro, como se a lei civil reconhecesse e protegesse duplicidade de relações conjugais no Direito de Família**. À evidência, **isso tornaria ‘um nada’ a instituição oficial do casamento, porque qualquer relacionamento amoroso, mesmo com prostitutas, poderia ser indenizável como se tratássemos de relações de família**. Podemos seguir adiante nas ‘interpretações’, mas não confundir institutos jurídicos [...] **Sabemos que o casamento e a união estável têm amparo na lei e na Constituição Federal, sendo que o legislador civil distinguiu precisamente o concubinato**. [...] Para o concubinato adúlterino persistem algumas regras coibitórias de direitos, no plano patrimonial, em resguardo aos direitos de família constituída pelo casamento [...] **Com o advento da Constituição de 1988, o relacionamento homem-mulher com partilha de bens dá-se**

4 Trecho de voto do Des. Rui Portanova nos autos da Apelação Cível nº 70024608507, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 9 out. 2008.

no casamento e na união estável, mas não no concubinato, não na relação aberta ou na sociedade de fato. Eventuais considerações econômicas devem ser solvidas no plano obrigacional, não no familiar. (...) o autor é casado, com casamento em plena validade e confessada quebra dos deveres matrimoniais. Assim, o reconhecimento de sua pretensão seria agressão à instituição legal do casamento. [...] **O casamento, seja por contrato, seja como instituição, impõe deveres legais e responsabilidade ética não podendo descambar para o reconhecimento de relações paralelas e à margem da lei**⁵ (Rio Grande do Sul, 2008b, p. 3-5, grifamos).

Tendo havido inequivocamente uma relação amorosa entre a autora e o demandado, **típica de um mero concubinato, evidentemente mostra-se descabido o pedido de indenização, que carece de amparo jurídico**, visto que não se pode dar mais à concubina do que teria se casada fosse, valendo lembrar que não é a esposa aquinhoadada com contraprestação por serviços domésticos prestados à família e ao marido. [...] Por oportuno, vale observar que **a indenização por serviços domésticos prestados era admitida na esfera da Justiça**

Estadual e no âmbito do Direito de Família como um artifício para se evitar injustiças contra a mulher que se dedicava a uma união livre, mas com caráter ‘more uxorio’, quando não havia as leis protetivas dessa modalidade de família, que veio a ser concebida e legalizada com o nome de união estável. [...] Trata-se aqui de uma **relação eminentemente amorosa**, não se cogitando de um contrato de trabalho, nem prestação civil de trabalho na modalidade locação de serviços..., **nem se cuida de uma entidade familiar**. Afinal, **o réu era casado e convivia com sua família**. E esse fato era conhecido da autora, que fora empregada da família. [...] **houve entre os litigantes o estabelecimento de um mero vínculo afetivo e sexual, relacionamento este que não apresenta qualquer conteúdo econômico, nem se confunde com uma entidade familiar**⁶ (Rio Grande do Sul, 2008a, p. 5-7, grifamos).

As relações familiares sempre ensejam tais discussões e serão constantemente o foco das principais mudanças normativas e de interpretações jurídicas. Talvez por envolverem não só o amor ou “afeto” – palavra que sumariza demais o profundo sentimento que une

5 Trecho do voto do Des. Alzir Felipe Schmitz, nos autos da Apelação Cível nº 70023890601, 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 25 set. 2008.

6 Trecho do voto do Des. Sérgio F. Vasconcellos Chaves, nos autos da Apelação Cível nº 70023332794, 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do RS, Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 24 set. 2008.

peças sob a mesma família, pois ele não explica, em sua etimologia, as renúncias e sacrifícios que uns fazem pelos outros (pais, filhos, irmãos, netos), nem os egoísmos e ódios que possam surgir, mas só o amor e a falta de amor – mas também elementos culturais, religiosos, morais, até biológicos que inafastavelmente fazem parte das relações humanas (porque são próprios do ser humano).

Ousada, nesse sentido, é a lição de Pontes de Miranda:

Quem não é cônjuge não se torna cônjuge pelo fato de ser tratado como tal. Ser criado como filho não é ser filho. Ter bens em comum com o cônjuge não é estar sob o regime matrimonial da comunhão. Pode-se ser membro da família sem se viver na mesma casa e, até, sem se conhecerem os próprios irmãos. As tentativas de dilatação do círculo família fracassam sempre. Cada vez o círculo família diminui, nas relações da vida (Pontes de Miranda, 2001, p. 80).

4 CONCLUSÃO

Advogar em favor da tradição jurídica e da segurança de seus institutos, para muitos, soa um discurso retrógrado ou, por vezes, discriminatório. O direito de ser diferente parece que não é aplicável àqueles que pugnam por um respeito ao Direito e à sua história, à lei e

aos seus critérios, e, no direito de família, a instituição do casamento. Tais defensores, atualmente, são os diferentes que, por ironia, não podem invocar o seu direito de assim ser diferente, e de assim pensar.

A relativização do Direito, e de seus métodos de interpretação levam, pois, a uma própria ditadura desse fenômeno. É válido reconhecer juridicamente todo e qualquer fato social; mas não é igualmente válido dar guarida a institutos já previstos normativamente e dogmaticamente, os quais talvez não encontrem mais adoção filial por parte da sociedade humana.

Essa variabilidade jurídica – que formam os chamados “conceitos vazios” do Direito, os quais podem ser preenchidos por qualquer conteúdo e quaisquer ideologias – atinge fundamentalmente o Direito de Família. Conceitos como casamento, união estável e concubinato perdem seus critérios e referências para tornarem-se apenas parâmetros gramaticais de situações de fato muitas vezes transitórias e constantemente mutáveis.

Entender os institutos jurídicos em consonância com sua tradição e história não causa uma petrificação das situações fáticas, mas sim consolidam conteúdos que, atualizando-se com a realidade, em seu devir, auxiliam o Direito a manter e estabelecer a ordem – que é sua finalidade principal. E a ordem não se separa da constância; a constância está unida à perenidade; e essas são vivas no meio social por

meio da conhecida relação entre fato, valor e norma.

Talvez no âmbito do Direito de Família o aspecto que tenha sofrido maiores dilacerações seja o valor. Não se compreende por valor apenas as orientações ideológicas ou religiosas, mas também as culturais e tradicionais. Igualmente, não se entende por cultura apenas aquela que se modifica com o tempo, mas da mesma forma os costumes sociais que sempre permanecem, e não tão cedo desaparecerão, pois fazem parte do próprio ser humano.

Os institutos jurídicos familiares sempre serão protegidos pelo Direito, pois traduzem relações humanas que sempre existirão, principalmente o casamento. O casamento é tratado na lei civil como base para formação da família, pois traz ínsito na sua constituição a promessa e compromisso de direitos, deveres, mútua colaboração, doação, comunhão plena de vida e, principalmente, amor. O casal que busca casar-se deve ter plena noção do valor desse compromisso; tanto é assim que o crescimento, hoje, da opção por união estável deve-se exatamente ao ambiente de insegurança na sociedade contemporânea, em que já não se con-

fia mais no outro ou se tem esperanças de que ele irá cumprir as promessas exigidas pelo instituto matrimonial. Para tanto, propôs lei civil, prudentemente, a conversibilidade desta união em casamento, dando a oportunidade ao casal de assumirem esse compromisso mútuo e a responsabilidade de um perante o outro talvez pelo resto de suas vidas.

O concubinato, nesse sentido, não pode ser considerado família, ou entidade familiar, pois é fruto dessa quebra de confiança, de fidelidade, de comunhão plena de vida entre o casal. Pode significar, psicologicamente, uma fuga desse compromisso, ou uma falta de integridade em admitir que sua relação matrimonial passa por problemas e dificuldades. O que não pode – pois seria uma afronta ao valor jurídico presente no instituto do casamento – é ser considerado como uma relação amorosa juridicamente válida, paralela ao casamento ou união estável, pois estar-se-ia desrespeitando não só a lei civil (que também é querida pela sociedade) mas também as próprias pessoas envolvidas na situação de fato, incitando-as a permanecerem no erro ou, talvez, na inconstância de suas vidas.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Do concubinato ao casamento de fato*. 2 ed. Belém: CEJUP, 1987.
- BEVILÁQUA, Clóvis [1859-1944]. *Direito da família*. 2. ed. Recife: Ramiro e Costa, 1905.
- BRASIL. *Novo código civil brasileiro*: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 831 p.
- COULANGES, Numa Denis Fustel de [1830-1889]. *A cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- FILIPPI, Rejane Brasil. O concubinato após a nova Constituição Federal. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 18, n.51, p. 167-173, mar. 1991.
- MALHEIROS, Fernando; MALHEIROS FILHO, Fernando. Aspectos do concubinato adúltero. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 22, n. 64, p. 293-301, jul. 1995.
- MARENSI, Voltaire. Concubinato: legado e seguro de vida. *Revista da AJURIS*, Porto Alegre, v. 17, n. 50, p. 57-61, nov. 1990.
- NORONHA, Carlos Silveira. Fundamentos e evolução histórica da família na ordem jurídica. *Direito e Justiça*: Revista da Faculdade de Direito da PUCRS, Porto Alegre, v. 21, n. 20, p. 51-76, 1999.
- PETIT, Eugène Henri Joseph [1850-1931]. *Tratado elemental de derecho romano*. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti [1892-1979]. *Tratado de direito de família*. Atualizado por Vilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2001. v. 1.
- REALE, Miguel [1910-2006]. *Cônjuges e companheiros*. [São Paulo], 2004. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/conjcomp.htm>>. Acesso em: 20 dez. 2008.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 7ª Câmara Cível. *Acórdão na Apelação Cível nº 70023332794*. Rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, julgado em 24 set. 2008. Porto Alegre, 2008a.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. *Acórdão na Apelação Cível nº 70023890601*. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 25 set. 2008. Porto Alegre, 2008b.
- RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. 8ª Câmara Cível. *Acórdão na Apelação Cível nº 70024608507*. Rel. Des. Alzir Felipe Schmitz, julgado em 9 out. 2008. Porto Alegre, 2008c.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Casamento e concubinato: efeitos patrimoniais*. Rio de Janeiro: Aide, 1985.

O PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE NA TRIBUTAÇÃO

Rosane Beatriz Jachimovski Danilevicz¹

RESUMO

O Estado brasileiro constitui-se em um Estado Democrático de Direito e tem por fundamento a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, dentre outros. A dignidade humana identifica um espaço de integridade a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência e seu conteúdo está associado aos direitos fundamentais e ao mínimo existencial. No âmbito da tributação, a proteção ao mínimo existencial se manifesta na essencialidade de certos produtos. A essencialidade consiste num princípio de política fiscal, instrumento de distribuição de renda e justiça que

se realiza na tributação por meio da seletividade.

Descritores: Tributação. Igualdade. Capacidade contributiva. Mínimo existencial. Dignidade humana. Essencialidade.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objeto analisar e identificar os aspectos da essencialidade como um princípio constitucional da tributação. Cumpre registrar que a essencialidade é um tema que não tem sido muito examinado pela doutrina, pois

¹ Mestre em Instituições do Direito do Estado pela PUCRS. Especialista em Direito Público pela ULBRA. Professora das Faculdades Integradas São Judas Tadeu. Advogada. Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizaacv.jsp?id=E9231753>. Endereço profissional: Rua Quintino Bocaiúva, 554/203, Moinhos de Vento, Porto Alegre, RS, Brasil, CEP 90.440-050. Endereço eletrônico: rdanilevicz@yahoo.com.

essa lhe tem dado pouca atenção, limitando-se a afirmar que consiste numa diretriz à seletividade, bem como poucas questões são levadas ao Poder Judiciário.

As razões que justificam o presente estudo são encontradas na atualidade e na relevância do tema, na medida em que a exoneração da carga tributária sobre as necessidades essenciais na tributação sobre o consumo pode ser satisfeita pela graduação das alíquotas de acordo com a essencialidade dos produtos, mercadorias e serviços.

2 ELEMENTOS RELEVANTES PARA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE

Além da Noção de Princípios e Regras, serão abordados neste artigo: o Princípio da Igualdade, o Princípio da Capacidade Contributiva e o Mínimo Existencial.

2.1 Noção de Princípios e Regras

O Sistema Constitucional Tributário é formado por um conjunto de normas jurídicas – princípios e regras – que atuam de forma coordenada e lógica para que o Estado desenvolva meios para obtenção dos recursos necessários ao cumprimento de suas finalidades e atendimento das

necessidades da coletividade, os quais se consubstanciam na tributação.

Quanto aos princípios, é importante destacar que estão vinculados a valores, porém com eles não se confundem. No direito tributário, ainda que o orçamento e a tributação não decorram de valores, estão em um campo axiológico marcado pelos valores éticos e jurídicos que devem estar contidos nas políticas públicas.

Ricardo Lobo Torres observa que os princípios, assim como os valores, têm por características a generalidade e a abstração, porém com menor intensidade. Os valores são ideias abstratas, supraconstitucionais, enquanto os princípios se encontram entre os valores e as regras, demonstrando em parte a generalidade e a abstração dos valores e a concretude das regras. Os princípios podem estar presentes nas disposições constitucionais como uma concretização dos valores. Porém, se estiverem ausentes daquele texto, não perdem suas características. De modo que os princípios e as regras se concretizam a partir dos valores, em processo de legitimação por intermédio da ponderação, razoabilidade, igualdade (Torres, 2005, p. 194-195).

Enquanto os princípios expressam um dever, os valores expressam um critério de valoração. Por isso os valores não possuem eficácia jurídica direta e se concretizam na ordem jurídica por meio dos princípios.

No caminho da formulação do conceito de princípio, Riccardo Guas-

tini afirma que não é fácil individualizar quais propriedades deve ter uma norma para merecer o nome de “princípio”. Todavia, a “grosso modo”, diz que os princípios caracterizam-se “pelo lugar que ocupam no ordenamento jurídico como um todo e/ou em algum setor específico.” São as normas que aparecem como “caracterizantes” do ordenamento ou de uma parte sua. “Seriam enunciados dotados de um significado muito elástico e/ou indeterminado”. Normalmente, os princípios são normas muito vagas. Um princípio é vago porque “não possui um campo exato de aplicação” ou “porque possui um conteúdo teleológico ou programático”, exprimindo um valor ou recomendando um fim, ou “a realização de um programa” sem “estabelecer os meios que devem ser empregados”. E relativamente a outras normas, os princípios se caracterizam em razão de sua generalidade (Guastini, 2005, p. 186-190).

Conforme José Canotilho, os princípios ou os valores por eles revelados, de liberdade, igualdade, dignidade são essenciais ao sistema jurídico (Canotilho, 2003, p. 1163). Nessa linha, os princípios são normas presentes na Constituição e nos fundamentos de regras jurídicas, ou seja, são proposições básicas que fundamentam o ordenamento jurídico. A partir da sua positivação e constitucionalização, os princípios ganharam normatividade, passando

a impor uma aplicação obrigatória, devendo a lei suprir e esclarecer os seus mandamentos.

Vale dizer que os princípios jurídicos são ideias fundantes dos sistemas jurídicos constitucionais e eficazes instrumentos de interpretação e integração do Direito. No dizer de Ricardo Lobo Torres, “os princípios são enunciados genéricos que concretizam valores morais e conduzem à elaboração, interpretação e aplicação das regras jurídicas” (Torres, 2005, p. 275).

Nesse prisma, Juarez Freitas entende por princípios fundamentais

os critérios ou as diretrizes basilares do sistema jurídico, que se traduzem como disposições hierarquicamente superiores, do ponto de vista axiológico, às normas estritas (regras) e os próprios valores (mais genéricos e indeterminados), sendo linhas mestras de acordo com as quais guiar-se-á o intérprete quando se defrontar com as antinomias jurídicas (Freitas, 2004, p. 56).

Tais orientações revelam que os princípios são instrumentos valiosos para uma adequada interpretação constitucional. A par disso, os princípios também constituem subsídios importantes para fundamentar as decisões judiciais, bem como critérios para o processo de interpretação e aplicação do Direito, uma vez que exige do operador jurídico a observância obrigatória aos mesmos.

Ultrapassada a análise relativa aos princípios, cumpre apresentar a distinção entre princípios e regras, tema crucial para o direito público, uma vez que as disposições constitucionais sobre tributação necessitam de regras reguladoras da criação, fiscalização e arrecadação das prestações de natureza tributária.

A distinção entre princípios e regras é um tema polêmico, haja vista serem vários os critérios para estabelecer as diferenças. Diante disso, cabe destacar que o presente estudo não tem a pretensão de esgotar os doutrinadores que tratam do tema, mas apenas examinar algumas concepções sustentadas.

Ronald Dworkin estabeleceu a diferença estrutural entre princípios e regras a partir de critérios classificatórios. Em sua concepção, uma regra vale ou não vale. Trata-se de um *tudo ou nada*, ou seja, ocorrendo a hipótese descrita na regra, ela será válida, devendo, portanto, ser aplicada. Em havendo colisão de regras, uma delas deve ser considerada inválida. Quanto aos princípios, o autor entende que admitem uma aplicação mais ou menos ampla e de acordo com as possibilidades normativas e fáticas, uma vez que contêm fundamentos para a decisão, os quais devem ser conjugados com fundamentos de outros princípios. Sustenta, ainda, que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que falta às regras (Dworkin, 1993, p. 74-77).

Robert Alexy tem por ponto decisivo para a distinção entre regras e princípios, o fato de os princípios serem normas que ordenam a realização de algo na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas. De modo que os princípios são comandos de otimização aplicáveis em vários graus, enquanto as regras contêm determinações. O conflito entre regras se resolve pela introdução, em uma das regras, de uma cláusula de exceção que elimina o conflito ou pela declaração de invalidade de uma das regras. A colisão de princípios se resolve com a ponderação entre os princípios colidentes, de modo que um prevalecerá sobre o outro. O que não significa invalidar o princípio desprezado nem implica a inclusão de uma cláusula de exceção. Assim, os princípios têm apenas uma dimensão de peso, não determinando as consequências normativas como ocorre com as regras (Alexy, 2001).

Dentre os nossos doutrinadores, destaca-se, inicialmente, Juarez Freitas, para quem os princípios diferenciam-se das regras, não por sua generalidade, mas por sua qualidade argumentativa superior. Por isso, em caso de colisão, a interpretação deve ser conforme os princípios. A supremacia da “fundamentalidade” na colisão de princípio ou no conflito de regras faz com que um princípio prepondere e não uma regra. Para o autor, as regras são preceitos menos amplos

e axiologicamente inferiores. Servem para harmonizar e dar concretude aos princípios fundamentais. Por isso, não podem ser aplicadas automaticamente, porquanto “a compreensão das regras implica uma simultânea [...] aplicação dos princípios em conexão com as várias frações do ordenamento” (Freitas, 2004, p. 56-57). Humberto Ávila opta por posição diversa, sustentando que a solução do conflito entre regras e princípios depende do nível hierárquico das espécies normativas. Desse modo, em sendo de hierarquia diferente, tanto se tratando de um princípio ou uma regra, prevalecerá a norma de hierarquia superior. Já o conflito entre um princípio constitucional e uma regra infraconstitucional deve ser solucionado com a prevalência do princípio. O conflito entre uma regra constitucional e um princípio infraconstitucional será resolvido com a prevalência da regra. Ocorrendo o conflito entre um princípio e uma regra constitucionais, deve ser dada prevalência à regra, caso não se trate, apenas, de uma extensão ou restrição teleológica em âmbitos permitidos do Direito (Ávila, 2004b, p. 85).

Humberto Ávila entende que as regras e os princípios diferenciam-se *quanto ao modo como prescrevem o comportamento*. Assim, as regras qualificam-se como *normas imediatamente descritivas* da conduta a ser adotada, tendo em vista que estabelecem obrigações, permissões

ou proibições, enquanto *os princípios são normas imediatamente finalísticas*, pois determinam um estado de coisas e necessitam da adoção de determinados comportamentos para sua promoção. Sustentando que as regras também podem ser diferenciadas dos princípios *quanto à justificação que exigem* para a adoção de uma determinada interpretação e aplicação, o autor afasta o modo do *tudo ou nada*, e afirma que, para a interpretação e aplicação das regras, é necessária uma análise da correspondência entre os fatos e as disposições da norma. Já os princípios reclamam uma análise entre o estado de coisas a ser promovido e a conduta adotada. Segundo o autor, as regras ainda podem ser diferenciadas dos princípios *quanto ao modo como contribuem para a decisão*. Desse modo, os princípios são *normas com pretensão de complementaridade e de parcialidade*, pois apenas estabelecem diretrizes valorativas a serem alcançadas, não descrevendo o comportamento adequado para a tomada de decisão, de modo que não geram uma solução específica, todavia, contribuem para a chegada a uma solução. Já as regras são *normas preliminarmente decisivas e abarcentes*, uma vez que abrangem os vários aspectos relevantes para a tomada de decisão a fim de buscar uma determinada solução ao caso (Ávila, 2004b, p. 63-69).

Na visão de Eros Grau, a generalidade de uma regra é diversa

da generalidade de um princípio, porquanto a regra é estabelecida para um indeterminado número de atos ou fatos, enquanto os princípios comportam indefinidas aplicações. É no momento da interpretação/aplicação que surge a diferença entre regra e princípio. Assim, no curso do processo interpretativo é que o intérprete decidirá se existe ou não conflito entre regras ou colisão entre princípios. Ainda, os *princípios* atuam como mecanismos de *controle* da produção de normas-regras, bem como podem ser *a medida do controle externo da produção de normas*. Além do que cabe ao intérprete a escolha do *princípio* a partir da ponderação do seu próprio *conteúdo*, enquanto a declaração da *validade* de cada *regra* depende do exame de critérios formais externos (Grau, 2005, p. 183).

Consoante aponta Paulo Caliendo, não há um *critério hermenêutico* que estabeleça anterior à experiência “a prevalência dos princípios sobre as regras ou vice-versa”. Tal raciocínio deve ser empregado “para os casos em que princípios e regras possuam mesma hierarquia (constitucional ou infra-constitucional)”, uma vez que, entre normas de hierarquia diversa, os “fundamentos de validade” podem ser alcançados “nos critérios sobre norma superior e inferior”. Somente a verificação do caso concreto pode determinar se deverá prevalecer o princípio ou a regra (Caliendo, 2006, p. 132).

Vários são os argumentos que

demonstram a inexistência de um critério hermenêutico que estabeleça em princípio a prevalência de princípios ou regras. Além do argumento de que, a partir de uma *interpretação tópico-sistemática* do caso concreto, é possível comprovar as conexões lógico-axiológicas que indicarão a *melhor solução possível* para o caso (Caliendo, 2006, p. 151), há o argumento decorrente do fato de os princípios e regras possuírem natureza lógico-sintática diversa.

Diante de tudo o que foi exposto, depreende-se que os princípios contêm uma maior carga valorativa, um fundamento ético e indicam uma determinada direção a seguir. São aplicados a um número indeterminado de situações mediante ponderação, pois não descrevem as condições necessárias para sua utilização. A validade dos princípios resulta do seu próprio conteúdo, que, em maior ou menor medida, são universais, absolutos, objetivos e permanentes. Possuem uma aplicação explicadora e justificadora em relação às regras e sintetizam uma grande quantidade de informação de um setor ou de todo o ordenamento jurídico, conferindo-lhe unidade e ordenação. Quando em colisão nenhum princípio é excluído, cabe ao intérprete hierarquizá-los axiologicamente.

Por sua vez, as regras se referem ao mundo concreto e são normas descritivas que estabelecem obrigações, proibições ou permissões

por meio de condutas pré-estabelecidas. Decorrem de outras regras ou até mesmo de princípios. Garantem a previsibilidade do sistema, pois seu comando é objetivo, não dando margem a outras incidências, de modo que sua aplicação se dá sob a forma da subsunção, ou seja, enquadram-se os fatos na previsão abstrata e produz-se uma conclusão. Em havendo conflito entre duas regras, somente uma será válida e irá prevalecer.

Tais considerações sobre princípios e regras são relevantes, tendo em vista que estabelecem e influenciam diretamente na unidade interna constitucional, determinando os vínculos relacionais que se tem entre essas normas.

