

**Revista da
FACULDADE DE DIREITO
da Universidade Federal do
Rio Grande do Sul**

VOLUME 19 - 2001

NOVA PROVA GRÁFICA E EDITORA

Rua Santos Dumont, 1186 - São Geraldo
Fone: (51) 346-5454
E-mail: novaprova@novaprova.com.br

Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Professora Wrana Maria Panizzi – Reitora
Professor Carlos Ferraz Hennemann – Vice