2.2 O Princípio da Igualdade

A igualdade é um princípio que permeia praticamente todo o nosso Sistema Constitucional. Humberto Ávila refere que a igualdade possui uma “dimensão normativa proponderante de *princípio*”, pois estabelece um estado ideal que deve ser perseguido no exercício das competências atri-buídas aos entes públicos. Porém, tem também um sentido “indireto de *regra*” ao descrever “o comportamento a ser adotado pelo Poder Público” diante de “situações equivalentes” e de *postulado* ao exigir à aplicação “a consideração e avaliação dos sujeitos envolvidos, dos critérios de diferen-

ciação e das finalidades justificadoras da diferenciação” (Ávila, 2004a, p. 334-335).

A igualdade perante a lei é a primeira reconhecida em nossa Constituição Federal, ou seja, a igualdade formal consagrada no *caput* do art. 5º. Trata-se da obrigatoriedade de aplicação das normas jurídicas gerais aos casos concretos, exigindo uniformidade na sua aplicação.

No tocante à igualdade material, é sabido que ela não existe entre os indivíduos, seja no aspecto social, biológico ou psicológico, bem como não irá acontecer, porquanto a desigualdade entre os indivíduos é inerente à natureza humana. Contudo, as desigualdades sociais podem ser reduzidas por meio do princípio da igualdade material, cabendo ao Estado a promoção de oportunidades através de políticas públicas e leis que atendam às necessidades dos indivíduos menos favorecidos, de modo a compensar eventuais desigualdades.

O princípio da igualdade consiste na determinação de um tratamento idêntico pela lei, tratando desigualmente os casos desiguais segundo critérios abrigados pelo sistema jurídico.

Em sendo as pessoas desiguais, jamais o tratamento poderá ser o mesmo. Logo, para a aplicação do princípio da igualdade, é necessário um tratamento desigual que, de algum modo, adequar-se-á às peculiaridades decorrentes da desigualdade.

Essa é a razão pela qual Misabel de Abreu Derzi, ao atualizar a obra de Aliomar Baleeiro, refere que “o princípio da igualdade formal é uma norma que impõe o mesmo tratamento aos iguais e outro aos desiguais”, presumindo a diferença “relativa” entre as pessoas, a viabilidade de sua comparação conforme um determinado critério e o caráter axiológico deste (Baleeiro, 2005, p. 527). Consiste, então, o princípio da igualdade na determinação de um tratamento idêntico pela lei, tratando desigualmente os casos desiguais segundo critérios abrigados pelo sistema jurídico.

A concretização do princípio da igualdade depende do critério discriminatório, pois ele mesmo nada diz quanto aos bens ou aos fins de que serve de igualdade para diferenciar as pessoas. A diferenciação somente importa quando lhe é agregada uma finalidade, de modo que as pessoas são iguais ou diferentes segundo um mesmo critério. Portanto, a aplicação da igualdade depende de um *critério diferenciador* e de um *fim* a ser alcançado (Ávila, 2004b, p. 101-102).

Desse modo, para a busca da igualdade, faz-se necessária a escolha de um critério diferenciador justificante do tratamento desigual, tendo em vista que os desiguais devem ser tratados desigualmente, segundo a finalidade perseguida pelo ordenamen-

to jurídico, sob pena de cometimento de discriminação arbitrária.

Pode-se afirmar, então, que é preciso verificar como alguns são iguais ou não, bem como estabelecer qual o critério a ser adotado para a diferenciação para que sejam tratados igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Consoante o disposto no artigo 5º da CF, todos têm direito ao mesmo tratamento, de sorte que “a lei tributária deverá ser *uniformemente aplicada*”. Sendo importante “que a diferenciação normativa dos sujeitos que se encontrarem” na mesma situação ocorra de maneira invariável, “sem a introdução de exceções ou privilégios para determinadas pessoas” (Ávila, 2005, p. 414).

Nesse contexto é que o princípio da igualdade tributária consiste em uma limitação ao poder de tributar consagrada no artigo 150, II, da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:
[...].

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos (Brasil, 2008).

Percebe-se que o princípio da igualdade na tributação acarreta a proibição de arbitrariedades ou excessos, à medida que veda a desigualdade entre indivíduos que se encontrem nas mesmas condições. De modo que é vedado à lei tributária instituir privilégios ou gravames que não sejam uniformes aos contribuintes em igualdade de condições.

O princípio da igualdade ante a lei tributária, além de ser igual para todos que estiverem na mesma situação jurídica, requer que o tributo instituído por lei editada pelo Poder competente não atinja apenas alguns contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se encontram nas mesmas condições. Diante disso, como aferir a igualdade entre os contribuintes? Quem são os contribuintes que se encontram em situação equivalente e merecem tratamento isonômico?

É sabido que “o princípio da igualdade admite a comparabilidade entre indivíduos distintos”, para reuni-los conforme “suas semelhanças e diferenças” e, por isso, a igualdade somente é “aferível por meio de um critério de comparação” (Baleeiro, 2005, p. 378-379).

Um dos mais importantes modos de aferição da igualdade é a capacidade contributiva, porquanto se todos são iguais perante a lei, todos serão tributados, sendo o critério de

igualdade/desigualdade os recursos financeiros de cada um.

2.3 O Princípio da Capacidade Contributiva

Tendo em vista que os encargos públicos são repartidos entre os membros da coletividade, o pagamento de tributos é um dever fundamental. Em sendo assim, o fundamento para a tributação não é a contraprestação do serviço público, mas o concurso de todos para as despesas do Estado.

Ainda que o poder de tributar seja uma das manifestações do poder do Estado, é certo que tal poder não é livre nem pode ser arbitrário. Por essa razão o Estado somente pode atuar dentro do Direito e em observância às limitações impostas, dentre as quais se encontra a capacidade contributiva do indivíduo.

A capacidade contributiva está associada à capacidade econômica do indivíduo em contribuir para a manutenção do Estado e consiste no critério de diferenciação aplicado à igualdade no âmbito do Direito Tributário, haja vista servir de medida para a distribuição dos encargos estatais, igualando ou desigualando os contribuintes a partir das possibilidades econômicas de cada um.

O princípio da capacidade contributiva está previsto no § 1º, do artigo 145, da Constituição

Federal. Destina-se a informar a discricionariedade do legislador, condicionando-o a adaptar a tributação, de maneira tal que as incidências não sejam excessivas nem resultantes de presunções, resguardando o mínimo existencial e obrigando o sistema de tributação a respeitar a capacidade econômica dos contribuintes.

Desse modo, o princípio da capacidade contributiva, além de servir de instrumento para alcançar recursos de quem pode mais, serve para limitar a discricionariedade do legislador, abreviando imposições exageradas, com fins confiscatórios e onerosos do mínimo existencial.

A força normativa do princípio da capacidade contributiva resulta da conjugação dos fundamentos da República contidos no art. 1º – *dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa* – e de seus objetivos fundamentais previstos no *caput* do art. 3º – *sociedade livre, justa e solidária*. Combinado, ainda, com o art. 170 que preconiza os valores e os princípios que compõem a ordem econômica.

Com a observância do princípio da capacidade contributiva, o tratamento tributário será justo quando o legislador considerar as disparidades entre os contribuintes, tratando de modo desigual os desiguais cuja imposição tributária considere a capacidade contributiva

de cada um individualmente. Desse modo, a tributação será justa quando for adequada à capacidade econômica do contribuinte de suportá-la.

É precisamente nesse contexto, que o princípio da capacidade contributiva é o modo de operacionalização da justiça fiscal defendida pela Constituição. Através dele é possível realizar a igualdade, que somente tem sentido quando é possível crer que as pessoas com rendas diferentes possam ser tributadas de modo diferente.

Por isso, quando se diz que “é justo cobrar impostos na proporção dos beneficiários” não significa que cada um deve pagar determinada quantia na medida dos benefícios recebidos, “mas sim que cada pessoa deve ser onerada em termos reais na proporção dos benefícios recebidos” (Murphy; Nagel, 2005, p. 24).

A capacidade contributiva inserida no preceito constitucional exige que toda imposição tributária se justifique em face de manifestações reais e concretas de riqueza. Isto é, onde não houver riqueza não há capacidade contributiva.

Assim, se de um lado os indivíduos têm a obrigação de contribuir para as despesas públicas decorrentes do dever de solidariedade, de outro, o princípio da capacidade contributiva restringe esse dever e o poder de imposição do Estado.

Diante disso, para a caracterização da capacidade contributiva não é suficiente dizer que os fatos

econômicos expressam capacidade contributiva, pois é necessário que se indique quais fatos. Nessa seara, a renda total, o patrimônio, o consumo ou, até mesmo, a combinação desses, podem ser fatos reveladores de capacidade contributiva.

Assim como os economistas, a doutrina jurídica costuma comparar a capacidade contributiva com a capacidade econômica. A capacidade contributiva teria início quando afastadas todas as despesas necessárias à vida digna do contribuinte, bem como de sua família. Por sua vez, a capacidade econômica consiste no montante total da renda econômica.

O modo mais basilar de compreender a capacidade econômica é apreciá-la de maneira subjetiva, atendendo as situações pessoais dos titulares de riquezas, uma vez que nem todos que manifestam igual capacidade econômica oferecem a mesma capacidade para contribuir com o Estado.

Assim, a capacidade contributiva se manifesta na possibilidade de o indivíduo colaborar para a manutenção do Estado somente a partir do momento em que estiverem supridas as condições mínimas e indispensáveis a uma sobrevivência digna.

O princípio da capacidade contributiva melhor se aplica aos impostos diretos. Nos impostos indiretos a capacidade contributiva nem sempre acontece, uma vez que a carga econômica do imposto não é

suportada pelo produtor, industrial ou comerciante que realiza a operação, mas pelo consumidor final, cuja mensuração da capacidade econômica é difícil. Isso ocorre por não ser possível, antecipadamente, conhecer quem será e quais as condições econômicas do destinatário final do produto, mercadoria ou serviço.

Em razão disso, o constituinte estabeleceu a seletividade das alíquotas como forma de minimizar as consequências da transferência do ônus tributário e aplicar, ainda que minimamente, o princípio da capacidade contributiva àqueles que acabam pagando o tributo inserido no preço do produto, mercadoria ou serviço.

2.4 O Mínimo Existencial

Como observado, o princípio da capacidade contributiva estabelece a margem econômica da riqueza que pode ser tributada e a capacidade econômica se manifesta na possibilidade do indivíduo em colaborar para a manutenção do Estado. Ocorre que tal colaboração somente se realiza a partir do momento em que estiverem supridas as condições mínimas e indispensáveis à sobrevivência do indivíduo com dignidade.

Razão pela qual Alfredo Augusto Becker advertira que é preciso que o legislador escolha “para a composição da hipótese de incidência das regras jurídicas tributárias, fatos que sejam

signos presuntivos de renda ou capital acima do mínimo indispensável” (Becker, 1972, p. 444-445).

Em sendo assim, a renda tributável não tem início com a mera obtenção de recursos, porque deve ser protegida da tributação uma parcela da renda destinada a suprir as necessidades básicas que garantam as condições mínimas de existência digna do indivíduo e de sua família.

Isso ocorre porque o Estado não pode privar o indivíduo de sua própria renda até o limite do mínimo necessário para sua existência.

O artigo 145 da Constituição Federal determina que os tributos sejam *graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte* (Brasil, 2008). Assim, a tributação está limitada à capacidade contributiva do indivíduo determinada a partir de sua capacidade econômica, que deve ser entendida como aquela parcela excedente do mínimo existencial. De modo que a proteção ao mínimo existencial é um elemento indispensável na formação da capacidade contributiva.

Por mínimo existencial entende-se aquela parcela da renda que se destina a solver as necessidades básicas do indivíduo e o núcleo familiar dependente, tais como: alimentação, vestuário, educação, trabalho, saúde, lazer, dentre outras prerrogativas consagradas na Constituição Federal e que possibilitam a manutenção da dignidade dos indivíduos.

Apesar de o mínimo existencial ser um direito que não se encontra ex-

pressamente previsto em nossa atual Constituição Federal, está implicitamente compreendido pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana e pelos objetivos fundamentais da República: erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades.

O princípio da dignidade da pessoa humana está previsto no inciso III, do artigo 1º da Constituição Federal (Brasil, 2008) e se encontra inserido no fim primeiro de nosso Estado, constituindo-se no sustentáculo dos direitos fundamentais que são indispensáveis e necessários para assegurar ao ser humano uma existência digna e o mínimo existencial deve ser considerado como uma subespécie desses direitos.

Do modo como a dignidade humana foi constitucionalmente prevista, depreende-se sua valorização no sentido de que as atenções do Estado devem ser dirigidas elevando o homem ao mais alto grau de importância.

Por isso, Humberto Ávila assevera que a dignidade humana “possui uma dimensão preponderante de *sobreprincípio*”, tendo em vista que determina ao Poder Público “o dever de buscar um ideal *de importância e de valoração* para o homem cidadão”. Sua importância “na ordem constitucional” é imensa, refletindo até mesmo na “atividade hermenêutica”, na medida em que essa deverá sempre colocar o homem no centro de importância e de valoração (Ávila, 2004a,

p. 319). Segundo o autor, a dignidade humana tem eficácia indireta em questões tributárias

como as relações obrigacionais tributárias possuem efeitos patrimoniais decorrentes da apropriação de meios de pagamento e efeitos comportamentais juntos ou separados dos encargos tributários, elas atingem a esfera privada e mantêm relação necessária com a liberdade e a propriedade, cuja disponibilidade é afetada. O direito à vida não é violado pelas leis tributárias, desde que se mantenha disponível um mínimo em liberdade e em propriedade.

[...].

A preservação do direito à vida e à dignidade e da garantia dos direitos fundamentais de liberdade alicerçam não apenas uma pretensão de defesa contra restrições injustificadas do Estado nesses bens jurídicos, mas exigem do Estado medidas efetivas para a proteção desses bens. O aspecto tributário dessa tarefa é a proibição de tributar o mínimo existencial do sujeito passivo (Ávila, 2004a, p. 318-319).

Assim, em face da dignidade da pessoa humana, as limitações ao poder de tributar não podem consistir apenas na igualdade tributária, tendo em vista que o seu resguardo implica a observância da capacidade contributiva e do mínimo existencial, indispensável à subsistência humana.

No que concerne ao mínimo existencial, os direitos sociais – a educação, a saúde, a moradia, a

previdência social, o salário mínimo dos trabalhadores – vinculam parte daquilo que se considera necessário para ser atendido pelo mínimo existencial, isto é, as prestações que devam ser acolhidas por esse mínimo e que sirvam de referência ao Poder Público.

Importa considerar que o mínimo existencial não tem um conteúdo específico e mensurável, abrange muito mais aspectos de qualidade do que de quantidade, bem como é variável, tendo em vista que, além das necessidades humanas serem infinitas e também variadas, constantemente surgem novas necessidades, bem como as diversidades regionais contribuem para tanto. Essa é a razão pela qual Ingo Wolfgang Sarlet salienta que

já não se pode negligenciar a circunstância de que o valor necessário para a garantia das condições mínimas de existência evidentemente estará sujeito às flutuações, não apenas na esfera econômica e financeira, mas também das expectativas e necessidades vigentes (Sarlet, 2007, p. 49).

Em sendo assim, o direito ao mínimo existencial impede o exercício do poder de tributar, em face da situação econômica do indivíduo, bem como se refere à prestação de serviços públicos. Isto é, o mínimo existencial não se resume ao direito de condições materiais mínimas a

uma vida digna, mas, também, ao direito de obtenção da promoção e facilitação estatal ao crescimento econômico e social, que no Direito Tributário implica a eliminação de obstáculos impositivos da realização desse mínimo.

Assim, a realização do indivíduo como ser livre exige a atenção a requisitos indispensáveis, sem os quais não é possível alcançar a plenitude que lhe é assegurada pela Constituição Federal. Daí que no âmbito da esfera patrimonial do indivíduo deve ser garantido um mínimo de condições de existência que permitam seu desenvolvimento.

De outra parte, vale dizer, também, que o mínimo existencial deve ser observado tanto na tributação dos impostos diretos, como na tributação dos impostos indiretos. Uma forma de proteger o mínimo existencial da tributação dos impostos indiretos ocorre pela aplicação da seletividade, onde os impostos incidem com alíquotas mais elevadas, na razão inversa da essencialidade do produto, mercadoria ou serviço.

3 O PRINCÍPIO DA ESSENCIALIDADE

É por meio do princípio da seletividade que se viabiliza, ainda que minimamente, a observância da capacidade contributiva nos impostos indiretos. Tal princípio

determina que o legislador gradue a incidência tributária sobre produtos, mercadorias ou serviços de acordo com sua essencialidade, de modo que quanto maior a importância social do bem consumido, menor será a carga tributária incidente sobre eles.

A seletividade visa isentar ou privilegiar com alíquotas mais baixas os bens e serviços essenciais à população. De modo que o imposto seletivo é aquele que onera diferentemente os bens sobre o qual incide, escolhendo-se esses bens em razão de sua essencialidade a uma vida digna.

O que ocorre, através da aplicação da seletividade, é uma presunção de existência de riqueza, reveladora do potencial capacidade contributiva do consumidor. De modo que a sua aplicação apresentará distorções quando a parcela mais favorecida da população também adquire produtos, mercadorias ou serviços de primeira necessidade, com reduzida ou nenhuma tributação, quando, na realidade, teria condições de suportar o ônus tributário.

De igual modo, o indivíduo economicamente menos favorecido, ao adquirir um produto, mercadoria ou serviço considerado supérfluo, arcará com a mesma carga tributária existente para os economicamente mais favorecidos, porém, o ônus suportado em relação à sua receita será proporcionalmente mais elevado.

Nos impostos indiretos, a exoneração da carga tributária sobre as necessidades essenciais pode ser satisfeita pela isenção de produtos, mercadorias e serviços indispensáveis ou pela graduação da alíquota. É justamente nesse contexto que a essencialidade dos produtos, mercadorias e serviços se realiza na tributação.

A observância da essencialidade serve para preservação do mínimo existencial e, por conseguinte, atenção ao princípio da dignidade humana, na medida em que estabelece que quanto mais essencial for o produto, mercadoria ou serviço para a coletividade, menor deverá ser a sua alíquota, bem como quanto menos essencial, maior deverá ser a alíquota aplicável.

A discriminação entre as coisas essenciais e as supérfluas, ou ainda, a graduação do que é mais ou menos essencial, visa atender o dever de tributação diferenciada daquilo que é necessário e o que não é.

Também pode resultar da seletividade em função da essencialidade, que determinado produto, mercadoria ou serviço tributado de maneira mais favorável ou menos gravosa, seja consumido preponderantemente por uma classe de pessoas menos aquinhoadas financeiramente, tendo em vista que o consumo de produtos supérfluos e, por via de consequência, maior tributados, depende apenas da vontade de cada um.

Por isso a essencialidade não depende da capacidade contributiva do

consumidor de produtos, mercadorias ou serviços, uma vez que ela é objetiva e igual para todos.

A essencialidade dos produtos, mercadorias e serviços foi um meio adotado pelo constituinte para a operacionalização da seletividade, diz a Constituição Federal

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

[...];

IV - produtos industrializados;

[...].

§ 3º - O imposto previsto no inciso

IV:

I - será seletivo, em função da essencialidade do produto (Brasil, 2008).

Desse modo, o legislador ordinário ao instituir concretamente o Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI – deve considerar que haverá de ser seletivo em função da essencialidade do produto.

Quanto ao imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e serviços – ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços) – a Constituição Federal estabelece:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

[...];

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação,

ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;

[...].

§ 2.º O imposto previsto no inciso II atenderá ao seguinte:

[...];

III - poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços (Brasil, 2008).

De acordo com o texto constitucional quando o legislador ordinário instituir concretamente o ICMS deverá considerar que o imposto poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e dos serviços. Importa registrar que parte da doutrina tem entendido que a expressão “poderá ser seletivo” para o ICMS equivale a um dever.²

É sabido que o IPI e o ICMS são impostos que recaem sobre a produção e o consumo e, portanto, comportam a transferência do ônus financeiro, por isso a sua adequação à capacidade contributiva do consumidor não é muito fácil, como nem sempre será possível obter resultados muito justos.

De fato, os gastos realizados com consumo de bens e serviços não revelam as características de pessoalidade dos contribuintes, como ocorre nos impostos diretos onde melhor se verifica a capacidade contributiva dos contribuintes, uma vez que neles são consideradas as particularidades deles.

2 Roque Antônio Carrazza, lembrando que o ICMS serve de “instrumento de extrafiscalidade”, sustenta que a seletividade é obrigatória tanto no IPI como no ICMS. Porquanto o termo “poderá”, constante do art. 155, § 2º, III da CF significa “deverá”. Não se trata de “uma mera faculdade do legislador”, mas sim de uma norma de “observância obrigatória”. A Constituição Federal, quando confere um poder ao ente estatal, está lhe impondo um dever. Por isso o princípio da seletividade “pode e deve ser” empregado “como instrumento de ordenação político-econômica, estimulando a prática de operações ou prestações havidas por úteis e convenientes para o País”, bem como “onerando outras que não atendam tão de perto ao interesse nacional”. Razão pela qual é possível aplicar “em algumas operações com produtos supérfluos, a alíquota” de 25% “e, em outras, com produtos essenciais, as alíquotas baixam para 18%, 17% e, até 12% e 9%” (Carrazza, 2006, p. 374-375). Hugo de Brito Machado Segundo, analisando sob outro aspecto, observa que “a Constituição não asseverou que o imposto poderá ser seletivo, e que essa seletividade poderá ser de acordo com a essencialidade das mercadorias e serviço”. Se fosse esse o sentido do dispositivo constitucional, “tratar-se-ia de norma tola, porquanto todo o imposto pode, em princípio, ser seletivo, de acordo com qualquer critério, inclusive a essencialidade do bem tributado”. Na realidade, o sentido da expressão quer dizer que o ICMS poderá ser seletivo. Se for seletivo, a “seletividade deverá ocorrer de acordo com a essencialidade das mercadorias e dos serviços” (Machado Segundo, 2000, p. 72).

A realidade revela que o imposto incidente sobre o consumo tem efeito regressivo, isto é, quem possui menor poder aquisitivo, proporcionalmente à sua renda, termina por pagar mais imposto do que aquele com maior poder aquisitivo.

Anote-se que a Constituição Federal não revela quais produtos, mercadorias ou serviços devem ser considerados essenciais. Todavia, a partir de uma interpretação sistemática do texto constitucional, pode-se afirmar ser essencial todo o produto, mercadoria e serviço que atenda às necessidades indispensáveis, tais como: saúde, alimentação, moradia, vestuário, trabalho, cultura, lazer, serviços de telecomunicação, energia elétrica etc.

Por outro lado, é intuitivo que a Constituição Federal quando refere a essencialidade emprega um termo que permite uma variada graduação, sem, no entanto, delimitá-la. Desse modo, diante da variedade de produtos e serviços existentes, há aqueles que serão considerados mais ou menos essenciais à vida humana.

Num primeiro momento, o conceito de essencialidade enseja o entendimento de que estaria restrito apenas àqueles bens e serviços de primeira necessidade, ou seja, àqueles indispensáveis à sobrevivência biológica do indivíduo. Contudo, é preciso ampliar tal conceito de modo que se assegure a sobrevivência biológica e

social da pessoa humana com um mínimo de dignidade.

É precisamente nesse contexto que Henry Tilbery constata que o sentido da essencialidade alcança aquelas necessidades que são indispensáveis por natureza, como também “aqueles bens que, conforme a opinião estabelecida de decência, não deviam faltar” aos mais humildes. Assim, “o conceito da essencialidade vincula-se a *um mínimo de vida* não devendo ninguém ficar abaixo de tal padrão” (Tilbery, 1974, p. 326).

Em vista disso, a essencialidade deve ser analisada à luz do princípio constitucional da dignidade humana, classificando os bens e serviços numa escala que varia de indispensáveis a absolutamente supérfluos para uma existência digna.

Em consequência, ao aplicar a essencialidade, parte-se daquilo que é essencial em função das necessidades básicas do indivíduo, tais como saúde, alimentação, vestuário, moradia, acrescentando, tudo aquilo que decorre do direito de cada um à dignidade humana. Em outras palavras, partindo-se daqueles produtos, mercadorias e serviços que compõem o mínimo existencial, os excedentes serão considerados menos essenciais ou supérfluos e, por conseguinte, passíveis de maior tributação.

Assim, considerando que a essencialidade pode ser graduada, o ônus tributário poderá não existir em sen-

do o caso de tributação sobre bens e serviços absolutamente essenciais às necessidades primárias da população, ou ser fixada em escala ascendente, variando para mais na proporção da menor utilidade social dos bens e serviços. Portanto, a alíquota varia em razão inversa da utilidade do bem.

Estabelecer o que é mais ou menos essencial não é uma tarefa muito fácil. Porém, é possível determinar um critério consubstanciado num mínimo de produtos, mercadorias e serviços que atendam ao princípio da dignidade humana.

Dessa perspectiva, evidencia-se a relação existente entre a essencialidade e o mínimo existencial, na medida em que os produtos, mercadorias e serviços essenciais são aqueles indispensáveis à vida. Portanto, a noção daquilo que é essencial insere-se na ideia de mínimo existencial e, por conseguinte, no contexto da dignidade humana, na medida em que tal princípio abarca o direito de todos a um padrão de vida que assegure sua saúde, alimentação, trabalho, dentre outros direitos.

Contudo, não deve ser olvidado que o conceito daquilo que é essencial é mutável na dimensão do tempo e do espaço, em face da cultura, dos hábitos da sociedade, dos avanços tecnológicos. De modo que aquilo que hoje não é essencial à vida humana, poderá ser amanhã.

Nesse contexto, atualmente, produtos como remédios, gêneros alimentícios, materiais escolares e de

construção, instrumentos de trabalho também são básicos, bem como peças básicas de vestuário, serviços de energia elétrica, telefonia, produtos como gás natural, petróleo e seus derivados, combustíveis, devem sofrer uma tributação mais branda ou até mesmo nenhuma, em razão de seu elevado nível de essencialidade.

Impõe-se referir, ainda, que a essencialidade, além de se apresentar sob a perspectiva do indivíduo, importando na exoneração da tributação incidente sobre o mínimo existencial, também se apresenta sob a perspectiva da coletividade, que considerando as necessidades coletivas, não tributa ou tributa reduzidamente os bens de consumo generalizado da população, como por exemplo, serviços de energia elétrica, de telecomunicação e de transporte.

À vista do que foi apresentado, percebe-se que a essencialidade consiste em algo mais do que uma mera linha diretiva para a tributação dos impostos indiretos. Trata-se de um princípio constitucional à tributação, aplicado pela seletividade das alíquotas dos impostos incidentes sobre o consumo.

Considerando que o princípio diz respeito a valores e fins, a essencialidade pode ser entendida como um princípio constitucional. Ela é um princípio na medida em que supõe a incorporação do valor justiça e atua como mecanismo de controle de tributação determinando

um estado de coisas, a par de apresentar um conteúdo muito vago e indeterminado e estabelecer um critério valorativo a ser perquirido sem expor a conduta adequada.

A realização do princípio se faz mediante critérios de valoração da conjuntura econômica e social. Assim, o princípio da essencialidade se efetiva mediante ponderação axiológica.

Na aplicação do princípio da essencialidade, não há limites específicos, visto que inexistem critérios capazes de determinar aquilo que está ou não em conformidade com o princípio.

Ademais, o termo “princípio” denota a ideia de fonte ou origem de uma ação. Nesse sentido, pode-se dizer que o princípio da essencialidade tem como fonte ou origem a dignidade humana. O princípio da essencialidade seria uma forma de operacionalizar a igualdade tributária em atenção ao princípio fundamental da dignidade humana.

A essencialidade pode ser considerada um princípio na medida em que a sua exclusão do ordenamento jurídico implicará violação do princípio fundamental da dignidade. Para melhor compreensão do raciocínio, se a essencialidade for retirada do texto constitucional, não há como ser observado o princípio fundamental da dignidade humana na tributação do IPI e do ICMS.

Em que pese o princípio da essencialidade não oferecer demarcações claras e exatas para sua

aplicação, ele tem por finalidade limitar a discricionariedade legislativa, uma vez que o legislador, ao fazer a eleição de produto, mercadorias ou serviços sobre os quais recairá o ônus tributário e em que medida, deverá considerar a essencialidade dos bens para a vida digna dos indivíduos.

4 CONCLUSÕES

À vista do exposto, podemos assentar que a distinção entre princípios e regras não é uma tarefa fácil. Todavia, pode-se considerar o princípio como aquela norma dotada de generalidade, enunciadora de valores ou de um mandamento sistêmico. Já a regra jurídica é aquela norma em cujo conteúdo se identifica prescrições específicas e concretas.

Um dos mais importantes critérios de aferição da igualdade é a capacidade contributiva das pessoas, uma vez que por meio dessa é possível verificar que alguns podem pagar tributos e outros podem pagar menos ou até não pagar.

Diante da noção de capacidade contributiva, nos impostos indiretos, particularmente no IPI e no ICMS, o esforço à sua materialização ocorre através do princípio da seletividade.

Perseguindo uma capacidade contributiva que corresponda à realidade e que não fique apenas no plano teórico, o mínimo existencial apresenta-se como um elemento para identificar a adequação da tributação.

Pois parte das receitas do contribuinte se destina ao suprimento de suas necessidades básicas para garantir condições mínimas de existência digna e de sua família, visto que o direito ao mínimo existencial deriva do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

Aos impostos indiretos, o legislador deve graduar a incidência tributária sobre mercadorias, produtos e serviços de acordo com sua essencialidade, de modo que quanto maior a importância social do bem ou serviço consumido, menor será a carga tributária incidente.

A essencialidade está relacionada com os produtos necessários às condições mínimas de vida e, quando

observada, prestigia o princípio da dignidade da pessoa humana, contexto no qual o mínimo existencial está inserido. A essencialidade pode ser considerada um princípio constitucional à tributação, na medida em que a sua exclusão do ordenamento jurídico implicará violação do princípio fundamental da dignidade humana.

Dentre os modos possíveis de materialização do princípio da essencialidade, no Direito Tributário encontra-se a isenção e a seletividade de alíquotas.

Observa-se que o ICMS e o IPI dispõem do princípio da seletividade como instrumento de realização do princípio da essencialidade do produto, mercadoria e serviço.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 2001.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. O princípio da isonomia em matéria tributária. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). *Tratado de direito constitucional tributário: estudos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 407-439.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Sistema constitucional tributário: de acordo com a Emenda Constitucional n. 42, de 19.12.2003*. São Paulo: Saraiva, 2004a.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *Teoria dos princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004b.
- BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria geral do direito tributário*. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1972.
- BALEEIRO, Aliomar de Andrade [1905-1978]. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. Atualizado por Misabel de Abreu Machado Derzi. 7. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada

- em 5 de outubro de 1988. 41. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. 368 p. (Coleção Saraiva de Legislação).
- CALIENDO, Paulo. Princípios e regras: acerca do conflito normativo e suas aplicações práticas no direito tributário. *Revista de Direito Tributário*, São Paulo, n. 95, p. 124-151, 2006.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARRAZA, Roque Antonio. *ICMS*. 11. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Planeta-De Agostini, 1993.
- FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do direito*. 4. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. A tributação da energia elétrica e a seletividade do ICMS. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 62, p. 70-77, nov. 2000
- MURPHY, Liam; NAGEL, Thomas. *O mito da propriedade*. Tradução Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos fundamentais sociais, “mínimo existencial” e direito privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares*. Porto Alegre: Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, 2007. (Caderno de Direito Administrativo, módulo 2). Também publicado em: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio. (Org.) *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 551-602.
- TILBERY, Henry. O conceito de essencialidade como critério de tributação. In: NOGUEIRA, Ruy Barbosa (Coord.). *Estudos tributários em homenagem à memória de Rubens Gomes de Souza*. São Paulo: Resenha Tributária, 1974. p. 309-348.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Tratado de direito constitucional financeiro e tributário: valores e princípios constitucionais tributários*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. v. 2.

ARTIGO COMEMORATIVO AO CINQUENTENÁRIO DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO RIO GRANDE DO SUL: 1959-2009

Gentil André Olsson¹

RESUMO

O artigo traz um histórico do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (TARF), iniciando pelo Conselho Estadual de Contribuintes (CEC): sua denominação, sede, competência, composição, representação da Fazenda junto ao Conselho Estadual de Contribuintes e sessão inaugural. Discorre sobre o TARF, antes da vigência da Lei nº 6.537/73: a nova denominação, sede, competência, composição, representação da Fazenda Pública

Estadual junto ao Tribunal e sessão inaugural como Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais. Apresenta, ainda, a configuração atual do TARF: generalidades, competência, composição, atribuições do Presidente do Tribunal, atribuições do Secretário-Geral do Tribunal, configuração das Câmaras do Tribunal, competência das Câmaras, atribuições dos Presidentes das Câmaras, atribuições dos Juízes, impedimentos, atribuições dos Secretários das Câmaras, defesa da Fazenda Pública Estadual junto

¹ Mestre em Direito. Presidente do Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Rio Grande do Sul (TARF) e Professor de Direito Tributário e Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4745452J6>. Endereço profissional: Av. João Pessoa, 80, Centro, Porto Alegre, RS, Brasil. 90.040-000. Endereço eletrônico: casagrande@direito.ufrgs.br.

ao TARF, serviços auxiliares, advocação de julgamento pelo Secretário de Estado da Fazenda, súmulas de jurisprudência do TARF, Regimento Interno e atuação do sujeito passivo junto ao Tribunal (partes, representantes e procuradores).

Descritores: TARF: história. TARF: organização & administração. TARF: recursos humanos. Direito administrativo: Rio Grande do Sul. Direito tributário: Rio Grande do Sul.

1 BREVE HISTÓRIA DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (TARF)

O Conselho Estadual de Contribuintes (CEC) e o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, antes da vigência da Lei nº 6.537/73.

1.1 O Conselho Estadual de Contribuintes (CEC)

O Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais do Rio Grande do Sul foi criado pela Lei RS nº 973, de 16 de janeiro de 1950,² sob a denominação³ de Conselho Estadual de Contribuintes (CEC).⁴

Sua primeira sede (provisória) foi no terceiro andar (salas 308 e 310) do nº 48 da Rua Júlio de Castilhos, onde esteve em “pleno funcionamento” de 10.05.51 (data da Aprovação do

2 Lei com vigência retroativa a 1 de janeiro de 1950. Alterada pelas Leis n. 1.368, de 27.12.1950 e 2.054, de 18.03.1953.

3 “Art. 1º - Fica instituído o Conselho Estadual de Contribuintes, que funcionará como tribunal ‘mixto’ administrativo, nos termos do art. 241 da Constituição Estadual.” (sic). A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1945, em seu art. 241, determinava: “Serão criados em lei um ou mais tribunais mistos, administrativos, para o julgamento, em última instância, de questões entre contribuintes e a fazenda estadual ou municipal” (Rio Grande do Sul, 1945).

4 Atos normativos anteriores, relativos à administração fazendária e julgamento de matéria de natureza financeira e tributária e atos relativos à organização da Procuradoria Fiscal do Estado:

- a) Ato nº 223, de 02.05.1890 instituiu a Diretoria do Contencioso, que constituía, com duas outras Diretorias, a Administração Central do Tesouro do Estado;
- b) Regulamento do Tesouro de Estado, aprovado pelo Decreto nº 1.081, de 23.04.1907, que atribuiu ao Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda a competência para julgar recursos interpostos das decisões das repartições e empregados fiscais (art. 5º, §10) e ao Procurador Fiscal (de livre nomeação e demissão do Presidente do Estado) a competência de velar pela execução das leis fiscais (art. 13);
- c) Decreto nº 3.002, de 8/8/1922: Interpretou as disposições do Decreto nº 2.578, de

seu primeiro Regimento Interno) até 28.06.51. Em 14.09.51,⁵ passou a funcionar nas salas 1109 a 1111 (11º andar) do nº 410 (Edifício Sulacap) da Av. Borges de Medeiros, tendo realizado sua última sessão, no local, em 09.07.52. A partir de 23.07.52, funcionou no 4º andar (conjuntos 42 e 45) do nº 90 (Edifício Condor) da Rua Andrade Neves, onde permaneceu até 12.08.57 e a partir de 19.08.57, passou

a operar no nº 712 da Rua Duque de Caxias,⁶ onde ficou até 26.05.61,⁷ sendo que a partir de 23.01.59, ostentou a atual denominação – Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais.

A competência do Conselho de Contribuintes consistia em:

- a) julgar, em segunda e última instância administrativa, os recursos⁸ das decisões em matéria de cobrança ou lançamento de impostos, taxas

31.05.1920, que aprovou o Regimento Interno do Tesouro do Estado e do Decreto nº 2.646, de 04.09.1920, que consolidou as atribuições do Ministério Público, no que se referia à Procuradoria Fiscal e a exatores em geral e declarou as suas atribuições;

d) Decreto-lei nº 411, de 30.10.43 (vigência: 01.01.44) – Deu nova organização à Procuradoria Fiscal do Estado, conceitua-a como o órgão técnico-jurídico da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda e determinou a sua competência;

e) Decreto-lei nº 412, de 30.10.43 (vigência: 01.01.44) – Reuniu na Procuradoria Fiscal do Estado (reestruturada) os antigos Procuradores Fiscais e os Funcionários da extinta Diretoria do Tesouro do Estado;

f) Decreto nº 5.103, de 11.08.54 – Criou a Procuradoria-Geral do Estado e integrou nela a Procuradoria Fiscal;

g) Decreto nº 8.507, de 13.01.58 – Reconduziu a Procuradoria Fiscal do Estado à Secretaria da Fazenda (integrada por seis cargos, com lotação na Secretaria da Fazenda), mantendo a competência atribuída pelo Decreto-lei nº 411/43.

5 As datas iniciais de cada período correspondem, sempre, à primeira sessão realizada naquele local e às datas finais do período; correspondem à data da última sessão realizada no respectivo local, conforme publicação das pautas no Diário Oficial do Estado.

6 Prédio que hoje não existe mais, já foi demolido.

7 Data da última sessão registrada no nº 712 da Rua Duque de Caxias, já com a denominação de Tribunal.

8 Os recursos de ofício tinham que ser interpostos no prazo de 10 dias pela autoridade julgadora de primeira instância que decidisse favoravelmente ao sujeito passivo. O prazo para interposição de recurso voluntário era de 30 dias da ciência da decisão de primeira instância que não acolhera a impugnação e, se versasse sobre débito vencido, estava condicionada ao depósito prévio de 50% do valor, ou fiança idônea. A lei nº 2.054/53 conferiu prazo em dobro (contado do vencimento do prazo de 30 dias para a interposição de recurso voluntário) para a autoridade julgadora interpor recurso obrigatório, quando a decisão fosse suscetível a ambos os recursos.

e contribuições⁹ decorrentes de leis ou regulamentos e das decisões proferidas em matéria de consulta;

b) sugerir ao Secretário da Fazenda as providências que entendesse necessárias às boas relações entre o Fisco e os contribuintes;

c) elaborar o seu Regimento Interno;¹⁰

d) requisitar os servidores necessários ao funcionamento de sua Secretaria;

e) excepcionalmente, quando entendesse aplicável julgamento por equidade,¹¹ encaminhar o processo, com parecer do relator nesse sentido, ao Secretário da Fazenda, para decisão.

O Conselho era composto¹² de seis conselheiros (ou seus respectivos suplentes) nomeados pelo Governador do Estado, respeitada a paridade entre a representação da Fazenda Pública e a representação dos contribuintes, e de um “Ministro Presidente” (ou seu suplente),¹³ todos com mandato de dois anos.¹⁴ Os três membros representantes da Fazenda Pública,¹⁵ e seus suplentes, eram indicados pelo Secretário de Negócios da Fazenda,¹⁶ dentre “funcionários de reconhecida competência em matéria fiscal”. Cada

9 É de se observar que, em razão do entendimento da época, posteriormente consolidado no art. 5º do CTN (literalmente: “Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria”), sua competência compreendia todos os tributos estaduais.

10 Em Sessão de 10 de abril de 1951, foi aprovado o primeiro Regimento Interno do Conselho Estadual de Contribuintes do Rio Grande do Sul e foi publicado no Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul, em 10 de maio de 1951 (Rio Grande do Sul, 1951).

11 O Conselho não tinha competência para julgar por equidade, podendo, apenas, sugerir tal julgamento ao Secretário da Fazenda.

12 Os membros do Conselho percebiam Cr\$ 200,00, por sessão a que compareciam, até o limite de Cr\$ 1.000,00, por mês.

13 O primeiro Presidente do Conselho e seu suplente, designados em ato publicado no Diário Oficial de Estado, de 14.02.51, foram Moacyr Dorneles e Carlos Alberto Leão dos Reis, respectivamente.

14 Admitida a recondução por mais um período, mediante indicação da respectiva entidade representada. A Lei nº 2.054/53, suprimiu a expressão “por mais um período”.

15 Os primeiros representantes da Fazenda, designados em ato publicado no Diário Oficial de Estado, de 14.02.51, foram César Couto, Manoel Marques Leite e Gervásio Kramer da Luz.

16 A Lei nº 1.368, de 27 de dezembro de 1950, introduziu a denominação: ‘Secretário de Estado dos Negócios da Fazenda’.

um dos três membros representantes dos contribuintes, e seus respectivos suplentes, era indicado em lista tríplice,¹⁷ respectivamente, pela Federação das Associações Comerciais do Rio Grande do Sul;¹⁸ pela Federação das Associações Rurais do Rio Grande do Sul¹⁹ e pela Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul.²⁰ Inicialmente, o presidente e seu suplente deveriam ser indicados pelo Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul. A partir de 1951,²¹ a designação (e a dispensa) do Presidente do Conselho e do seu suplente passou a ser de livre escolha do Governador do Estado, “dentre bacharéis em direito, de reconhecida capacidade, de indiscutível idoneidade e equidistantes dos interesses dos contribuintes e do fisco”. O Conselho funcionava com cinco membros, no mínimo, e deliberava por maioria de votos, cabendo ao

Presidente exclusivamente o voto de desempate. Em 1953, foram criadas “funções gratificadas” para Chefe de Secretaria, Secretário das Sessões e Assistente da Presidência.²²

Atuava junto ao Conselho um dos Procuradores Fiscais do Estado,²³ designado pelo Governador, com a atribuição de velar pelos interesses da Fazenda, nas questões submetidas ao Órgão. Ao Procurador Fiscal, assim como ao contribuinte (ou seu representante), na condição de partes no processo, era facultado:

- a) requerer diligências assecuratórias do interesse ou direito fiscal em causa;
- b) fazer sustentação oral;
- c) pedir reconsideração²⁴ das decisões não unânimes do Conselho.

A primeira sessão de julgamento de que temos registro – Acórdãos nº 1

17 A Lei nº 1.368, de 27 de dezembro de 1950, aumentou para quatro o número de nomes apresentados na lista de cada entidade.

18 O primeiro Conselheiro representante da FEDERASUL, designado em ato publicado no Diário Oficial de Estado, de 14.02.51, foi Arnaldo Reinert.

19 O primeiro Conselheiro representante da FARSUL, designado em ato publicado no Diário Oficial de Estado, de 14.02.51, foi Aramy Silva.

20 O primeiro Conselheiro representante da FIERGS, designado em ato publicado no Diário Oficial de Estado, de 14.02.51, foi Paulo Ernesto Dohms.

21 Por força da Lei nº 1.368, de 27 de dezembro de 1950.

22 Lei nº 2.055, de 18 de março de 1953.

23 Relativamente à Procuradoria Fiscal do Estado, ver nota nº 3.

24 Segundo o Regimento Interno do Conselho, das decisões não unânimes cabia pedido de reconsideração, interposto no prazo de 15 dias, pela parte vencida.

a 5/51 – CEC²⁵ – somente aconteceu no dia 19/09/1951,²⁶ sob a presidência de Moacyr Dornelles, tendo como conselheiros: Manoel Marques Leite, César Couto e Gervásio Kramer da Luz, representantes da Fazenda Pública Estadual; Arnaldo Reinert, representante da FEDERASUL e Sebastião Montigni da Silva, representante da FIERGS. O Procurador Fiscal presente foi Luiz Moretti e o Secretário (interino) Alberto de los Santos.²⁷

1.2 Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais, antes da Vigência da Lei nº 6.537/73²⁸

A denominação – Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais – foi

determinada em 23.01.59, pelo art. 22²⁹ da Lei (RS) nº 3.694,³⁰ de 6 de janeiro de 1959, que entrou em vigor na data de sua publicação (Rio Grande do Sul, 1959).

Quando da alteração da denominação (em 23.01.59), o Tribunal estava instalado no prédio nº 712 da Rua Duque de Caxias, onde funcionou até 26.05.61,³¹ reiniciando as sessões de julgamento, em 21.06.61,³² no nº 1270 (Edifício Torelly) da Rua dos Andradas, lá permanecendo até 25.11.92, quando passou para a atual sede, à Rua Andrade Neves, nº 106, 7º e 8º andares, nessa Capital.

O Tribunal tinha competência para julgar em segunda e última instância administrativa os litígios

25 CEC – Conselho Estadual de Contribuintes.

26 Já com as alterações introduzidas na Lei nº 973/50, pela Lei nº 1.378, de 27 de dezembro de 1950.

27 A composição do Conselho passou a aparecer completa a partir da sessão de 30.10.51, que foi a seguinte: Presidente: Moacyr Dornelles; Conselheiros: Manoel Marques Leite, César Couto e Gervásio Kramer da Luz, representantes da Fazenda Pública Estadual; Arnaldo Reinert, representante da FEDERASUL; Sebastião Montigni da Silva, representante da FIERGS e Francisco Garcia de Garcia, representante da FARSUL. Presente o Procurador Fiscal Luiz Moretti.

28 Até 26.02.73.

29 “Art. 22 – De conformidade com o que estabelece o art. 241 da Constituição Estadual, é competente para julgamento dos processos fiscais de que trata o art. 43 em segunda e última instância, na esfera administrativa, o Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais”. Art. 43 – todas as questões a que se refere o art. 1º, exceto equidade e inconstitucionalidade.

30 A Lei nº 3.694/59 tinha como ementa: “Dispõe sobre as penalidades e processo fiscais, na esfera administrativa e dá outras providências” (Rio Grande do Sul, 1959).

31 Data da última sessão registrada no nº 712 da Rua Duque de Caxias.

32 Data da primeira sessão registrada no nº 1270 da Rua dos Andradas.

suscitados entre a Fazenda Estadual e os contribuintes, versando, no todo ou em parte, sobre:

- a) a instituição, a incidência, o lançamento, a arrecadação, a natureza ou *quantum* da obrigação tributária;
- b) isenção e redução ou restituição de tributos;
- c) aplicação e interpretação de leis e regulamentos fiscais em geral³³ (Rio Grande do Sul, 1959).

Embora a competência para decidir sobre todas as questões relativas à matéria acima tenha sido plena, não foi autorizado o julgamento por equidade, nem o exame da inconstitucionalidade de norma.

O Tribunal compunha-se de sete membros:

- a) um Presidente e seus dois suplentes (um 1º Vice-Presidente e um 2º Vice-Presidente), nomeados (e demissíveis) livremente pelo Governador do Estado, dentre bacharéis em Direito de reconhecida capacidade, de indiscutível idoneidade e equidistantes dos interesses dos contribuintes e do Fisco;
- b) três Juízes representantes do Fisco,³⁴ e seus suplentes, nomeados para um mandato de dois anos pelo

Governador, mediante indicação do Secretário da Fazenda, dentre funcionários da Secretaria da Fazenda de reconhecida competência em matéria de Direito Tributário e aproveitadas suas especializações.

c) três Juízes representantes dos contribuintes (em número igual ao de representantes do Fisco) e seus respectivos suplentes, nomeados para um mandato de dois anos pelo Governador do Estado, mediante indicação em lista quádrupla (no mínimo), respectivamente, pela Federação das Associações Comerciais do Rio Grande do Sul, pela Federação das Indústrias do Rio Grande do Sul e pela Federação das Associações Rurais do Rio Grande do Sul.

Junto ao Tribunal oficiavam, em conjunto ou separadamente, dois Representantes da Fazenda Pública Estadual (e um suplente), de livre designação e dispensa pelo Secretário da Fazenda, dentre os Procuradores Fiscais e funcionários da Secretaria da Fazenda, bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais, de reconhecida competência e idoneidade e aproveitadas as suas especializações, com as seguintes atribuições e prerrogativas:

- a) ter vista de todos os processos, antes da distribuição aos relatores; usar da

33 Art. 1º da Lei nº 3.694/59.

34 Enquanto servissem no TARF, ficavam dispensados de suas funções ordinárias, não podendo exercer qualquer outra comissão, exceto para estudo ou elaboração de trabalho técnico ou científico. Mantinham todas as vantagens do cargo de origem, além da gratificação por sessão a que comparecessem (até 15 sessões por mês).

palavra, se lhe parecesse conveniente, por ocasião do julgamento;

b) pedir reconsideração, sempre que a decisão não tendo sido unânime, lhe parecesse contrária à prova dos autos ou à lei que regia o caso;

c) levar ao conhecimento do Secretário da Fazenda qualquer inobservância das disposições da lei ou irregularidades ocorridas na primeira instância.

A primeira sessão de julgamento,³⁵ com a nova denominação, ocorreu em 27 de janeiro de 1959.³⁶ O Tribunal esteve composto pelos Juízes: Jonas Cunha de Carvalhosa, representante da FEDERASUL; Antônio Cândido Silveira Pires, representante da FARSUL; Hugo Berta, representante da FIERGS e Joaquim Soter, Gervásio

Kramer da Luz e Mário Lucena Borges,³⁷ representantes da Fazenda, que participaram do julgamento de 27 recursos,³⁸ todos de ofício, sob a presidência de Gervásio Kramer da Luz³⁹ (na condição de presidente substituto, na ausência do titular – Carlos Alberto Leão dos Reis). Atuou como Representante da Fazenda junto ao Tribunal o Procurador Fiscal Plínio Vicente Medaglia.

2 CONFIGURAÇÃO ATUAL⁴⁰ DO TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS (TARF)

Sobre a configuração atual do Tribunal Administrativo de Recursos

35 O primeiro feito julgado foi o recurso de ofício nº 951/58 – CEC, de decisão que havia deferido pedido de “isenção condicionada”, em que era recorrida a Sociedade de Literatura e Beneficência (sic) de Santo Ângelo. O TARF deu provimento ao recurso, para reconhecer a imunidade, visto comprovadamente, tratar-se de “Entidade de Educação e Assistência Social”. A decisão foi consubstanciada no Acórdão nº 95/59.

36 Seguiram-se sessões nos dias 28 e 29.01.59, com a mesma composição.

37 Mário Lucena Borges não assinou o acórdão, provavelmente não participou do julgamento para manter a paridade entre as representações, já que os juízes presentes eram em número de cinco (quatro votantes).

38 Acórdãos de nºs 95/59 a 121/59.

39 Segundo os registros em acórdãos da época, a composição plena do Tribunal era a seguinte: Presidente: Carlos Alberto Leão dos Reis (Vice-Presidente: Ruy Rodrigo Brasileiro de Azambuja, tomou posse em 03.02.59) e Juízes: Gervásio Kramer da Luz, Joaquim Soter e Mário Lucena Borges, representantes da Fazenda; Hugo Berta, representante da FIERGS; Jonas Cunha de Carvalhosa, representante da FEDERASUL e Antônio Cândido Silveira Pires, representante da FARSUL. O Representante da Fazenda junto ao Tribunal era Plínio Vicente Medaglia.

40 A partir da vigência da Lei nº 6.537/73, ou seja, a partir de 27.02.73.

Fiscais, cabe conhecer: sua criação, competência, composição, atribuições do Presidente do Tribunal, atribuições do Secretário-Geral do Tribunal, configuração das Câmaras do Tribunal, competência das Câmaras, atribuições dos Presidentes das Câmaras, atribuições dos Juizes, impedimentos, atribuições dos Secretários das Câmaras, defesa da Fazenda Pública Estadual junto ao TARF, serviços auxiliares, avocação de julgamento pelo Secretário de Estado da Fazenda, súmulas de jurisprudência do TARF, Regimento Interno e atuação do sujeito passivo junto ao Tribunal (partes, representantes e procuradores).

2.1 Generalidades

O Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (TARF) foi criado pela Lei nº 3.694,⁴¹ de 16 de janeiro de

1959,⁴² em substituição ao Conselho Estadual de Contribuintes (CEC); atualmente é regido pela Lei nº 6.537,⁴³ de 27 de fevereiro de 1973; tem sede em Porto Alegre, à Rua Andrade Neves, nº 106, 7º e 8º andares,⁴⁴ e jurisdição em todo o território do Estado do Rio Grande do Sul. É órgão colegiado, que julga em segunda e última instância administrativa os litígios de natureza tributária, suscitados entre a Fazenda Pública Estadual e os sujeitos passivos de imposição tributária da competência do Estado do Rio Grande do Sul.⁴⁵

2.2 Competência

Compete⁴⁶ ao Tribunal Pleno:

a) julgar os recursos extraordinários e os pedidos de esclarecimento interpostos de suas próprias decisões;

41 Com suporte no art. 241 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, de 1945 (Rio Grande do Sul, 1945).

42 Publicada no DOE de 23.01.59 (data da vigência) (Rio Grande do Sul, 1959).

43 É regido pela Lei (RS) nº 6.537/73 (Rio Grande do Sul, 1973), com as alterações introduzidas pelas Leis nºs 8.694/88; 9.481/91; 9.764/92; 10.582/95 e 11.475/00 (Rio Grande do Sul, 1988, 1991, 1992, 1995, 2000) e pelo seu Regimento Interno – Resolução TARF nº 001/2002 (Rio Grande do Sul, 2002).

44 Desde a adoção da denominação “Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais”, este instalado no prédio nº 712 da Rua Duque de Caxias, onde funcionou até 26.05.61, reiniciando as sessões de julgamento, em 21.06.61, no 6º andar do nº 1270 (Edifício Torelly) da Rua dos Andradas, onde permaneceu até 25.11.92, quando foi transferido para o endereço atual.

45 Mediante convênios firmados entre o Estado e os Municípios, as autoridades administrativas estaduais podem ser incumbidas, também, da apreciação e do julgamento de questões suscitadas entre a respectiva Fazenda Pública Municipal e seus contribuintes.

46 Quanto à competência do órgão julgador de segunda instância administrativa. Deve-se levar em conta que a discussão de matéria tributária na esfera administrativa

- b) propor ao Secretário de Estado da Fazenda a redução ou dispensa, por equidade,⁴⁷ de multas impostas ao sujeito passivo, nos termos da lei;
- c) distribuir os juízes por Câmaras, respeitada a paridade de representação;
- d) propor às autoridades competentes medidas de racionalização e aperfeiçoamento da legislação tributária estadual;
- e) aprovar súmulas da jurisprudência do Tribunal;
- f) aprovar e promover alterações no seu Regimento Interno;⁴⁸
- g) resolver questões administrativas quando propostas pelo presidente ou suscitadas por um dos juízes;
- h) apreciar a justificação das faltas do presidente e dos juízes às respectivas reuniões ou sessões;
- i) estabelecer dia e horário para as reuniões;
- j) conceder férias e licenças ao presidente do Tribunal;
- k) instituir e conferir distinções honoríficas;
- l) praticar os demais atos não especificados na competência das Câmaras;
- m) resolver dúvidas e omissões na aplicação do Regimento Interno do Tribunal.

2.3 Composição

O Tribunal Administrativo de Recursos Fiscais (TARF) compõe-se de oito Juízes,⁴⁹ com seus respectivos

decorre de opção do sujeito passivo de exigência tributária, pois esse pode levar a demanda diretamente ao Poder Judiciário. Porém, eleita a opção administrativa, o processo deverá ser constituído e conduzido na forma da legislação específica. Os órgãos Julgadores de Segunda Instância Administrativa Tributária, obviamente, têm competência para reexaminar, em grau de recurso, decisões da primeira instância administrativa tributária, exceto casos de avocação previstos em lei, além de suas próprias decisões, em casos especiais previstos na legislação. Cada Unidade da Federação ao fixar a competência em razão da matéria e do território usa de linguagem própria, condicionando sempre, no contencioso, ao exame prévio por outro órgão administrativo tributário, por ela definido.

47 Segundo o art. 138 da Lei nº 6.537/73, o Secretário de Estado da Fazenda, por proposição das autoridades julgadoras ou quando avocar julgamento (por não haver julgamento no Tribunal pleno ou em Câmara) poderá, atendendo às características pessoais ou materiais do caso:

- a) reduzir ou dispensar, por equidade, multas por infrações de natureza formal;
- b) reduzir, por equidade, as multas por infrações tributárias de natureza material, até o grau correspondente às privilegiadas, desde que não tenha havido dolo, fraude ou simulação.

48 O Regimento Interno deve conter, além de outras disposições, a composição das Câmaras, assegurando a participação, em cada uma delas, de dois juízes representantes da Fazenda.

49 Até 31.08.88, compunha-se de seis juízes, um presidente, um primeiro vice-presidente e um segundo vice-presidente. No caso de funcionamento da Câmara Suplementar a composição do tribunal pleno compreenderá os juízes integrantes desta, perfazendo um total de 12 juízes.

suplentes,⁵⁰ com mandato de quatro⁵¹ anos, admitida uma recondução;⁵² um Presidente;⁵³ um Primeiro Vice-Presidente; um Segundo Vice-Presidente e um Terceiro Vice-Presidente, todos nomeados pelo Secretário de Estado da Fazenda, dentre bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais. Os quatro Juízes que representam a Fazenda Estadual e seus suplentes são escolhidos entre Fiscais De Tributos Estaduais⁵⁴ e os quatro Juízes que representam

os contribuintes e seus respectivos suplentes⁵⁵ serão indicados, em listas de seis⁵⁶ nomes, no mínimo, pela Federação das Associações Comerciais do Rio Grande do Sul – FEDERASUL, pela Federação das Indústrias do Estado do Rio Grande do Sul – FIERGS, pela Federação da Agricultura do Estado do Rio Grande do Sul – FARSUL e pela Organização das Cooperativas do Estado do Rio Grande do Sul – OCERGS,⁵⁷ respectivamente.

50 No caso de impedimento ou de impossibilidade de comparecimento a qualquer sessão, os Juízes providenciarão, antecipadamente, junto à Secretaria do TARF, no comparecimento do respectivo suplente.

51 Até a vigência da Lei nº 11.475/00 (Rio Grande do Sul, 2000), o mandato dos Juízes, e de seus suplentes, era de dois anos, 'admitida a recondução por igual período'. O STF, em liminar, na Adi nº 2405 (em andamento) suspendeu a redação introduzida no art. 98 da Lei nº 6.537/73, pelo inciso IV do art. 1º da Lei nº 11.475/00, que aumentou de dois para quatro anos, o mandato dos Juízes. Em razão da liminar e enquanto ela estiver em vigor o mandato é de dois anos.

52 Os Juízes permanecerão no exercício de suas funções até a posse dos novos titulares, mesmo após o término de seus mandatos.

53 O Presidente do TARF, o Presidente da Segunda Câmara, o Presidente da Câmara Suplementar e o Vice-Presidente, que exercer a Presidência do TARF ou a de qualquer das Câmaras, por dez dias consecutivos, além da gratificação por sessão, percebem, a título de representação, acréscimo de 50% sobre aquela.

54 Enquanto estiverem em exercício no TARF ou em qualquer de suas Câmaras, percebem, além das gratificações a que se refere o artigo 102, todas as vantagens de seus cargos, como se no seu exercício estivessem e ficam dispensados do desempenho de suas funções ordinárias, não podendo exercer cumulativamente qualquer outra comissão, exceto para estudo ou elaboração de trabalho técnico-científico.

55 No mínimo dois e no máximo cinco suplentes para cada Juiz.

56 Até 26.11.92, a lista devia conter 4 nomes, no mínimo.

57 A participação da Organização das Cooperativas do Estado do Rio Grande do Sul – OCERGS, na composição do TARF, foi determinada pelo art. 1º, XXV, da Lei nº 8.694/88 (RIO GRANDE DO SUL, 1988). A posse da sua primeira representação ocorreu em 8/9/88, quando prestaram compromisso Pery de Quadros Marzullo, como

O Presidente e os Vice-Presidentes são de livre escolha e demissão do Secretário da Fazenda, dentre bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais, de reconhecida competência e idoneidade e equidistantes dos interesses da Fazenda Estadual e dos contribuintes.

O Plenário do TARF funciona com a presença mínima de dois terços dos seus membros⁵⁸ e as Câmaras com a sua totalidade, assegurada a representação paritária, e as decisões são tomadas por maioria de votos, sendo que os respectivos presidentes só têm voto de desempate.

A composição plenária atual do Tribunal é a seguinte: Presidente: Gentil André Olsson; **Primeiro Vice-**

Presidente: Ênio Aurélio Lopes Fraga; **Segundo Vice-Presidente:** Fernando Dornelles Moretti; **Secretário-Geral:**⁵⁹ Jorge Luiz Brito Wincher; **Juízes Representantes da Fazenda Estadual:**⁶⁰ Fábio Weber Nowaczyk, Ivori Jorge da Rosa Machado, Luiz Antônio Bins e Nelson Reschke; **Juízes Representantes dos Contribuintes:** Antônio José de Mello Widholzer – FIERGS,⁶¹ Ademir Costa Monteiro – FARSUL,⁶² Mário De Conto – OCERGS⁶³ e Dione Tertuliano Tarasconi – FEDERASUL.⁶⁴

2.4 Atribuições do Presidente do Tribunal

Compete ao Presidente do Tribunal,⁶⁵ além de presidir as sessões

Juiz Titular (de 08.09.88 a 06.07.93) e Saleti Aimê Lucca, como suplente (de 08.09.88 a 23.03.93).

58 Os membros do TARF têm direito à gratificação prevista em Lei, por sessão a que compareçam, até o máximo, por mês, de trinta por Câmara, e de dez pelo plenário, salvo necessidade de agilização dos julgamentos, caso em que o presidente do TARF autoriza que o limite máximo de sessões seja ampliado para até cinquenta sessões, por mês, em cada Câmara.

59 Os Secretários das Câmaras e do Plenário perceberão o equivalente a um quarto do valor da gratificação paga aos juízes por sessão que secretariem.

60 Os atuais suplentes da representação da Fazenda são: Luciano Coelho Guimarães e Rodrigo Maciel de Souza.

61 Juiz Suplente da FIERGS: Cândido Bortolini.

62 Juiz Suplente da FARSUL: Cilon da Silva Santos.

63 Juiz Suplente da OCERGS: Nielon José Meireles Escouto.

64 Juiz Suplente da FEDERASUL: Fúlvio Araújo Santos.

65 No impedimento ocasional e simultâneo do Presidente e dos Vice-Presidentes, exerce a Presidência do TARF o mais antigo dos Juízes presentes ou, sendo iguais em antiguidade, dentre eles o mais idoso.

plenárias do Tribunal e as sessões da Primeira Câmara:

- a) exercer a direção do órgão;
- b) representar o Tribunal;
- c) aplicar sanções administrativas aos servidores do Tribunal, na forma da lei;
- d) dar posse aos membros do Tribunal, recebendo os respectivos compromissos;
- e) conceder férias e licenças aos servidores do Tribunal, bem como apreciar a justificação de suas faltas;⁶⁶
- f) solicitar ao Secretário de Estado da Fazenda os recursos materiais e humanos necessários ao regular funcionamento do Tribunal;
- g) conceder férias⁶⁷ e licenças aos juízes e vice-presidentes;
- h) expedir instruções e ordens de serviço;
- i) atestar a efetividade dos juízes, dos defensores da Fazenda e dos servidores;

- j) apresentar ao Secretário de Estado da Fazenda, anualmente, até 31 de janeiro, relatório das atividades do Tribunal;
- l) oficial ao Secretário de Estado da Fazenda, com antecedência mínima de 30 dias, comunicando o término do mandato dos membros do Tribunal e seus suplentes;
- m) aprovar a realização de eventos de caráter cultural, técnico ou jurídico, de interesse do Tribunal;
- n) indeferir liminarmente, após a ouvida da Defensoria da Fazenda, os recursos não previstos na legislação pertinente e no Regimento Interno do Tribunal;
- o) ordenar por despacho a cobrança dos autos com prazo vencido;⁶⁸
- p) cumprir e fazer cumprir o Regimento Interno do Tribunal;
- q) comunicar, ao Secretário da Fazenda, a falta de comparecimento, sem motivo justificado, do Defensor da Fazenda e do suplente, a três sessões consecutivas.

66 A falta de comparecimento de qualquer Juiz a cinco sessões consecutivas ou a dez alternadas, por ano de mandato, importará, salvo motivo plenamente justificado, em renúncia tácita, devendo o Presidente comunicar o fato ao Secretário da Fazenda, para o efeito de preenchimento da vaga. Somente são consideradas plenamente justificadas, salvo motivo de força maior, as faltas comunicadas antecipadamente à instalação da reunião.

67 Os Membros do TARF têm direito a um período de férias anuais de trinta dias consecutivos, sem prejuízo de suas vantagens, inclusive os Juízes Suplentes que exercerem as funções em caráter efetivo.

68 O não atendimento, pelos Juízes, da cobrança dos autos com prazo vencido, em dez dias, implica perda da gratificação por comparecimento às sessões, enquanto não atendida a ordem (RITARF). O Juiz que deixar de cumprir despacho da presidência, ordenando a cobrança de autos com prazo vencido, perderá a gratificação por comparecimento às sessões, enquanto não atender à determinação (Lei nº 6.537/73) (Rio Grande do Sul, 1973).

2.5 Atribuições do Secretário-Geral do Tribunal

Ao secretário-geral, incumbe:

- a) secretariar os trabalhos do Pleno;
- b) assistir às sessões, redigir e ler as respectivas atas;
- c) providenciar a pauta das sessões do Pleno;
- d) encaminhar, para publicação no Diário Oficial do Estado, as pautas do Pleno e das Câmaras, e os demais atos de interesse do Tribunal;
- e) subscrever as certidões autorizadas pelo presidente e pelos vice-presidentes;
- f) fornecer os dados necessários ao relatório anual do Tribunal;
- g) fazer a previsão dos recursos materiais e humanos necessários aos serviços administrativos do Tribunal e supervisionar a sua execução;
- h) determinar as tarefas a serem executadas pelos servidores em exercício no Tribunal;
- i) praticar os demais atos determinados pelo presidente do Tribunal.

2.6 Configuração das Câmaras do Tribunal

Integram o Tribunal duas câmaras permanentes.

2.6.1 Primeira Câmara

A Primeira Câmara, que é presidida pelo Presidente do TARF, é composta por dois dos Juízes representantes da Fazenda e dois dos Juízes representantes dos contribuintes;

Atualmente, a Primeira Câmara está assim constituída: Gentil André Olsson, Presidente; Ivori Jorge da Rosa Machado e Nelson Reschke, **Juízes titulares, representantes da Fazenda;** Antônio José de Mello Widdholzer, **Juiz titular representante da FIERGS (Juiz suplente: Cândido Bortolini)** e Mário de Conto, **Juiz titular representante da OCERGS (Juiz suplente: Nielon José Meirelles Escouto).** **A Secretária da Câmara é Ledi Maria Rossatto.**

Junto à Primeira Câmara, atuam os Defensores da Fazenda Galdino Bollis e Roberto Camargo da Silva.

2.6.2 Segunda Câmara

A Segunda Câmara, que é presidida pelo primeiro vice-presidente do TARF, é composta por dois dos juízes representantes da fazenda e dois juízes representantes dos contribuintes.

Atualmente, a Segunda Câmara está assim constituída: Ênio Aurélio Lopes Fraga, Presidente; Fábio Weber Nowaczyk e Luiz Antônio Bins, **Juízes titulares representantes da Fazenda;** Ademir Costa Monteiro, **Juiz titular representante da FARSUL (Juiz suplente: Cilon da Silva Santos)** e Dione Tertuliano Tarasconi, **Juiz titular representante da FEDERASUL (Juiz suplente: Fúlvio Araújo Santos).** O Secretário da Câmara é Agostinho Toniolo.

Junto à Segunda Câmara, atuam os Defensores da Fazenda Abel

Henrique Ferreira e Marcolina Maria Gerevini Dias.

2.6.3 Câmara Suplementar

Mediante proposta do Presidente Do TARF⁶⁹ ao Secretário de Estado da Fazenda, este poderá autorizar o funcionamento de uma Câmara Suplementar,⁷⁰ que terá caráter transitório, respeitado o prazo máximo de dois anos. A Câmara Suplementar será presidida pelo Segundo Vice-Presidente do TARF e será composta respeitando as mesmas regras aplicadas às permanentes, podendo ser integrada pelos membros suplentes do TARF ou por Juízes nomeados⁷¹ e Defensores designados pelo Secretário de Estado da Fazenda, na forma prevista para os membros das câmaras permanentes.⁷²

2.7 Competência das Câmaras

Compete às Câmaras:

- a) julgar recursos voluntários, recursos de ofício, pedidos de reconsideração e pedidos de esclarecimento, interpostos de suas próprias decisões; pedidos de restituição de tributo, multa e seus acréscimos legais; pedidos de reconhecimento de isenção e outras matérias que lhe forem atribuídas por lei;
- b) propor ao Secretário de Estado da Fazenda a redução ou dispensa, por equidade, de multas impostas ao sujeito passivo, nos termos da lei;
- c) apreciar a justificação das faltas do seu presidente e dos seus juízes às respectivas reuniões e sessões.

2.8 Atribuições dos Presidentes das Câmaras

Aos Presidentes das Câmaras,⁷³ incumbe:

69 Pela Lei nº 9.764, de 26 de novembro de 1992, foi criada Câmara Suplementar, que funcionou de 28.09.94 a 28.08.98.

70 A Lei nº 10.582/95 (Rio Grande do Sul, 1995) possibilitou criação de uma Segunda Câmara Suplementar, pelo prazo máximo de um ano, presidida pelo Terceiro Vice-Presidente do TARF, que observadas, no mais, as regras de criação e composição da Câmara Suplementar, foi instalada em 09.05.96 e funcionou de 6/96 a 5/97.

71 Os contribuintes serão representados, na Câmara Suplementar, por Juízes indicados por duas das entidades acima referidas, que serão sorteadas pelo Pleno, os quais terão como suplentes os indicados pelas outras duas entidades.

72 Cada uma das Câmaras terá um Secretário e o Pleno um Secretário Geral.

73 A Presidência da Primeira Câmara é exercida pelo Presidente do TARF, cabendo ao Primeiro Vice-Presidente o exercício da Presidência da Segunda Câmara. O Presidente do Tribunal Pleno e os Presidentes das Câmaras estão sujeitos aos impedimentos aplicados aos Juízes.

- a) presidir as sessões, resolver as questões de ordem e apurar as votações;
- b) proferir voto de desempate;⁷⁴
- c) designar relator substituto;
- d) convocar suplente de juiz;⁷⁵
- e) convocar reuniões extraordinárias;
- f) distribuir os processos de acordo com o estabelecido no Regimento Interno do Tribunal;
- g) requisitar as diligências aprovadas nas sessões;
- h) aprovar a pauta das sessões;
- i) assinar as atas das sessões;
- j) assinar os acórdãos, juntamente com o relator;
- l) determinar a baixa de autos de recursos definitivamente decididos;
- m) determinar à secretaria respectiva a elaboração, a cada 30 dias, de relação dos autos com prazo vencido;
- n) determinar a cobrança de autos com prazo vencido, de ofício ou a requerimento das partes;
- o) autorizar o fornecimento de cópias reprográficas ou de certidões, quando requeridas;
- p) exercer as demais funções de corregedoria.

2.9 Atribuições dos Juízes

Aos juízes incumbe:

- a) relatar os processos que lhes forem distribuídos;
- b) proferir voto, que deverá ser deduzido por escrito sempre que for o primeiro divergente da decisão majoritária;
- c) redigir os acórdãos de processos em que for relator ou cuja redação lhe for cometida;
- d) substituir, na presidência das sessões, o presidente do Pleno ou da Câmara, quando ausentes seus substitutos legais;
- e) propor, em sessão, diligências que entender necessárias à instrução processual;
- f) solicitar vista de processo;
- g) declarar-se impedido de participar de decisão, nos casos previstos no Regimento Interno do Tribunal;
- h) apresentar sugestões de interesse do Tribunal;
- i) submeter ao Pleno qualquer irregularidade de que tenha conhecimento relativamente aos serviços do Tribunal;

74 O Presidente do TARF e os Presidentes das Câmaras têm apenas o voto de desempate.

75 Segundo o Regimento Interno, a convocação, quando feita para suprir ausência em Câmara de titular para reunião completa, constará de escala rotativa permanente controlada pela Secretaria Geral segundo critério de antiguidade ininterrupta na suplência, podendo deixar de ser convocado, sem obrigatoriedade de compensação posterior, aquele que, excedendo o prazo de 10 dias para a lavratura de acórdão, estiver, a critério do presidente, sobrecarregado na entrega de acórdãos à Secretaria.

j) deliberar sobre matéria administrativa.

2.10 Impedimentos

Os membros do TARF estão impedidos⁷⁶ de discutir e votar nos processos:

- a) de seu interesse pessoal ou de seus parentes até o terceiro grau, inclusive;
- b) de interesse da empresa de que são diretores, administradores, sócios, acionistas, membros do Conselho Fiscal, assessores ou a que estejam ligados por vínculo profissional;
- c) em que houverem proferido decisão sobre o mérito, na primeira instância.

Segundo o Regimento Interno do TARF, os juízes podem, ainda, dar-se por impedidos de atuar em feitos,

por motivos de foro íntimo, mediante declaração encaminhada, por escrito, ao presidente da Câmara ou do Pleno, conforme o caso, em tempo que permita a convocação de suplente.

2.11 Atribuições dos Secretários das Câmaras

Aos secretários das Câmaras, incumbe:

- a) secretariar os trabalhos da respectiva Câmara;
- b) assistir às sessões, redigir e ler as respectivas atas;
- c) providenciar a pauta das sessões e encaminhá-la ao secretário-geral para publicação no Diário Oficial do Estado;
- d) organizar e remeter ao secretário-

76 Imparcialidade do Juízo. É pressuposto processual de validade da decisão que o julgador (juiz, conselheiro ou vogal) que a profira ou dela participe seja imparcial, que não tenha motivação para atuar no interesse de uma das partes, pois o interesse que deve prevalecer é o da justiça. Objetivamente tem-se como imparcial aquele julgador que não se enquadra em nenhum dos motivos de impedimento ou de suspeição definidos na legislação própria, tais como:

- a) interesse pessoal no feito (DF, RS, SC, RO, MS e AL);
- b) interesse de parentes, consanguíneos ou não, até o segundo grau inclusive (DF e AL); terceiro grau inclusive (RS, RO, SE, SC e GO);
- c) interesse de sociedade de que faça, ou tenha feito, parte como sócio, advogado, membro da diretoria ou conselho (DF, RS, SC, AL e GO), sob vínculo permanente (RO);
- d) houver proferido decisão de mérito ou emitido parecer no processo (DF, RS e GO);
- e) ter sido autor do procedimento fiscal (GO).

Alguns regimentos estabelecem normas procedimentais da “Exceção de Suspeição” (DF, MS e PE) no caso de não haver sido espontaneamente declarado o impedimento pelo julgador.

geral os atos da respectiva Câmara, a serem publicados no Diário Oficial; e) executar todas as tarefas necessárias ao pleno funcionamento das Câmaras a que servirem, de acordo com as determinações do seu presidente.

2.12 Defesa da Fazenda Pública Estadual junto ao TARF

Cabe ao “defensor” o exame inicial do recurso interposto pela parte sucumbente e a consequente manifestação escrita (contra-razões ou parecer), que deve compreender a análise das condições de admissibilidade do recurso e do mérito do pedido que ele contém.

Com a instauração do processo, emerge como objeto da atividade jurisdicional o exame de duas relações jurídicas; uma, que é a lide propriamente dita, entre o impugnante e o Estado, este na condição de pretendente do crédito tributário, que é o objeto último do processo; a

outra é a relação processual que se estabelece, desde o momento inicial, entre o sujeito passivo da obrigação tributária e o Estado, este na condição de prestador da jurisdição.

A representação da Fazenda atua tanto no plano da relação de direito material, quanto no da relação jurídica processual, quando essa apresentar algum vício, irregularidade ou omissão que a torne defeituosa ou ilegítima.

Compete-lhe, portanto, antes de discutir o mérito da causa, alegar como preliminares, todas as arguições admissíveis.

O juízo de admissibilidade tem por finalidade a aferição do preenchimento dos requisitos formais necessários para que o processo se constitua e tenha seguimento, atingindo, ao final, o seu objetivo, que é a solução da lide.

Segundo a legislação do Estado do Rio Grande do Sul, com o objetivo de preservar os interesses do Erário

Evidentemente que, ao eger critérios objetivos de impedimento, o legislador não teve por escopo induzir a ideia de que quem julga em tais condições necessariamente é parcial. O principal motivo do impedimento, além de evitar o constrangimento íntimo do juiz em ter que interferir em decisão que ele ou pessoas próximas tenham interesse, é o de preservar a imagem externa do julgador e do próprio juízo, pois não é suficiente que eles sejam imparciais, é importante que pareçam imparciais às partes.

77 No País, junto aos órgãos colegiados estaduais de julgamento do contencioso tributário administrativo, atuam, como defensores dos interesses do erário público, Procuradores do Estado (CE, SE, PE, MS e DF), Procuradores Fiscais (MG, BA e SC) e “Representantes da Fazenda”, “Representantes Fiscais” ou “Defensores da Fazenda” (RJ, GO, PR, SP, RO e RS). Os primeiros provêm dos quadros da respectiva Procuradoria do Estado e o segundo grupo é oriundo dos quadros da Procuradoria Fiscal do respectivo Estado. Os demais, são recrutados entre funcionários dos quadros da

Estadual,⁷⁷ promover sua ampla defesa e estabelecer o contraditório, oficiam junto ao Tribunal e suas Câmaras, em conjunto ou separadamente, quatro⁷⁸ Defensores da Fazenda Pública Estadual,⁷⁹ e seus suplentes,⁸⁰ designados (e demissíveis *ad nutum*) pelo Secretário de Estado da Fazenda,⁸¹ dentre Fiscais de Tributos Estaduais, bacharéis em Ciências Jurídicas e Sociais, com as seguintes atribuições:⁸²

a) ter vista e falar em todos os processos, antes de distribuídos aos relatores;

b) usar da palavra nas sessões de julgamento, na forma regimental;
 c) solicitar a realização de diligências;
 d) requerer à Presidência do TARF ou das Câmaras, conforme o caso, a cobrança de autos com prazo vencido;
 e) prestar esclarecimentos quando solicitados pelos juízes;
 f) pedir esclarecimento das decisões do Plenário ou das Câmaras, entendidas omissas, contraditórias ou obscuras;
 g) interpor, ao Plenário do TARF, recurso extraordinário das decisões das Câmaras proferidas com o voto

Secretaria da Fazenda ou Finanças (geralmente do quadro de “Fiscais”, ou equivalente, ou do Departamento Jurídico da Secretaria da Fazenda) e designados para a função, pelo respectivo Secretário de Estado, por prazo indeterminado, e por ele dispensáveis “ad nutum”. Em alguns dos Estados, como o Rio de Grande do Sul, a função é privativa de “Agente Fiscal do Tesouro do Estado (anteriormente, Fiscal de Tributos Estaduais), bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais”.

78 A atual Defensoria da Fazenda junto ao TARF está assim composta: Abel Henrique Ferreira, Galdino Bollis, Marcolina Maria Gerevini Dias e Roberto Camargo da Silva.

79 Enquanto estiverem em exercício no TARF ou em qualquer de suas Câmaras, percebem, além das gratificações recebidas pelos Juízes, todas as vantagens de seus cargos, como se no seu exercício estivessem e ficam dispensados do desempenho de suas funções ordinárias, não podendo exercer cumulativamente qualquer outra comissão, exceto para estudo ou elaboração de trabalho técnico-científico.

80 Em caso de acúmulo de serviço e por determinação expressa do Secretário de Estado da Fazenda, os suplentes poderão officiar simultaneamente com os titulares.

81 Na hipótese de funcionamento da Câmara Suplementar, e pelo prazo respectivo, oficiarão mais dois Defensores da Fazenda, com dois suplentes, junto ao Plenário do TARF.

82 No País, as atribuições do “Defensor dos interesses da Fazenda” junto aos Conselhos (AC, AM, AP, AL, SE, SC, ES, TO, BA, GO, RR, MT, MG, PR, PB, RJ e RN); Tribunais (DF, MA, MS, PA, PE, RO, RS e SP); Contencioso (CE) ou Junta (AM), definidas na legislação das diversas Unidades da Federação, podem ser agrupadas em quatro áreas de atuação:

de desempate de seu Presidente, quando entendê-las contrárias à legislação ou à evidência dos autos;

h) requisitar a qualquer repartição pública estadual as informações que julgarem necessárias ao esclarecimento de processo de que tenham vista, as quais lhe serão fornecidas com a maior brevidade;

i) comunicar ao Diretor do Departamento da Receita Pública Estadual quaisquer irregularidades verificadas na instrução dos processos sob sua defesa, em detrimento da Fazenda ou do contribuinte.

A ausência⁸³ de Defensor da Fazenda às sessões não impedirá que o TARF, ou qualquer de suas Câmaras,

delibere. Em caso de impedimento, o próprio Defensor da Fazenda deve providenciar no comparecimento do seu suplente.

2.13 Serviços auxiliares

O TARF⁸⁴ conta, para a execução de seus serviços administrativos, além de funcionários do Quadro de Pessoal Efetivo da Secretaria da Fazenda, designados, mediante ato próprio, pelo titular da Pasta Fazendária, com pessoal contratado por empresas prestadoras de serviços e estagiários, todos subordinados diretamente ao Secretário-Geral do Tribunal.

I - Atuação, no interesse da Fazenda, nos recursos interpostos pelo sujeito passivo do crédito tributário;

II - Interposição dos recursos cabíveis, das decisões contrárias aos interesses da Fazenda (inclusive, procedimentos incidentais como “pedido de esclarecimento”), bem como acompanhamento e sustentação dos recursos de ofício;

III - Fiscalização da aplicação da legislação e prática de atos de instrução processual e correição;

IV - Fornecimento à administração fazendária de elementos de autocrítica e sugestões capazes de proporcionar a avaliação e adequação de seu sistema normativo e operacional de fiscalização e exação.

83 As férias e as Licenças dos Defensores da Fazenda são Concedidas pelo Secretário da Fazenda.

84 O Tribunal conta, atualmente, com sete Técnicos do Tesouro do Estado (Jorge Luiz Brito Wincher, Ledi Maria Rossatto, Agostinho Toniolo, Laudina Maria Foletto, João Carlos Ribeiro Noronha, Leandro Moraes Bersagui e Stela Maris de Albuquerque Fontoura), sete servidores contratados por empresas prestadoras de serviços e quatro vagas para estagiários.

2.14 Avocação de Julgamento pelo Secretário de Estado da Fazenda

Se por falta de *quorum*, decorrente de ausência de Juízes representantes dos contribuintes e/ou da Organização das Cooperativas do Estado do Rio Grande do Sul, o Plenário do TARF ou qualquer de suas Câmaras deixarem de se reunir por cinco sessões consecutivas, o Secretário de Estado da Fazenda poderá avocar o julgamento dos processos pendentes, incluídos na pauta das sessões não realizadas, proferindo decisão irrecurável na esfera administrativa.⁸⁵

2.15 Súmulas de Jurisprudência do TARF

A condensação da jurisprudência predominante do Tribunal em súmulas⁸⁶ far-se-á por proposta, de qualquer de seus integrantes, dirigida ao plenário, indicando o enunciado e instruída, pelo menos, com três decisões unânimes, de cada uma das Câmaras.

A proposta será apreciada em sessão realizada, pelo menos, sete dias após sua apresentação (com distribuição de cópia da proposição aos juízes) e, se aprovada por maioria absoluta de seus membros, entrará em

vigor na data de sua publicação no Diário Oficial do Estado.

As súmulas do Tribunal serão numeradas sequencialmente e, quando aplicadas, dispensam maiores considerações a respeito da matéria.

Por proposta de qualquer dos integrantes do Tribunal o enunciado de súmula poderá ser alterado ou revogado, por maioria absoluta do Pleno, passando a produzir efeitos a partir da data de sua publicação no Diário Oficial do Estado.

2.16 Regimento Interno

Segundo a Lei nº 6.537/73, o Regimento Interno do TARF deve conter, no mínimo (Rio Grande do Sul, 1973):

- a) a distribuição proporcional dos processos a relatar, segundo a ordem cronológica da autuação;
- b) a rigorosa igualdade de tratamento às partes;
- c) publicação das pautas de julgamento no Diário Oficial do Estado, com quarenta e oito horas de antecedência, no mínimo;
- d) direito de vista dos autos pelo sujeito passivo;
- e) direito de defesa oral nos recursos;
- f) realização de três sessões semanais, no mínimo, para cada uma das câmaras e de duas mensais, no mínimo, para o plenário;

⁸⁵ Norma introduzida na Lei nº 6.537/73, pelo art. 1º, XXVI, da Lei Nº 8.694/88 (Rio Grande do Sul, 1988).

⁸⁶ Atualmente, o Tribunal tem 19 súmulas em vigor.

g) a composição e a competência das câmaras, e a competência do plenário;
h) os requisitos essenciais de admissibilidade do recurso previsto no § 1º, do art. 63, da lei nº 6.537/73.

O atual Regimento Interno do TARF foi aprovado pela Resolução TARF nº 1/2002 (Rio Grande do Sul, 2002).

2.17 A Atuação do Sujeito Passivo Junto ao Tribunal

A intervenção do sujeito passivo far-se-á diretamente ou por intermê-

dio de procurador, que deverá ser advogado inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil.

As pessoas jurídicas são representadas por seus dirigentes legalmente constituídos.

Não produzirá efeito, a intervenção de dirigentes ou procuradores se, no ato, não for feita a prova de que os mesmos são detentores dos poderes de representação.

Independentemente de intimação, o sujeito passivo poderá ter vista dos autos processuais na repartição em que estejam tramitando.

REFERÊNCIAS

- RIOGRANDE DO SUL. *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre: Assembleia Legislativa, 1945.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 3.694/59. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 23 jan. 1959.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 6.537/73. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 27 fev. 1973.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 8.694/88. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 18 jul. 1988.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 9.481/91. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 24 dez. 1991.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 9.764/92. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 27 nov. 1992.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 10.582/95. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 27 nov. 1995.
- RIO GRANDE DO SUL. Lei nº 11.475/00. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 2 maio 2000.
- RIO GRANDE DO SUL. Regimento Interno do Conselho Estadual de Contribuintes do Rio Grande do Sul. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 10 maio 1951.
- RIO GRANDE DO SUL. Regimento Interno: Resolução TARF nº 1/2002. *Diário Oficial do Estado*, Porto Alegre, 23 dez. 2002.

AGRADECIMENTOS

A pesquisa para a elaboração deste trabalho contou com a colaboração dos funcionários do TARF e da Biblioteca da Secretaria da Fazenda, com destaque para a bibliotecária Sra. Rosane Koschewitz, a quem agradecemos.

UM JUIZ MAGISTRAL: Comentário sobre a obra de Eliézer Rosa

Oscar Maciel Trindade Netto¹

RESUMO

O artigo apresenta um perfil do grande juiz e jurista Eliézer Rosa, com base em suas obras e no exercício da judicatura, trazendo-o como exemplo de relações éticas e humanas para a magistratura brasileira.

Descritores: Eliézer Rosa: biografia. Magistratura: Brasil. Humanismo. Direito: ética. Filosofia do Direito. Direito processual civil.

Quand on veut que les rossignoles chantent bien, on leur crève les yeux. Quand Dieu veut avoir de grands poètes, il en choisit deux on trois auxquels il envoie de grandes douleurs. (Daudet)

1 INTRODUÇÃO

Atendendo a honroso convite deste magnífico jurista, Dr. Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira, exemplo para a classe dos Advogados, instando-me a escrever sobre Eliézer Rosa, ousou entregar estas linhas, ao eminente Dr. Marco Aurélio, a quem, igualmente, presto minhas homenagens de admirador das peças forenses que tive oportunidade de ler, das brilhantes sustentações orais que testemunho quando compareço no Tribunal de Justiça do Estado e o encontro na luta diária da advocacia, bem como do magnífico livro – *Justiça e Ética: Ensaio sobre o Uso das Togas* – verdadeiro e belíssimo

¹ Advogado (OAB/RS 7281), membro do Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul desde 1974, Pós-Graduação, *Latosensu*: Especialização em Processo Civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Endereço profissional: Largo Visconde do Cairú, 12, cj. 102, Centro, Porto Alegre, RS, Brasil, 90.030-110. Endereço eletrônico: trindade@trindade.adv.br.

guia para os advogados, além de festejado Professor de Direito de inúmeras gerações de jovens que até hoje buscam no conhecimento e saber sob a orientação do Mestre, os meios de ascenderem profissionalmente, confortados pela reconhecida cultura jurídica e lucidez de um jurista de escol.

Escrever sobre Eliézer Rosa não é tarefa fácil, ao contrário, no mínimo delicada, em razão da sua grandeza humana e profissional.

2 ELIÉZER ROSA

A obra escrita e o exercício da atividade profissional como Juiz de Direito sempre estiveram repletas do mais profundo humanismo. Foi um dos pioneiros nos estudos do Processo Civil no Direito Brasileiro em termos de construção jurídico-científica; aluno do grande Liebman; Juiz de Direito Criminal da 8ª Vara Criminal do Rio de Janeiro; alma de poeta, coração de poeta; grandioso escritor de fina, suave, bela e fidalga maneira de escrever, levando-nos ao encantamento pelo português escorreito, mais parecendo a construção de uma catedral gótica, em que a imagem do homem ocupa papel predominante. Foi um apóstolo de bondade, um humanista. Couture era-lhe o poema diário. Liebman era-lhe a lição

grave, a ciência austera, o indubitado magistério. Carnelutti e Chiovenda foram seus grandes inspiradores em matéria processual civil e penal. Leitor dos clássicos italianos, portugueses, franceses, ingleses e brasileiros; possuidor de uma vasta e incomparável cultura clássico-humanista.

Viveu com a família, unido à esposa por mútuo e recíproco sentimento de profundo amor, circunstância que todos observavam com profundo respeito. O casal teve uma filha, que por sua vez lhes deu um neto. Residiu grande parte de sua vida no bairro de Laranjeiras, Rio de Janeiro, na Rua São Salvador.

O domicílio em que, igualmente, amou e sofreu, foi o Foro Criminal: vendo, ouvindo, sentindo e julgando a criatura humana, com a mais formosa das sensibilidades que consiste na caridade, na piedade e na compaixão pelo ser humano que tinha de julgar, vivendo a mais dolorosa de todas as batalhas, a luta dos seus sentimentos e a obrigação de aplicar a lei, muitas vezes, fria, rígida e impessoal, obrigando-o ao ato judicial de condenação, que para ele constituía na dolorosa miséria do processo humano, porque ela, sentença condenatória, dizia, *não poderá nunca ser obra do sentimento do Juiz*.

Ao referir-se ao acusado, disse Eliézer Rosa, com a sensibilidade especial que possuía:

Os que lidam no mundo enfermo da Justiça Penal hão de ter sempre presente em seu espírito que estão tratando com pessoas feridas pela vida, pelas brutalidades do cotidiano. Há que escolher palavras; há que tratar com maior cuidado, porque um olhar mais duro, uma voz mais carregada, tudo são dissonâncias para a alma sensível e doente do que está diante da pessoa do Juiz. Todo réu é um humilhado e um ofendido pela própria vida. O tratamento cordial dispensado aos réus é um dever de todos que lavramos a terra escaldante, o chão de espinhos numa sala de audiências criminais (Rosa, 1975b, p. 55).

Foi um incompreendido por alguns, no Foro, admirado pela maioria, e respeitado por todos que testemunharam a verticalidade da sua conduta pessoal e profissional; varão ilustre, que teve a lhe acompanhar penosamente, dentro da própria família, a aflição e o inaudito sofrimento da doença nos seus afetos, enfermidades que por vezes vergastam nossos entes queridos, ferindo a alma e queimando o coração, ao longo do enigma da vida, que só Deus poderá nos elucidar.

Eliézer Rosa foi o Magistrado que proferiu as primeiras sentenças de prestação de serviços à comunidade, sempre carregadas de um profundo caráter pedagógico. *E.g.*, como a do motorista que atropelou um pedestre, condenado a, diariamente, comparecer em um Hospital de acidentados no trânsito, Hospital Souza Aguiar no Rio

de Janeiro, e auxiliar no atendimento aos acidentados, e, assim, pela simples visão das pessoas feridas e/ou mortas, o motorista um dia entre lágrimas foi ao gabinete do Juiz Eliézer Rosa e lhe disse: “que aquela condenação estava sendo a mais prática e convincente lição que recebera e que doravante iria dirigir com redobrada cautela”; outro caso interessante trata de dois sambistas do morro – um compositor e um passista – que se engalfinharam numa briga de rua com lesões corporais; o compositor declarado culpado foi condenado a compor um samba ao passista, circunstância que aproximou os desavindos e até os dias de hoje são sinceros amigos.

Era comum o grande Juiz Eliézer Rosa, acompanhado de motorista, subir o morro levando alimentos à família de alguém que se obrigara a condenar, em absoluto sigilo, e sem nenhum alarde, de forma totalmente incógnita, pois. confessava aos amigos, a família não tem culpa pelo erro do seu chefe. Sentenças que pelo seu ineditismo, à época, causaram perplexidade em muitos juristas, e, eram, reiteradamente, reformadas no Tribunal, vindo muitos anos após, esta ideia de punição/pedagógica e educativa, a fazer parte do arsenal de soluções do sistema penal brasileiro.

Assim, por mais que escrevêssemos e enumerássemos, diríamos pouco sobre este notável Juiz brasileiro, que ensinou-nos da nobreza e

da grandeza do ato de julgar, além de ter falado e muito bem do advogado, mercê da convivência diária no Foro com os advogados a quem conheceu de muito perto.

Certa ocasião, falou:

Disse o imortal Rui, *sem Deus não há justiça*. Digo eu, o mais humilde dos Juízes; *Apenas menor que os anjos foram feitos os advogados, pois sem eles, as salas de audiências se converteriam em impérios do arbítrio e reinos do despotismo, onde se instalaria a mais danosa de todas as ditaduras, a ditadura do Judiciário*. (Rosa)

Temos uma imensa dívida de gratidão, nós Advogados, com Eliézer Rosa, que de forma significativa enobreceu, honrou, dignificou e engalanou a Magistratura deste País, desde antes da metade do século passado e ao longo dos anos que se seguiram até o seu jubileamento, com rápidas passagens como Juiz Substituto do então Tribunal de Alçada da Guanabara. Dívida que não pagaremos jamais, tal a grandeza da obra magnífica por ele legada nos livros de Processo Civil e Processo Penal, arrolamos alguns;² ao lado das

lições de vida proferidas nas salas de audiências, consubstanciados nos despachos e sentenças que, por seu conteúdo humano e jurídico de inigualável beleza ética e estética, nos reconciliam com a certeza esquecida e, lamentavelmente, olvidada, por tantos doutos de que o direito está posto para a criatura humana e não o contrário, como Eliézer, incansavelmente, repetia.

Lapidar, extraordinário, inigualável a beleza moral, ao dizer sobre a sentença, passagem magnífica, servindo de ensinamento a todos, especialmente, àqueles que trazem a missão humana de julgadores:

Hoje, pobres de nós, operários de uma técnica sem alma e sem piedade, enfeitados por ela, dela amorosos até o feiticismo, somos dela levados, e consumamos sua obra, indiferentes aos resultados, preocupados apenas em que eles sejam tecnicamente incensuráveis. É a perfeição formal que nos encanta. Somos enamorados da forma, artistas plásticos, trabalhando sobre dores humanas, mas a elas indiferentes. E ainda mantemos sobre nossa mesa a monstruosa imagem da Justiça de olhos vendados (Rosa, 1975b, p. 225).

2 Capítulos de história do direito processual civil brasileiro. Rio de Janeiro: Rio, 1975. 3 v. (Cadernos de processo civil, 3).

Dicionário de processo penal. Rio de Janeiro: Rio, 1975. 267 p.

Dicionário de processo civil. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1973. 427 p.

Novo dicionário de processo civil. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986. 322 p. A voz da toga. 3. ed. Goiânia: AB, 1999. 120 p.

Trago, neste modesto e desprezioso artigo, pálido reflexo da beleza imorredoura legada por Eliézer Rosa em seus escritos. Limitado demais para conter e contar as passagens de notável humanismo que nos deixou, em espólio imaterial de valor incalculável que nós devemos passar às gerações vindouras em verdadeiro fideicomisso compulsório, na sequência interminável das gerações que à Casa da Justiça virão, hoje e sempre.

Impossível alinhar toda a beleza e magnitude do que escreveu Eliézer Rosa, todavia, os escritos sobre o Advogado e o Juiz, não podemos nos furtar de trazê-los às gerações dos jovens que, diariamente, vão e irão à Casa da Justiça, e haverão de compreender a imensa e luminosa beleza ética dessa profissão, que tem qualquer coisa de sagrada.

Meditei longamente em escrever sobre o grande Juiz, e creio despossuído de dizer mais e melhor, entendi que só a transcrição da integralidade de alguns textos, quase todos em obras esgotadas, verdadeiras relíquias, mostrará às gerações de hoje e às vindouras o gênio da sensibilidade no ato de julgar, na arte de escrever, no humanista que ocupou o cargo de Juiz Criminal Brasileiro, exemplo para a sua Classe, exemplo para todos nós, verdadeiro desbravador da alma humana nos tribunais, olhando para a criatura não com a severidade dos

infalíveis, mas com a compreensão das misérias que a todos nós aproxima e irmana, com a superior beleza ética do homem sensível, a quem a dor alheia lhe causava sofrimento que o seu semblante e a sua voz facilmente se mostrava e identificava ao interlocutor que o via e ouvia.

Eliézer Rosa escreveu sobre o advogado texto magnífico, que retrata a luta e a saga dessa profissão, que, quase sempre, se converte num altar onde o advogado comunga com seu constituinte a penosa eucaristia da dor. Ei-las.

Advogado. É o bacharel ou doutor em Direito inscrito no quadro dos advogados da Ordem dos Advogados do Brasil. Há de entender-se que advogado é o que advoga, ou tomando as próprias palavras da lei: é aquele que, no seu ministério privado, presta serviço público, constituindo com os juízes e Membros do Ministério Público, elemento indispensável à administração da Justiça. Na fria singeleza de seu enunciado técnico, estas palavras do Estatuto da Ordem são como um verso de um imenso e belo poema que os homens vêm escrevendo, entre vigílias e sofrimentos, mas também entre alegrias e triunfos. A História da Liberdade dos homens reserva à Advocacia um vasto e glorioso espaço onde se inscrevem as lutas incruentas dessa milícia generosa e desarmada. Tem o advogado seu Código de direitos e deveres, onde está escrito o mínimo do que deve fazer; porque o máximo dessa sublime profissão

já vem impresso na alma de cada um que a ela se dá na irresistível vocação para a memorável obra da Justiça. O mínimo do que deve fazer está na irredutibilidade moral de seus princípios e nas regras escritas a que deve o culto de sua fidelidade. O máximo dessa esplêndida profissão não está nem nunca poderia estar escrito, porque ele reside na indomável força de sua vontade, na confiança do seu saber, no arremesso glorioso de certos momentos transcendentais da vida profissional, que tudo exige do advogado, até por vezes a temeridade de um milagre. *A boca sempre limpa nas palavras e nobre nas ideias, justa nos julgamentos e calma nas controvérsias, pura na textura da frase e clara na nitidez da dicção, alta na voz e decisiva na sinceridade.* Com estas palavras traçou meu inesquecido Mestre Daltro Santos, o perfil do Professor. Tomo-lhe de mútuo do retrato que de si mesmo fez o velho preceptor, para dizer-vos que isto deve ser o Advogado. Se tivesse de hierarquizar, pela superior beleza moral, as diversas profissões humanas, somente duas poria acima do advogado: o sacerdócio religioso e o magistério primário. É que em todas as tarefas humanas há o seu tanto de efêmero e transitório, de circunstancial e puramente temporal. Só o Padre ou Pastor trabalham para a eternidade, encaminhando as criaturas a Deus. Só o instituidor primário constrói, forma e informa homens para a Humanidade. O Advogado, mesmo servindo aos homens, edifica e embeleza a obra da Justiça, continuando a obra da Justiça da criação do mundo, como se Deus houvesse encarregado a esses operários por Ele eleitos a tarefa do

oitavo dia da criação do mundo. Sem a Justiça a obra divina da criação estaria incompleta. Deus parou no sexto dia. Descansou no sétimo, mas sentiu que só no oitavo dia poderia ser completada a obra da gênese com a instituição da Justiça. E foi então que criou o Advogado e entregou-lhe a missão da Justiça. Sois os operários chamados por Deus para esse amável serviço do oitavo dia da criação. Advogado e advocacia são termos análogos. Ela é o ministério privado do advogado. E a advocacia como a sinto e amo, é substancialmente paixão da verdade, amor do bem, culto da honra, combate pelo Direito, sacrifício pela Justiça. É simpatia na dor, é aliança no sofrimento, é caridade evangélica para com o próximo. É desinteresse, é renúncia, é concordância, são vigílias, são fadigas, são martírios da alma e torturas da mente. É uma profissão humana, onde há qualquer coisa de sagrado. No Foro, ela é combate; no escritório, é pré-julgamento e conselho; no lar é estudo, meditação e planejamento, na comunhão dos livros. O conteúdo publicístico do moderno processo judicial aproxima Juízes e Advogados, fraterniza-os, porque entre ambos não há nem hierarquia nem subordinação, devendo presidir nas suas relações um predominante e bilateral sentido de cordialidade, consideração e respeito, como, com gentil enunciado, está dito na lei, verificando um familiar costume que a todos os homens do Foro nos enlaça e nos une. Só uma fronteira existe e existirá para sempre entre ambas as classes: fronteira intransponível, que linda e demarca o lugar de cada um, em silêncio, como na

paz dos jardins desabotoam as rosas. Essa linha linceira e intransponível pelas sugestões da Ética, é o respeito humano e profissional lado a lado (Rosa, 1986, p. 42-46).

Sobre o Juiz, disse Eliézer:

Juiz. Aquele que julga no que diz respeito ao caso concreto a ele submetido por homens em conflito. Órgão, voz do Estado, na distribuição da Justiça. Membro do Poder Judiciário, detentor da função jurisdicional, cujo desenvolvimento é minuciosamente regulado pelo direito processual. O processo é a regulamentação do exercício da função jurisdicional. No processo está a disciplina da sua atividade que é destinada a atuar nas relações já reguladas pelo direito substancial. O juiz formula e torna efetivas as regras jurídicas concretas que governam as relações entre os sujeitos. O papel do juiz não é transformar a regra abstrata em regra concreta, porque juridicamente tal transformação já está operada, no momento em que o juiz julga, cabendo-lhe apenas constatar-la e declará-la. Logo que ocorrem os fatos juridicamente relevantes, já estão eles governados pela lei, e o processo lógico de concretamento da regra abstrata sobrevém automaticamente. É certo também que, em determinados casos, há efeitos que se produzem por obra propriamente da sentença. No maior número de casos, a regra concreta deriva logicamente da regra legal abstrata, mas não faltam casos excepcionais em que o juiz deverá procurar a regra abstrata em outros

elementos, deduzindo-a livremente das convicções jurídicas difusas no povo, tendo em conta o tempo e o lugar em que exercita seu ofício, como por exemplo, nos casos em que decide por equidade. Seria, porém, vã e incompleta a obra do juiz se ele se limitasse a exprimir um juízo sobre o caso a ele trazido para exame. O juiz deve conduzir a efeito, no mundo da realidade prática, o conteúdo da regra jurídica concreta, de modo que a situação de fato venha a coincidir com aquilo que a regra jurídica concreta estabelecer. Para que a justiça se torne realidade viva e operante é necessário que ela se traduza em fatos reais. Daí se chamar a uma atividade cognição e à outra execução. Além dessas duas atividades, está posta uma terceira, de caráter complementar, que se desenvolve no processo cautelar. Seu escopo é o de evitar que, durante o tempo necessário ao desenvolvimento do processo, circunstâncias particulares, que se temem, venham alterar a situação das coisas de modo a tornar praticamente ineficaz a tutela pretendida. Tem-se, então, que o juiz julga, executa e acautela. O poder de que está investido o juiz lhe é conferido diretamente pela lei constitucional. É, porém, um poder genérico abstrato, meramente potencial, que poderá tornar-se efetivo e exercitar-se em concreto se diante dele se propõe uma demanda judicial. Só neste caso, surgirá a relação processual, isto é, para o juiz, o poder de exercitar em concreto a jurisdição. E é porque a relação processual nasce da propositura da ação, dando ao juiz o poder de exercitar em concreto seu poder jurisdicional, que o juiz

não pode julgar fora dos limites do pedido. Tem-se trazido em questão, em largas disputações doutrinárias, qual a natureza jurídica do processo: se é relação processual ou se é situação processual; se é instituição ou contrato. Fico na autorizada lição de Liebman, a quem sempre sigo e por vezes transcrevo e copio. O que envolve juiz e partes é uma relação processual, relação jurídica particular, que só existe, porque uma demanda foi proposta, e que cria entre juiz e partes vínculos juridicamente relevantes e juridicamente regulados. É uma relação una, mas uma unidade complexa, que perdura e progride do primeiro ao último ato do processo. No centro dessa relação se encontra o juiz, com seu poder jurisdicional e, em volta dele, as partes, e suas posições subjetivas e sujeições. E por isso que o processo é uma relação jurídica, a posição das partes não é a de sofrer passivamente a atividade do órgão jurisdicional. Têm elas o poder de iniciativa, que depende em grande parte a marcha do processo e sua direção. Se é exato que a atividade do juiz produz situações jurídicas passivas, que consistem no estado de sujeição das partes aos efeitos da dita atividade, é também certo que as partes sempre podem fazer alguma coisa para evitar o dano que tal sujeição poderia advir, exercitando os ônus que lhes competem, e outras vezes, se bem que em menor proporção, os direitos subjetivos que lhes cabem. Do ponto de vista do Processo, é o juiz um terceiro não interessado no conflito que é chamado a julgar. O juiz julga e provê sempre condutas de outrem, em caráter substitutivo, isto

é, o juiz faz o que o interessado no conflito não fez. O vencedor obtém por obra do juiz aquilo que não conseguiu obter voluntariamente do vencido, antes de trazê-lo a juízo. Por isso se diz que a função jurisdicional tem caráter substitutivo, secundário ou instrumental. O juiz é sempre uma figura do seu tempo e do seu meio porque ele será sempre aquilo que for a jurisdição. A função jurisdicional modela o juiz, cria-o à sua imagem e semelhança. O que o Estado quiser que seja o juiz, a direção política, sociológica, filosófica de seus julgamentos, o Estado obtém, preenchendo o conceito de jurisdição com as ideias do seu agrado e conveniência. E o juiz é o servo da jurisdição. O juiz pode fazer quase tudo. E só não faz tudo, exatamente tudo, porque ele não poderá nunca mudar na jurisdição a marca que, de suas ideias, nela imprimiu o Estado. A moderna Filosofia do Direito está procurando recortar uma nova figura de juiz. No dia em que o juiz for aquilo que a nova concepção da função jurisdicional quer que ele seja nesse dia, o juiz, por obra da Justiça, criará um novo mundo. O velho testamento jurisdicional e seus profetas passarão com a velha ordem e a velha dispensação. Um novo e esplêndido dia virá para os homens que têm fome e sede de Justiça, e eles serão bem-aventurados e satisfeitos. Um novo *Sermão da Montanha* se está preparado para a Filosofia do Direito. E nele se pregará:
Bem aventurado o juiz que já não tem a concepção mecânica da jurisprudência. Bem aventurado o juiz que já não tem carência de

sinderese para a obra da Justiça. Bem-aventurado o juiz que já não se interessa pelo racional, mas quer nas suas decisões o razoável. Bem-aventurado o juiz que tiver seu pensamento guiado pela lógica do humano e já tiver ultrapassado a lógica de tipo matemático nos julgamentos do homem e para o homem. Bem-aventurado o juiz que se deixar governar na interpretação jurídica pelo “logos do humano, abandonando a razão matemática na interpretação dos conteúdos jurídicos. Bem-aventurado o povo que tiver juízes assim. Bem-aventurado o homem que for julgado por juízes assim. Bendita será nesse dia a obra da Justiça, porque não haverá choro nem ranger de dentes, quando soarem as derradeiras palavras de sentença do juiz. Quando esse dia vier, o juiz estará definitivamente convencido de que o direito foi feito para o homem e seus problemas (Rosa, 1986, p. 42-46).

Cabe transladar aqui um formoso trecho de Recaséns:

[...] o processo de interpretação de uma norma geral a propósito dos casos singulares, a individualização das consequências de tal norma para tais casos, e as variações que a interpretação e a individualização devam ir experimentando, tudo isso deve cair debaixo do domínio do logos do humano, do logos da ação humana. Não é algo fortuito, nem tampouco algo que possa ser decidido arbitrariamente, e sim resolvido razoavelmente. Para isso, porém, não servem as razões do tipo matemático. A lógica tradicional, a lógica da

razão pura, não serve para tratar nem resolver tais problemas. Temos necessidade de outro tipo de lógica, mas diferente da lógica tradicional: o de que precisamos é da lógica do humano, a lógica do razoável, que é diferente da lógica do racional. [E mais este trecho:] ... a lógica tradicional é meramente enunciativa do ser e não do não-ser, porém não traz pontos de vista de valor nem de estimacões sobre a correção dos fins, nem sobre a congruência entre meios e fins, nem sobre a eficácia dos meios em relação com determinado fim (Recaséns Siches, 1956, p. 140, tradução livre).

O Juiz do nosso tempo e para o nosso tempo é aquele que deixar de lado a lógica de tipo matemático, que abandonar o racional e buscar o razoável, entendendo por razoável aquilo que melhor convier ao homem julgado, que lhe infligir menor sofrimento. É mais fácil julgar, fazendo da sentença um silogismo, em que a lei é a premissa maior, o fato, a menor e o dispositivo da sentença, a conclusão. Não importa para tal Juiz se a conclusão traz ou não maior sofrimento ao homem, porque o Juiz se sente pago da observância formal das regras do silogismo. Sua consciência descansa tranquila, porque ela lhe atesta a obediência do formalismo do pensamento lógico. Isso é mais simples e mais fácil. E até uma máquina poderia fazer. A esta concepção da tarefa jurisdicional se chamou concepção mecânica da jurisdição. Mas, evidentemente não é assim o Juiz do nosso tempo e para o nosso tempo. Ele tem de saber que está julgando homens e suas

circunstâncias, está julgando homens cuja vida não segue a normalidade estática de um silogismo. É um ser vivo que muda a cada instante, segundo as circunstâncias que o rodeiam. Fui educado numa religião que ensina o respeito ao livre arbítrio do homem, que ensina que o homem foi criado livre e responsável pelos seus atos. Por isso conservo a concepção do homem como ser livre de pensar e querer. Sua grandeza está na sua responsabilidade, na responsabilidade que decorre dos atos que pratica livremente. Mas, ao compasso da vida e da minha experiência de juiz criminal, vendo o contraponto terrível da existência, fico a meditar sobre se tal concepção vale também para o Direito. Deverá valer, para não minimizar o homem, mas o juiz terá de temperar tal concepção com o conhecimento que ele tem do homem, com o conhecimento que tem das limitações do homem que ele vê e que julga, e que é um ser semelhante. Muitas vezes praticamos um vitando *bovarismo*, castigando, nos outros, aquilo que nós seríamos também capazes de fazer. Como disse o velho pensador: *Homem sou e nada do que é humano reputo alheio a mim*. Daí a necessidade de o Juiz do nosso tempo e para o nosso tempo saber que deve praticar o razoável e não o puramente racional. É o *logos* do humano, o sentido humano das condutas o que deve ser procurado e achado pelo Juiz para que sua sentença seja uma catarse, para que ela purifique o homem. O réu tem necessidade da sentença que o condene, por ela, ele sente que está quitado com a sociedade. Já terei se surpreendido, na tosca linguagem dos réus, essa rica declaração, rica de

sentido existencial: já paguei o que devia. O *já paguei* tem uma carga de verdade psicológica que a muitos tem passado despercebida. Quando uma dívida nos oprime e conseguimos pagá-la, sentimos um alívio, como se tivéssemos retirado um peso de sobre nós. É esta sensação que sente o delinquente quando é condenado e cumpre sua pena. Esse valor espiritual da sentença. Mas, para que o réu sinta esse alívio, necessário se faz que a sentença não lhe acarrete uma sobrecarga. O réu deve sentir que pagou exatamente o seu débito e não mais. Não há juros nas dívidas para com a lei. Mas há sentenças que estão contando juros com correção monetária. Certa feita, uma mulher aflita me telefonou pedindo inutilmente que a auxiliasse, pois seu marido havia sido condenado a um ano de prisão pela emissão de um cheque sem provisão bancária. E o valor do cheque era de Cr\$ 17,00 (dezessete contos em linguagem mais impressiva). Em casos como esse eu pago o valor do cheque para não ter que condenar. Que os leitores desculpem a declaração. Evidentemente que condenar um homem a um ano de prisão por um cheque sem fundos de 17 contos não é praticar o *logos* do humano, mas o *ethos* da lei que nem sempre é o direito. Está certo o juiz, mas de um ponto de vista puramente formal. Mas, não é isso que se pede ao Juiz para o nosso tempo. Se o *logos* do humano, se o verbo humano lhe tivesse falado mais alto que a linguagem fria do *ethos* da lei, sua sentença seria mais humana e mais jurídica, embora menos legal. Não é o legal que importa, mas o jurídico. Não estou a dizer que

o Juiz desrespeite o direito positivo. Um de nossos deveres primários é a obediência ao direito posto pelo Estado. Mas, há uma rica e divina maneira de obedecer ao direito positivo sem desobedecer o razoável. É o que se consegue através da interpretação da lei. Aqui se esconde o difícil, mas o substancial de nossa amarga tarefa de julgadores de homens. Há que ser o Juiz um criador, artista rico de poder criador. Nossa tarefa não tem semelhança talvez com nenhuma outra praticada por homens. Mas, bem procurada, é possível que se ache alguma paralela: é o músico de Jazz. Nós executamos em nosso ainda rude instrumento uma partitura, em que entra a inspiração de cada executante, dando lugar a muita improvisação no sentido de nada pensado, de produto de falta de reflexão. Improvisação no sentido de criar, de embelezar, de enriquecer, de pôr alma e sentimento naquilo que se está fazendo. Os juízes somos jardineiros de homens. Desçamos, pois, a cultivar nosso jardim de tormentas. Deus há de compensar-nos, embora os homens não nos compreendam. A nossa é uma tarefa de “apesar”. Apesar de réu, ele, o julgado por nós, é um homem. E de “apesar” em “apesar”, vamos tecendo nossa peça de arte, nosso mosaico de “apesares”. Realizar o direito “apesar da lei”. Este testemunho da nossa consciência é o que importa, apesar de tudo. Executemos nosso *Jazz* e cultivemos nosso jardim (Rosa, 1973, p. 262).

Qual o momento de maior expectativa, angústia, ansiedade, inquietude e sofrimento porque passa o advogado em sua vida profissional?

Creio, sinceramente, seja no momento da sentença, a decisão do processo em que se decidem os valores exponenciais da criatura humana que vem a nós em busca de socorro ao direito que postula, que (*the e nos*) parece possuir; pois Eliézer Rosa, escreveu sobre a sentença de uma maneira arrebatadora, que nos faz sentir que ao escrever não era o cérebro privilegiado que ditava, nem o conhecimento haurido no exercício da Magistratura, mas a sensibilidade do coração e da alma desse eminente jurista que guiava a sua pena inigualável, como que a nos reconfortar com o gênero humano que produz um jurista da magnitude de Eliézer Rosa, ciente e consciente, que nada do que existe em nossa volta, produzido pelo homem nos oceanos de livros e palavras escritas e ditas nos Foros e Tribunais serve, se não estiver voltado para a criatura humana, finalidade maior do Direito na busca da Justiça, mesmo sabendo-se feita por homens falíveis com deficiências próprias da nossa condição humana.

Sentença, Generalidades sobre a. É a sentença formalmente o termo final do processo. Com ela, põe o Juiz fim no seu velho trabalho visível. Saem às partes, saem os advogados; mas, na arena quase vazia e silenciosa, permanecem sombras e lembranças da agitação das lutas que precederam a sentença. Lá, concentrado em si mesmo, fica o juiz a meditar na sua obra sempre inacabada. Ninguém

pense que, proferida a sentença, ocorra aquilo de Pitigrilli, de o juiz, esfregando as mãos, dizer: *acabei de fazer justiça*, e sair, descansado e tranquilo. O drama prossegue em sua alma, por que, em verdade, prossegue também na dos litigantes. Nenhuma sentença é realmente definitiva. Toda sentença é um doloroso interlocutório entre desesperos humanos. A coisa julgada é mais terrível criação da ciência jurídica, porque ela fecha a boca ao que ainda tinha o que dizer, e já não pode mais. A sentença acaba apenas o processo, mas não acaba os ressentimentos, nem aplaca os ódios que os litigantes trouxeram em si em consigo. Só há uma sentença consoladora e, pois, definitiva, moralmente definitiva: é a sentença homologatória, aquela em que o juiz sela o acordo voluntário das partes. Enquanto for a sentença ato de vontade e da inteligência do juiz, haverá um remanescente de angústia, que só o tempo consome, diante do irreparável. A oralidade que pareceu a fórmula mágica da justiça, porque, como disse Couture, os homens entendem-se falando, traz a marca originária de sua debilidade, exatamente porque se apoia na palavra. Esta, segundo a lição de um caricatural diplomata, foi dada ao homem para esconder seu pensamento. Nenhuma prova é isenta de erros. E quando Pitigrilli disse que uma prova documental só é boa quando tem a confirmá-la uma boa prova documental, disse verdade, porque nem uma nem outra já merecem inteira fé. Já não se pode crer nem mesmo nos documentos, tal o poder satânico da obra mistificadora de falsificação. Quando o litigante

era um crente. E o processo estava lastreando fé e virtude, presente nos juramentos, a sentença poderia ser tarefa consoladora. O laicismo invadiu o templo; os ateus tomaram os lugares dos fiéis, o compromisso substituiu o juramento, e lei do amor cedeu o lugar à lei escrita posta pelo Estado. Ela opera às vezes de fora para dentro, porque, no mais das vezes, nem isso acontece.

Na alta prosápia de sua originária semântica, sentenciar e sentir era uma só e mesma coisa. Que sente o juiz ao pronunciar sua sentença? Sente o agulhão da responsabilidade profissional, que lhe fixa um prazo para proferi-la. Ele não sente, não pode sentir o que há de trágico e humano nas dobras do processo. Ele não vê, nem pode ver o tenebroso drama que se esconde nas folhas dos autos. Ele vê tudo através da técnica, das formas. Tudo sombras, e, às vezes, sombras de sombras, como desalentadamente o disse o egrégio Couture. Não é só porque o juiz moderno é um primoroso técnico, que ele vê tudo sobre o frio aspecto técnico. É porque o processo é isso sim, um instrumento técnico, uma esquisita máquina que opera quase por si só. Nem o juiz, as partes fazem o processo de ordenamento legal, cronometrando-o, minando-o de preclusões, e concebendo-o como um conjunto de situações em que a sujeição, tanto do juiz como das partes, é uma constante constrangedora e mortificante. É certo que há ônus; que sempre poderão as partes fazer alguma coisa para se libertarem de tal sujeição jurisdicional. O que podem, porém, é

muito pouco, em face do que devem. Mas, há ainda uma nota trágica que colore o processo de angústia: é o tempo e a mole de seviços que os juízes temos de enfrentar sozinhos, já que a nossa tarefa é pessoal, ou antes, personalíssima. Ninguém pode fazer por nós, aquilo que só nós, podendo, ou não, temos de fazer, apesar de tudo. Um juiz pode tudo para os outros, disse o filósofo, mas não pode nada para si mesmo. Somos eternos Sísifos, subindo, sozinhos, com a pedra imensa de nosso cargo, a montanha que nunca se alcança. É assim que a sentença é também produto do cansaço, de exaustão física do fazedor de decisões. *Oralidade, fórmula mágica da justiça*, pensaram os homens de gabinete. E criaram a identidade física obrigatória, para que o juiz entrasse no processo junto e saísse junto com os litigantes. *Oralidade, princípio mágico da justiça*. E criaram a concentração, para que o juiz conservasse viva em sua lembrança o espetáculo da instrução, e nada se perdesse nos desvãos da precária memória humana, quando tomasse dos autos para dar sua sentença. Por sem dúvida que é a oralidade a mais famosa fábrica do pensamento processual do nosso tempo. Nela e por ela, quando tudo consente, pode o juiz sentir o processo, e, sentindo-o, pode, sentir todo o extenso que reside no processo, e, então, poderá *sentir* a sentença. Assim, poderá ser a sentença produto da inteligência, da vontade e do sentimento do juiz. A grandeza fria e solene do processo reside na porção declaratória que toda sentença traz em si. É produto puro de lógica, artefato acabado da inteligência do juiz. A

dolorosa miséria do processo está na sentença condenatória, porque ela não pode ser obra do sentimento do juiz. Nunca, ou quase nunca poderia ser uma sentença condenatória criação impessoal das regras dum formal silogismo: lei-fatos-sentença. Não poderá nunca o juiz dizer, com essa liberdade, que só o artista tem consigo: *segundo o que os autos mostram, a conclusão é essa; mas, segundo sinto, a conclusão é outra*. A realidade não é a dos autos: é o que sinto humanamente, pelo que vi no rosto desta ou daquela parte, segundo entendi da expressão, da voz, e do tremor da inocência que senti, vendo e ouvindo o dolorosa acento da palavra do homem”. Toda a tragédia do juiz está nos fatos trazidos aos autos mediante alegações e provas. Mas, quem poderá afirmar que os fatos são tais quais foram postos diante do juiz? O contraditório é garantia, porque é liberdade de discussão, de debates. É a impostergável necessidade de ser ouvida a parte contrária. Mas, onde andar a verdade de tudo que foi dito e provado? Acabada a instrução, todos saem. Fica o juiz a considerar, a olhar o céu vazio, e ver astros apagados. Um estranho e angustiante jogo de sombras. Quando as sentenças traziam o refão, como de sinos dobrando afinados, *considerando que...; considerando que, etc.* e assim prosseguia até achar o fecho de tantas considerações, a riqueza semântica da voz considerar, que significa literalmente olhar o céu e os astros, deixava a suave impressão de busca de Deus, da inspiração. E era assim que a sentença poderia ser uma consideração, uma inspiração,

um bater de coração, a expressão egrégia do sentimento, sentimento humano do juiz. E agora? A forma compendiosa da sentença, num complexo de períodos, quase sem parágrafos, como a indicar pressa e ânsia de chegar ao fim, dá bem a ideia do que é um julgamento, que é muito mais a soma impessoal das parcelas postas pelas partes, sem que o juiz tenha meios de lhes examinar a pressuposta exatidão. Por de sobre o papel dos autos estão parcelas e mais parcelas. Ao juiz cabe somá-las. Só é responsável pela correção da soma. E termina o juiz no desalento da irônica fase do compositor popular: *...tudo certo, como dois e dois são cinco*. Lá bem no fundo de sua alma, ele sente que a soma só está certa, porque as parcelas estão ali claras, objetivas. Todavia, ele sente que a soma deveria ser outra. Só mesmo quando o processo for obra da Virtude, quando o sentimento da verdade dominar os homens, quando o amor substituir as caducas formas do Direito poderá ser a sentença uma criação do sentimento do juiz.

E fica-se a pensar naquele tormentoso caso da mulher que foi anular seu casamento, em conluio pouco voluntário com o marido. Entrada na realidade, depois de a sentença ter desfeito o lar constituído supostamente sobre o amor, correu a apelar da sentença, que lhe desmanchara todos os sonhos e lhe trouxera a desgraça. E apenas ouviu do Tribunal Egrégio essas palavras que queimariam a alma de qualquer um: *aquele que vence não tem interesse em recorrer*. Obra fria da técnica. Tecnicamente exata a conclusão, mas humanamente

infernai e demoníaca. Um pai passara noites e noites a velar o filho agonizante. Levado o corpo a enterrar, semente que jamais germina, voltou o doloroso pai à sua banca de trabalho e fez, então, o recurso que ficara entre notas e esboço sobre a mesa do escritório desertado na loucura da dor de ver morrer-lhe o filho. A máquina infernal da preclusão terminara seu satânico trabalho, impondo silêncio ao litigante vencido. E não recebido o recurso, por estar fora de prazo clamou o enlutado pai pedindo lhe fosse restituído o prazo, e deu sua humana razão. *Quem tem um filho a morrer não pode olhar o calendário, a ver se o tempo passou. Só tem que olhar o filho que vai morrendo*. E o Tribunal, solene e técnico, só lhe respondeu assim, aos gritos de apelo de humanização e compreensão do seu drama: *Só se releva a perda de prazo, quando é advogado quem morre*. Obra perfeita da técnica. Mas nunhum estremecimento de emoção, sem uma palpação de vida sem a mais mínima crispação de sentimento humano. E todos dizem: “mas o formalismo é a garantia das partes”. E calamo-nos. Na sala sombria da audiência entram mulher e marido. Em casa, ficaram os filhos, na inocência do drama que aflinge os pais. Terminado o processo, proferida a sentença, decretado o desquite, filhos distribuídos para um para outro, ou para terceiros, sem consulta prévia ao débil coração das crianças. O juiz contempla sua sentença, e diz de si consigo: *tecnicamente a minha sentença é um primor de técnica, de construção jurídica*. Mas, aí começa a tragédia de pessoas inocentes, de

que a sentença não curou, porque ela teria de considerar eram as provas e obedecer à técnica. E todos dizem: “A técnica é diferente aos fins”. E, calamo-nos.

Nos remotos tempos em que o juiz era também o pai, o chefe da Família, sua sentença poderia ser sentida, obra de seu sentimento, porque tarefa de amor a refletir sobre aqueles a que estava ligado pelos laços da afeição. Áspero e penoso poema deveria ser uma sentença assim, em que seu prolator fosse julgador e pai, porque teria de sofrer para conservar a imparcialidade, essa olorosa flor de todos os pronunciamentos humanos a que se dá o nome de sentença. Mas, pode afirmar-se, sem dúvida possível, que, mesmo julgando pessoas amadas, pode o juiz ser imparcial. Ninguém nega a dolorosa sensação que toma conta do homem posto em tal tormentosa situação. Mas, pode ser-se imparcial mesmo em tais horas. Nos tempos augustos em que o juiz era também sacerdote, a sentença poderia ser obra do sentimento, porque a constância e o poder da Fé faziam do julgador instrumento divino, mediador equidistante entre os homens e a divindade.

Hoje, pobres de nós, operários de uma técnica sem alma e sem piedade, enfeitados por ela, dela amorosos até o feiticismo, somos dela levados, e consumamos sua obra, indiferentes aos resultados, preocupados apenas em que eles sejam tecnicamente incensuráveis. E a perfeição formal que nos encanta. Somos enamorados da forma, artistas plásticos, trabalhando sobre dores humanas, mas a elas indiferentes. E

ainda mantemos sobre nossa mesa a monstruosa imagem da Justiça de olhos vendados.

Aquele Príncipe antigo, exemplar marido, foi tragicamente surpreendido com a morte da mulher amada, sua vida, seu tudo. Mandou erguer-lhe suntuoso mausoléu. A esmerada obra de fino labor arquitetural, foi sendo feita, enquanto a dor consumia o enlutado marido. Acabada a donosa fábrica, filha de engenhos eleitos da Arte, na hora de lá ser posto o corpo da amada morta, vendo o Príncipe o esplendor da construção, entre orgulhoso e enojado, disse a seus criados: “tirem isso daí”, referindo-se ao corpo da esposa morta. É assim que sempre se tira o homem de dentro da sentença embora para ele é que ela tenha sido especialmente feita. Pagamo-nos da beleza formal da nossa própria construção. Se ela irá servir ao homem para quem foi criada, nisso o construtor não está pensando. E, todavia, somos homens trabalhando para seres humanos.

Somos legitimamente enamorados da Estética, porque nós juizes temos também o nosso tanto artistas. Construir uma sentença é obra de arte, como ser também obra de ciência. Outra, porém, deve ser a nossa Estética. Temos também nossos cânones de Beleza. Mas nossa Beleza é funcional. Reside na bondade do resultado, avaliado em termos de Justiça. Só é bela a sentença que realizar a Justiça, ou dela mais aproximar-se, com um mínimo de dor humana. Somos jardineiros de vidas humanas. Mas, por nossa desgraça, não podemos plantar onde queremos, nem situar a planta nos lugares

mais próprios ao seu crescimento. Semeamos e plantamos, onde nos manda a técnica, onde nos surgem as formas, os modos, o tempo e a ordem do processo. Em verdade, somos dominados pela irracionalidade da técnica. Toda criação artística, toda beleza criada pela alma transportada do artista, ocorre num momento irracional. Toda beleza nasce das forças incontroláveis da irracionalidade. Deixar passar a ênfase, mas o momento irracional da criação é o mais lúcido de todos os momentos artista. Vem das profundezas da alma e desabrocha como flor de estesia, surpreendendo o próprio criador. Só a sentença do juiz não pode ser o produto de um momento de irracionalidade criadora, porque sua Arte é dominada por outros e estranhos padrões de beleza, que lhe exigem vigilância, que lhe pedem esteja desperto e sobremodo atento, para não falsear os termos do silogismo sobre que constrói sua sentença. É essa lógica de tipo matemático, esse esquema frio de raciocínio dedutivo que não permite ao juiz substituir as premissas por outras que lhe parecem mais exatas, essa é a nossa desgraça de julgadores. O mal não está no método dedutivo, porque afinal a sentença sempre se resolve numa dedução. O mal está na quase impossível rejeição da premissa menor, obra humana e passível de mistificação, de falseamento por parte dos tiligantes. A busca do Direito é a longa e maravilhosa viagem do juiz. E ele deveria poder tomá-lo onde o encontrasse, mesmo fora e longe dos Códigos, lá distante, escondido na vida nas obras da milenar experiência

humana. Toda nossa tragédia reside em termos de aceitar as parcelas, é só sermos responsáveis pela exatidão da soma. Estou que Epiteto teria dito alguma coisa insensata, quando, em de suas máximas, disse que; *A obrigação da natureza não é a de bom pai*. Não. A obrigação que vem da natureza é de ser pai; mas a que vem da regra moral da vida é a de ser bom pai. Epiteto sofismou onde não deveria. Mudemos apenas pai para juiz. A obrigação funcional do juiz é ser juiz e julgar segundo a prova dos autos. Mas, a obrigação humana do juiz é julgar de modo que sua justiça sirva àqueles para quem a faz. A sentença tem de ser sentida, tem de passar antes pela alma sensível do homem que julgo para poder alcançar o homem julgado. É o mais longo caminho o que vai de alma a alma. Pode podém, tornar-se o melhor e mais curto, se se achar o caminho certo pelo qual as almas se comunicam. E a sentença tem de ser comunicada de alma a alma, maciamente, suavemente, sem ferir, sem sangrar, Toda sentença deve ser um canto, um suave canto, a cantar a grandeza imensurável de Justiça. Um canto mavioso de vitória. Vitória sobre a técnica. Obra de amor a pacificar as almas em conflito. A primeira e mais importante intenção da sentença deve ser a de convencer, para que não aja vencido. A maior vitória não é a de vencer. A maior vitória não é do vencedor, é a do convencido. Onde houver a convicção, não há derrota; *Meu adversário ganhou bem; não me sinto vencido, porque sua vitória foi correta. A sentença convenceu-me*. Poucas vezes em nossa vida teremos

oportunidade de ouvirmos essas consoladoras palavras a propósito de nossas sentenças. Falta aos homens, na maioria das vezes, grandeza de alma para ouvirem a palavras finais duma sentença. Sabe Deus como nos treme a mão ao lançarmos no papel o *judgo* com que pomos remate ao nosso laborioso trabalho, no silêncio vazio das noites em que só nós velamos na busca demorada e esquiva da conclusão da sentença que temos o dever de proferir. Aquele juiz que, antes de chegar à sua sala de julgamentos, passava pelo comércio e adquiria no câmbio negro, o leite para seu filho enfermo. E tinha de condenar, em seguida, o comerciante que vendia no câmbio negro. Trágica, mas verdadeira história. Terrível como tudo que é só humano, apenas humano, puramente humano. Barro impuro que nem a pureza divina das lágrimas impede que se converta em lama. E fica a pergunta que nos envolve e mortifica: o juiz, pois é ele quem faz a sentença. Aqui, a lógica nos conduz a erro. A sentença é maior que o juiz. Passamos. Nossa sentença permanece para o bem, ou para o mal, embora, queiramos que ela seja para o bem (Rosa, 1975b, p. 220-227).

Eliézer Rosa foi contemporâneo, entre outros processualistas, citamos apenas alguns, de Luiz de Macedo Soares Machado Guimarães, Alfredo Buzaid, Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, todos discípulos de Enrico Tullio Liebman, que, junto com Carnelutti e Chiovenda, influenciaram sobremaneira o pensamento jurídico nacional praticamente no nascimento

de uma doutrina processual civil em nosso País, aliás, verdadeiros Mestres a quem foi reservado um destino providencial: o de chefes de Escola. Chiovenda é, sem dúvida alguma, *fondatore della nuova scuola processuale italiana* (Carnelutti, 1937, p. 297). Liebman é o fundador da ciência processual brasileira, e a sua presença entre nós significou a alvorada do direito processual civil como sistema científico.

Eliézer Rosa escreveu admiravelmente, com a lucidez da criatura humana que compreende a outra, sem a vaidade e a superioridade natural de quem ocupa um cargo relevante, sabendo que seu exercício só se justificaria se estivesse próximo da criatura humana para quem o direito e a justiça deve estar voltado.

Eliézer escreveu, dirigindo-se aos jovens que viriam substituir os processualistas civis, páginas que valem por uma vida, uma filosofia, uma mensagem inapagável, uma luz, um rumo e um farol a iluminar tanta escuridão, que por vezes invade o território do processo, quando a obra de coisificação do homem persiste em erigir estruturas voltadas ao formalismo exacerbado.

Disse o mestre incomparável:

Ética e Estética no processo civil
– A corrente ética corresponde ao romantismo processual; a corrente estética pretence ao classicismo processual. Todos que têm leituras

em Teoria da Literatura sabem o que foi o classicismo e o que foi o romantismo. São ambos tratados como correntes estéticas literárias. Aqui chamaremos ao romantismo corrente ética, e ao classicismo corrente estética, para os fins deste desprezioso estudo processual, ou, talvez, de filosofia processual. Não é um ensaio. Para isso faltalhe tudo São notas que, em outras mãos, poderiam servir, para, com elas, fazer, ao lado de outras meditações, um ensaio sobre o tema, altamente sugestivo. Os dísticos que encimam este escrito dão bem a medida das divergências de pensamento entre homens de prol nas artes e nas ciências, quando acertam de meditar sobre o assunto. É o processo judicial uma Arte, ou uma Ciência? Eis o problema. Se for simplesmente arte, os fins pouco importam, por isso mesmo que, sendo arte, é técnica. Assim, os fins pouco importam. O bom é o bem feito. Estou que o processo judicial participa da natureza das coisas artísticas e das coisas científicas. Ele tem sua ética e sua estética próprias, peculiares. Ele visa o bom, como também o bem feito, mas não pode o processualista afirmar que o bom em Processo é o bem feito. Se fosse apenas arte, sua técnica exigiria o bem feito, fosse ou não bom. Sua estética exigiria sempre o perfeito, o mais belo, porque aí o belo seria o esplendor do verdadeiro, na frase de Ruskin. Mas, sendo ciência, tem sua técnica, que extingue o bom, por si mesmo, ou que

alcance o bom pelos melhores caminhos. Os resultados, os fins, importam imensamente, como também os meios. Aqui os meios comprometem o fim. E se o fim não for bom, os meios não servem, ainda que sejam os mais perfeitos em si mesmos. A mais perfeita e admirável síntese a que chegou o torturado pensamento filosófico processual, ao longo do seu caminho dialético, foi esta: O processo judicial tem sua gramática e seus materiais próprios, tem a sua ética peculiar. Sua ética é sua estética, porque sua estética é funcional, como sentenciou Llewellyn. A beleza funcional, conceito que enfeixa as duas aspirações contrastantes dentro da vida do Processo. A mais bela síntese apaziguadora do pensamento já quase desfeito pelo cansaço da caminhada. A estética do Processo é a sua ética, porque a beleza buscada é a beleza funcional. Só é belo o que for bom para o Homem. Eis a suprema verdade dentro do Processo. O processo judicial não é um simples fazer. É um agir, ao lado de um fazer. Não nego, e ninguém negaria que o processo vive muito do fazer, porque ele será sempre composto de condutas humanas, disciplinadas por uma concepção formal e técnica das atividades desenvolvidas em sua realização. O Processo Judicial pertencerá sempre ao mundo das formas, mas formas que têm sua própria substantividade. Ninguém imaginaria retirar o Processo desse seu mundo peculiar. O

mal contra quem estou, aqui, pretendendo advertir os novos é o da preocupação estetizante, é o do construcionismo, o da técnica pela técnica. O mal do Processo Judicial moderno reside no fato de ele preocupar-se com suas estruturas, e não interessar-se tanto por sua função. Não poderão os novos de perder de vista esta significativa verdade já revelada pela Ciência processual, a saber, que o Processo é instrumental, é meio, e não fim, em si mesmo. Toda vez que se pensar em Processo, como fim de si mesmo, se estará prestando homenagem às correntes estetizantes do Processo, em detrimento das correntes éticas, que lhe insuflam vida e sentido humano. O mais antigo exemplo desse pensamento estético do Processo pode ir buscar-se nas *legis actiones* do velho processo romano. Gaio refere aquilo do litigante que pronunciou a palavra vida em lugar de dizer árvore, tendo, por isso, perdido a demanda, consumindo sua ação. Todo Processo romano, dentro da *ordi judiciorum privatorum*, foi duramente estetizante. Veja-se o que eram as *formulae*, a flor de uma rude estética processual, perfumada, sem dúvida, pelas firmezas duma exemplar técnica jurídica. Mas eram elas o pleno domínio da estética. Foi um período intrinsecamente estetizante. Gabriel Tarde, em seu formoso livro intitulado *Les Transformations du Droit*, no capítulo versante sobre *procédure*, na nota de páginas 36, da edição

de 1893, dá o a que ele chamou *Un exemple entre mille*. Convém saber: um litigante acionou o vizinho, pedindo perdas e danos por um fato qualquer. O autor ganhou a demanda com a condenação do réu ao pagamento de uma indenização de setecentos francos. Ocorreu que, redação de sentença, o Juiz omitiu que as testemunhas prestaram juramento, embora elas o houvessem prestado. Todos sabiam disso. Mas, faltou a menção do fato na redação do relatório da sentença condenatória. O réu, em recurso de cassação, alegou a nulidade do julgamento, em vista daquela omissão, embora a omissão do juramento da testemunhas só tivesse ocorrido no relatório da sentença, pois, em verdade, elas juraram. Obteve a anulação do processo, diz o sociólogo que conta o fato. Vencido agora o autor da ação, sois, então condenado a reembolsar ao réu originário a quantia de 1.800 francos. Ajunta o mesmo Tarde que o autor originário da ação ficou indignado e espantado com o resultado, mas de nada lhe valeu isso, porque seus bens foram penhorados e adjudicados a preço vil ao vencedor da última instância, alcançando o suficiente para cobrir também as despesas do processo. E termina o mesmo Tarde: *Voilà un homme ruiné pour avoir gagné son procès; je pourrais même dire pour l'avoir gagné deux fois, car après as ruiné, le nouveau tribunal saisi de l'affaire, a jugé comme le premier.*” Eis o frio da estética, do

pensamento estetizante, dentro do Processo Judicial. Essa é a obra má da técnica sem o toque humano, sem a visão do homem que está envolvido nas formas de um processo. A máxima de tal escola de pensamento será esta: fazer belamente, de modo tecnicamente perfeito, ainda que o homem pereça. Era assim que procedia o médico Tomês, partidário de Artêmio, para quem um morto era apenas um morto, a observância, porém, das formalidades do sistema era importante para toda classe médica, sucedesse o que sucedesse. A concepção ética do Processo, porém, valoriza o problema humano, põe o Homem como o centro do Processo, e estima as condutas processuais por critérios superiores de moral. O que desejam as correntes éticas do Processo é que, em lugar do formalismo *à outrance*, que compromete os fins essenciais do Processo, se construa um filosofia humanista, se adote uma ideia antropocêntrica do Processo, deixando de lado essa filosofia arquitetural, construcionista, que perdeu de vista o Homem para quem o Processo deve ser feito. O humanismo processual quer trazer o Homem para o centro das atenções do Juiz. Para esta filosofia processual humanista, as condutas processuais estão situadas na ordem do agir. A máxima desta concepção é fazer o bem e não só fazer bem feito. Aqui, nem sempre o bem feito é o melhor. O mais alto representante desta corrente de pensamento estará na figura

histórica e milenar de Papiano que teve morte por negar-se a justificar o fratricídio por Caracala. Como Caracala, pensava totalmente Frederico II, mas, para um e outro, haverá sempre Papianos, que preferirão a morte. Nas múltiplas circunstâncias da vida, os homens do Direito são postos à prova, em suas convicções éticas a serviço de sua profissão (Rosa, 1986, p. 132-135).

Eliézer nos legou páginas de incomensurável beleza e adequação a todos que vivemos no Foro, ao escrever sobre a grandeza do direito, auxiliando-nos a compreender o que por vezes nos deixa perplexos, constrangidos e acabrunhados, quando nos deparamos com a contradição da função do direito e a estrutura que se proporciona a sua realização.

A grandeza do direito – A grandeza do direito é a sua função. Sua miséria é a sua estrutura. O legislador, em suas codificações, pretende ser onisciente e deseja que sua obra seja eterna, esquecido, talvez, de que alguma hora surja a inevitável falta de sincronização entre os meios e os fins, entre os problemas e as soluções. Daí muitas vezes, ter o julgador de passar pelo Código, ir além dele, para alcançar um julgamento em termos de justiça. E então que se ouve aquela terrificante afirmação para os estetas do direito, a saber, fazer justiça apesar da lei, apesar do Código. Entre a Lei, o Código e o Direito está posta a mais dura opção para o esteta, mas uma

fácil escolha para o ético, porque este sempre ficará com o Direito, despreocupado da Lei e dos Códigos, que ano esgotam, em sua pretendida onisciência, a totalidade do Direito.

O triunfo que está reservado ao jurista é o de realizar a beleza plástica da função, através da instrumentalidade adestruturas. O jurista que não souber ou não puder docilizar e domesticar as estruturas, e, até por vezes menos violentá-las para alcançar a realização superior da função terá falhado em sua missão. O jurista que não tiver sensibilidade suficiente para ouvir, cada dia, o fragor de estruturas legais, quebrando-se; que não tiver a atenção voltada para os quadros legais a se partirem, alargando, ampliando, os velhos emolduramentos, está fora e longe deste mundo, distanciando, mal a seu grado, da realidade em vigília. A vida muda e, pois, o Direito tem de mudar com ela.

A função do Direito é realizar os interesses humanos que entram na categoria dos valores jurídicos. É aqui que entra a estética funcional, que não é a beleza formal da expressão literal dos Códigos; que não é a sua gramática, nem seu estilo literário, nem sua lição de purismo vernacular. Não é aquela beleza procurada por Rui, penteando com os artefatos do purismo linguístico e literário a redação do nosso Código Civil, nem é aquela beleza buscada por Stendhal nos versículos do Código Civil de Napoleão, na ânsia da simplicidade expressiva que o torturava esteticamente. É outra beleza, a beleza funcional que reside na bondade das soluções dos problemas humanos. Beleza mais rara, mais difícil, menos achadiça. É a beleza funcional que faz o jurista orientar-se pela ética

das soluções, harmonizando os problemas com as soluções, sem angustiar o Homem, sem tornar-lhe mais penosa e constrangedora a vida e suas malignidades. O mínimo de angústia e o máximo de segurança, eis a lição que desce da ética para a mente e a obra do jurista. Afinal, o Direito foi feito para o Homem (Rosa, 1986, p. 46-47).

O canto da liberdade do homem não está apenas nas Constituições. Está nos Códigos de Processo. E neste, a carta das liberdades está escrita no capítulo dos recursos. É a segunda instância a genial criação, a suavíssima canção da liberdade. O Estado nunca se dá por satisfeito com as decisões de um só Juiz. É certo que uma presunção de legalidade cobre os atos dos Poderes do Estado. Quem quiser impugnar os atos estatais tem à sua disposição os recursos. E eles deverão ser amplos e múltiplos. É verdade que os juízes do nosso tempo são consumados técnicos, e escolhidos mediante rigoroso sistema de provas intelectuais. Mas, isso não basta ao litigante que sucumbe. Ele quer a liberdade de procurar uma decisão que traga a justiça que lhe parece ser a justiça do seu caso. Afinal, a justiça é buscada pelo homem que paga as despesas dessa procura. As leis processuais deveriam ser obra não apenas de juristas, mas de filósofos. Um processo sem filosofia é uma demoníaca máquina de fabricar angústia e desesperos humanos (Rosa, 1975a, p. 21).

Encerro este artigo com um pedido de escusas aos seus eventuais leitores, pois, consciente que escrevi com

as minhas limitações sobre alguém que a vida demonstrou ser um espírito avançado e superior no seu tempo, rasgando, na alma e nos corações dos homens dedicados à causa da justiça,

caminhos mais suaves e melhores, na aventura humana em que todos nós somos irmãos, e que Eliézer, de forma extraordinariamente bela e humanizada, apontou a direção no processo.

REFERÊNCIAS

- CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. Appunti sul procedimento di cognizione secondo Il Progetto Solmi. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Padova, v. 14, parte 1, p. 269-281, 1937.
- RECASÉNS SICHES, Luís [1903-1977]. Nueva filosofía de la interpretación del derecho. México-Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 1956. 308 p.
- ROSA, Eliézer [1909-2002]. *Capítulos de história do direito processual civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Rio, 1975a. 3 v. (Cadernos de processo civil, 3).
- ROSA, Eliézer [1909-2002]. *Dicionário de processo civil*. 2. ed. São Paulo: José Bushatsky, 1973. 427 p.
- ROSA, Eliézer [1909-2002]. *Dicionário de processo penal*. Rio de Janeiro: Rio, 1975b. 267 p.
- ROSA, Eliézer [1909-2002]. *Novo dicionário de processo civil*. Rio de Janeiro: Livraria Freitas Bastos, 1986. 322 p.

RESENHA DA OBRA “DO FORMALISMO NO PROCESSO CIVIL”: Proposta de um Formalismo-Valorativo

Nicola Picardi¹

Tradutor: Daniel Francisco Mitidiero²

RESENHA PARA:

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 308 p.

1. A obra do conhecido processualista brasileiro, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, *Do formalismo*

no processo civil: pro-posta de um formalismo-valorativo, chega à 3ª edição. Trata-se de um estudo que teve uma larga difusão e influência na doutrina latino-americana do processo civil e que, a meu juízo, merece grande atenção também por parte do jurista europeu.

“O tema da forma oscila entre literatura e filosofia, entre direito e

1 Docente di Diritto processuale civile presso la Facoltà di Giurisprudenza della Luiss. Ordinario di Diritto processuale civile presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Roma “La Sapienza”. Currículo: <http://www.luiss.it/didattica/docenti/docentiCV3.php?cod=390>. Endereço profissional: LUISS Guido Carli, Sede Centrale, Viale Pola, 12, Roma, Italia, 00198. Endereço eletrônico: npicardi@luiss.it.

2 Professor Adjunto da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Doutor em Direito pela UFRGS. Currículo: <http://buscatextual.cnpq.br/buscatextual/visualizacv.jsp?id=K4758191P6>. Endereço profissional: Av. Ipiranga, 6681, Prédio 11, Sala 1030, Porto Alegre, RS, Brasil, CEP 90619-900. Endereço eletrônico: danielfcomitidiero@terra.com.br.

psicologia: impõe-se encerrá-lo, fechá-lo no círculo do método normativo” (Irti, 1985, p. VII). Induvidosamente, a problemática do formalismo encontra um de seus principais setores de emergência no direito processual, que é entendido, segundo a opinião comum, como o “reino da forma”. Mas, na maior parte das vezes, os processualistas se limitam a enunciar paráfrases, afirmando, por exemplo, que “forma quer dizer a parte externa [...] como o recipiente no qual a essência se contém: essa essência é a vontade” (Carnelutti, 1938, p. 16). Ao Professor De Oliveira, no entanto, cabe o mérito de ter abandonado as paráfrases e avançado uma proposta interpretativa que constitui o fio condutor da sua obra: o formalismo processual deve assumir o significado de um formalismo-valorativo, no sentido de que as formas processuais não devem ser excessivas enquanto fins em si mesmas, mas sim orientadas à tutela dos direitos fundamentais. O processo é concebido essencialmente como fenômeno cultural harmonizado aos valores. A justiça representa o valor final. A segurança jurídica e a efetividade da tutela jurisdicional (frequentemente em conflito entre si), como também a igualdade, representam os valores instrumentais. As técnicas empregadas de modo correto são os instrumentos para atingir os valores.

2. No primeiro capítulo, o autor lança as bases da própria tese por

meio de uma acurada reconstrução histórica do formalismo processual, individualizando, conforme os períodos históricos tomados em consideração, as razões que justificaram a introdução de regras mais ou menos rígidas na disciplina do desenvolvimento do processo. A reconstrução leva em consideração a experiência jurídica romana no período das *legis actionis*, na qual o processo era caracterizado por um formalismo excessivo, de matriz simbólico-religiosa, para chegar à época atual, na qual múltiplos fatores de natureza econômica e social induzem a entender que as formas processuais devem permitir ao juiz desenvolver um papel ativo de cooperação com as partes, para se chegar a uma solução da controvérsia que seja o mais vizinha possível da realidade.

No segundo capítulo, o Prof. De Oliveira analisa os fundamentos do formalismo processual, distinguindo internamente esses, entre regras funcionais à tutela dos valores externos ao processo e normas precipuamente orientadas a uma maior eficiência processual. Sob o primeiro perfil, evidencia, em primeiro lugar, a instrumentalidade das formas processuais para evitar que o arbítrio do juiz determine iniquidades nos casos concretos nas decisões em casos semelhantes. O formalismo processual, por outro lado, destina-se a tutelar a confiança dos cidadãos, os quais, mediante as

regras do processo — que por isso devem ser formuladas de modo claro – devem poder prever de modo razoável o seu resultado. Nessa perspectiva, revelam-se de particular importância, por exemplo, as normas destinadas a assegurar a uniformidade da jurisprudência. A tutela da paz social justifica, depois, as normas destinadas a tomar mais célere o processo, cuja função é eliminar o mais rápido possível o conflito criado entre as partes. Todavia, mesmo nesse caso não se deve chegar ao excesso de preferir uma decisão célere, mas injusta, porque em contraste com os direitos das partes. O autor sublinha, então, a fundamental importância do valor da efetividade da tutela, implicando que a parte vitoriosa possa obter, com o êxito do juízo, tudo quanto tem direito com base no direito substancial. Exatamente nessa perspectiva se insere a crescente importância da tutela cautelar, justificada pela vigência das regras que permitem obter ressarcimento em forma específica e não por último, é ressaltado, em consonância com os princípios estabelecidos pela Corte Europeia dos direitos do homem, que a efetividade da tutela passa também por resultados satisfatórios do processo executivo. O autor adverte, todavia, que também a persecução do objetivo da efetividade da tutela jurisdicional deve ser virtuosa e não se traduzir, patologicamente, em uma disciplina processual orientada exclusivamente a uma boa *perfor-*

mance, mas com pouca referência ao valor da justiça substancial. Em outros termos, deve-se procurar, por meio do balanceamento dos valores em conflito, alcançar um equilíbrio harmonioso que permita tutelar adequadamente os direitos do cidadão.

Sempre no âmbito do complexo segundo capítulo da monografia, o autor examina os princípios processuais destinados a tutelar a parte em face dos abusos do juiz e que constituem, na verdade, cânones fundamentais do processo equânime. Entre outros, lembra os princípios da imparcialidade do juiz, a submissão do juiz à lei, o princípio dispositivo e o direito de defesa. Por outro lado, adverte o autor que outras regras processuais, como a da preclusão ou a da *ficta confessio*, tendem sobretudo a limitar os poderes das partes com vistas a uma eficiente administração da justiça.

A obra prossegue com a ambiciosa análise das relações entre formalismo processual e princípios supremos garantidos pela Constituição brasileira, antes de todos, o princípio solenemente afirmado pela Constituição brasileira de que ninguém será privado da sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, princípio essencial do estado de direito, que compreende não apenas o direito de acesso ao juiz, como também a mais ampla garantia do processo equânime. Todavia, na disciplina positiva –

adverte o autor – deve-se sempre procurar alcançar o justo equilíbrio entre o informalismo excessivo, que terminaria por atribuir ao juiz poderes arbitrários, e o formalismo excessivo, que poderia determinar uma extinção patológica do juízo antes da decisão de mérito por razões puramente formais. Entre as garantias do processo equânime é atribuída, assim, particular consideração ao direito de acesso ao juiz, do qual é efetuada uma atenta comparação entre os diversos modelos positivos vigentes, sobretudo no que concerne à tutela jurisdicional dos indivíduos em face dos poderes públicos. Na análise comparativa em questão, é atribuída particular relevância à atual experiência jurídica brasileira na qual também a tutela contra a atividade ilegítima da administração pública é assegurada pelo juiz ordinário, o qual goza de amplos poderes, podendo inclusive, impulsionar o processo, até em face da mesma. O compartilhável auspício do autor é que, diante de uma tal legislação, a praxe judiciária seja, também em concreto, sempre mais orientada a uma melhor tutela dos direitos fundamentais do cidadão. O ordenamento processual brasileiro, por outro lado, privilegia a concepção social do processo sancionada pela Constituição, ainda pela particular relevância atribuída à tutela dos interesses coletivos para a qual, recorda-se, é prevista a legitimação

do Ministério Público, mostrando-se o julgado capaz de produzir efeitos *ultra partes*), e também pelos incisivos poderes, sobretudo de natureza interdital, conferidos ao juiz, de modo semelhante como ocorria com o pretor na experiência romana.

A última parte do segundo capítulo é dedicada, como anunciado, às normas que regulam o desenvolvimento do processo na finalidade precípua de tomá-lo célere e eficiente. De qualquer modo – põe em destaque o autor – continua sendo essencial o respeito ao princípio do contraditório, elemento essencial do processo, entidade dinâmica e dialética na qual os atos de uma parte dependem dos atos da outra e da atividade do juiz. Por outro lado, as formas processuais não devem ser reguladas de modo a resultarem excessivas em relação às finalidades perseguidas ou ainda comprometerem o núcleo essencial dos direitos das partes. Em outros termos, sublinha o autor, o procedimento deve quanto possível adequar-se às exigências do caso concreto. Assim determinam, por exemplo, sob o perfil positivo, tanto o art. 244 do CPC brasileiro, quanto o art. 156 do CPC italiano, quando sancionam o princípio da instrumentalidade das formas processuais ao alcance de urna determinada finalidade (Brasil, 2005; Itália, 2004).

Na parte final do segundo capítulo, é examinada a incidência das diferentes técnicas processuais

sobre a tutela dos direitos. Em tal perspectiva, o autor evidencia, antes de tudo, a particular idoneidade da tutela em forma específica em relação àquela por equivalente para garantir as situações jurídicas subjetivas e a importante função desenvolvida pelas formas de execução indireta, como as asíreintes. O capítulo se encerra, outrossim, com uma reflexão acerca da oportunidade de introduzir, também no sistema processual brasileiro, um juízo especial, eventualmente eleito, com incisivos poderes conciliadores para a resolução das controvérsias de pequeno valor econômico.

3. O terceiro capítulo é dedicado ao formalismo processual em relação aos atores que cooperam para o desenvolvimento do processo, ou seja, o juiz e as partes. Com relação à posição do juiz, a análise expõe uma arguta consideração: existe uma relação inversamente proporcional entre os poderes das partes e do juiz, assim como entre formalismo processual e discricionariedade do juiz. Em tal sentido, as normas processuais podem incidir, sobretudo, sobre a amplitude dos poderes do juiz na investigação e apreciação dos fatos, sendo pacífico de qualquer modo que pertença ao juiz, em virtude do princípio *lura novil curia*, individualizar a norma de direito e aplicá-la no caso concreto. Partindo dessa premissa, o autor evidencia que o processo liberal se caracterizava,

do início ao fim, pelo monopólio das partes, em coerência com uma concepção individualista do processo, compreendido como instrumento voltado exclusivamente à tutela dos direitos individuais. Corolário de dita concepção é o papel eminentemente passivo do juiz na investigação da verdade. Em contrapartida, nos sistemas processuais que expressam uma concepção publicista do processo, o juiz goza de poderes significativos, exercíveis também de ofício, na investigação da “realidade objetiva”. Em face desses modelos opostos, o autor atribui significativa relevância, na própria reconstrução histórica, à elaboração de Klein, segundo a qual é necessário que sejam atribuídos ao juiz poderes tendentes a reequilibrar os poderes das partes, em favor da menos favorecida, em razão de fatores econômicos ou sociais. O autor parte exatamente dessa intuição para desenvolver a sua proposta interpretativa com vistas ao papel que o juiz é chamado atualmente a desenvolver, ou seja, a colaborar ativamente com as partes na investigação da verdade, entendida como correta reconstrução dos fatos controversos, para uma decisão que se distancie o menos possível do real. A análise prossegue evidenciando, sempre em perspectiva histórica, a passagem do sistema medieval da prova legal e do livre convencimento das partes por parte do juiz. Princípio, demonstra o autor, que deve ser avalizado na medida

em que a prova tenha sido formada no contraditório entre as partes, o procedimento tenha sido público e, sobretudo, motivada a sentença com base em critérios lógicos depois da realização da prova. Em outros termos, o livre convencimento do juiz deve ser sustentado por cânones racionais e não se traduzir em uma íntima convicção, isto é, em um juízo intuitivo de pura equidade: daí deriva que as regras a aplicar na valoração das provas devem ser conforme às máximas de experiência e, mais em geral, aos valores econômicos e sociais relevantes em um determinado momento histórico. Segue o exame do princípio *lura novil curia*, o qual encontra atualmente aplicação também com relação ao direito estrangeiro: a fim de evitar que tal princípio se torne um instrumento autoritário e de qualquer modo oportuno, segundo o autor, que o juiz e as partes cooperem entre si também na inviduação da norma de direito aplicável no caso concreto.

A obra prossegue com a análise de como as regras formais do processo limitam os poderes processuais das partes. O autor salienta que, no particular, assume, antes de tudo, relevância o princípio da preclusão, que implica a distinção do processo em fases e se contrapõe ao princípio da liberdade processual, em regra aplicado nos processos caracterizados por maior oralidade, imediatidade e

concentração. A aplicação concreta do princípio da eventualidade pode comportar alguns problemas a respeito da garantia do contraditório, em razão de que uma parte poderia ter interesse em efetuar algumas afirmações ou em se defender apenas quando a outra parte abriu as suas próprias cartas: todavia, o autor nota que também a extrema liberdade processual, que caracterizou, por exemplo, o processo civil italiano da contrarreforma de 1950 até a Lei nº 353, de 23 de novembro de 1990, o qual não produziu resultados positivos em termos de eficiência processual. Em realidade, segundo o autor, a matéria deveria ser regulada tendo presente a situação cultural do povo, o seu nível de litigiosidade, a aptidão dos juízes e advogados e, em todo caso, permitindo-se às partes modificar a demanda depois da primeira audiência, produzir sempre novos documentos, e também efetuar, em sede recursal, novas alegações se isso não tiver sido possível em razão de força maior. Com referência aos termos processuais peremptórios, observa o autor que deveriam ser fixados pela lei de modo racional e uniforme, permitindo-se em casos excepcionais a intervenção do juiz para ajustar-lhe a medida.

O capítulo quarto é dedicado às relações entre formalismo e justiça, ou seja, à possibilidade de que as regras formais do processo comprometam uma eficaz tutela do direito

substancial exitoso. Na aplicação do direito, segundo o autor, a problemática de maior relevo é adaptar o caso concreto à regra geral: trata-se de uma atividade inevitavelmente criativa, visto que o legislador não pode prever todas as hipóteses possíveis, portanto, em algumas hipóteses, caberá ao juiz preencher a lacuna legislativa. De outra parte, a antinomia entre formalismo e justiça se realiza quando a parte que tem razão do ponto de vista do direito substancial resulta sucumbente por motivos puramente formais. A esse respeito, sublinha o autor, o direito brasileiro contém regras que, em via de princípio, eliminam as consequências negativas do formalismo excessivo, procurando, assim, resolver a antinomia mencionada. Por exemplo, a Constituição brasileira reconhece o princípio da igualdade, o princípio do contraditório, o direito de defesa e

impõe ao juiz motivar as próprias decisões: o respeito aos ditos princípios deveria impedir escolhas irracionais e arbitrárias. Também no âmbito da legislação ordinária é atribuída ao juiz uma ampla liberdade, de modo a evitar que seja constrangido a decidir em contraste com a própria consciência por razões meramente formais.

Na continuação da análise, o autor salienta que a distância entre a abstração da norma processual e sua aplicação nos casos concretos pode ser reduzida empregando-se o instrumento da equidade. Com efeito, sobretudo diante de conceitos jurídicos indeterminados, a equidade, que deve corresponder aos valores vigentes na sociedade, pode desenvolver uma essencial função integrativa.

O quinto e último capítulo sintetiza o conteúdo dos capítulos precedentes e resume a tese do autor.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de processo civil*. São Paulo: Vértice, 2005. 480 p.
CARNELUTTI, Francesco [1879-1965]. *Sistema di diritto processuale civile*. Padova: CEDAM, 1938. v. 2.

IRTI, Natalino. *Idola libertatis: tre esercizi sul formalismo giuridico*. Milano: Giuffrè, 1985. 96 p.
ITÁLIA. *Codice di procedura civile*. Milano: Giuffrè, 2004. 982 p.

Vânia Möller
editoração eletrônica
51 3209.5044 - 9705.7605
vaniemoller@terra.com.br

Composto especialmente para a Editora Meridional em Times New Roman,
corpo 11/13,5, sobre o papel offset 75g e impresso na
Gráfica Pallotti.

Revista da
Faculdade de Direito UFRGS

Av. João Pessoa, n. 80 - CEP 90.040-000 - Porto Alegre/RS - Brasil
Tel: (51) 3316.3118 / 3316.3128 / 3316.3555 / 3316.3464

DISTRIBUIDORES / REPRESENTANTES

AMAZONAS – Travessia Editora e Livraria Ltda. – Valer Livraria – Fone/fax: (92) 3633-6565
Editora Vozes Ltda. – Fone: (92) 3232-5777
BAHIA / SERGIPE – LDM – Livraria e Distribuidora Multicampi Ltda. – Fone: (71) 2101-8000
CEARÁ – Livraria Marques Mariano Ltda. Lua Nova – Fones: (85) 3223-4336 / 3214-5488
DISTRITO FEDERAL – J. Quinderé Distribuidora de Livros Ltda. – Fones: (61) 3347-8461 / 3347-7386
Livraria Cultura S/A – Casapark Shopping Center – Fone: (61) 3410-4033
Editora Vozes Ltda. – Fone: (61) 3326-2436
GOIÁS – Editora Vozes Ltda. – Fone: (62) 225-3077
ESPÍRITO SANTO – Representações Paulista Ltda. – Logos Livraria – Fone: (27) 3137-2568
MINAS GERAIS – Alpha Distribuidora de Livros Ltda. – Fones: (31) 3497-9179 / 3497-1939
PARAÍBA – UFPB – Universidade Federal Paraíba – Casa do Livro – Fone/fax: (83) 3216-7327
PARANÁ – Aramis Chain – Fone: (41) 3264-3484
Berton & Cosmo Ltda. – Fone/fax: (41) 3213-5600
Editora Vozes Ltda. – Fone/fax: (41) 3233-1392
PERNAMBUCO – Potylivros Distribuidora Ltda. – Fone/fax: (81) 3423-1100
Livraria Cultura S/A – Fone: (81) 2102-4033
Editora Vozes Ltda. – Fone: (81) 3423-4100
RIO DE JANEIRO – Mazolli & Assis Comércio de Livros Ltda. – Odisséia – Fones: (21) 2290-0873 / 2290-1305
Livraria da Travessa S/A – Ipanema – Fone: (21) 3205-9002 Ramais: 247 e 239
Editora Vozes Ltda. – Fone/fax (21) 2533-8358
RIO GRANDE DO NORTE – Potylivros Distribuidora Ltda. – Fone/fax: (84) 3203-2626
RIO GRANDE DO SUL – Multilivro Distribuidora e Livraria Ltda. – Fones: (51) 3223-7363 / 3223-6622
Livraria Cultura S/A – Bourbon Shopping Country – Fone: (51) 3028-4033
SANTA CATARINA – Livraria Livros & Livros Ltda. – Fone/fax: (48) 3028-6244
SÃO PAULO – Batatais Comércio e Represent. de Livros Ltda. – Fones (11) 3266-3097 / 3266-2976
Empório do Livro Editora e Livraria Ltda. – Fones: (11) 3255-1447 / 3151-6401
EDUSP – Editora Universidade de São Paulo – Fone: (11) 3091-4409
Lerlivros Distribuidora Ltda. – Potyguar – Fone: (11) 3828-2423
Livraria Cultura S/A – Conjunto Nacional – Fone: (11) 3170-4033
Livraria Cultura S/A – Shopping Villa Lobos – Fone: (11) 3024-3599
Livraria Cultura S/A – Market Place – Fone: (11) 3474-4033
TOCANTINS – S.G.Vieira – Livraria Palmas Cultural – Fones: (63) 3215-3123 / 3225-5217



Editora Sulina

www.editorasulina.com.br

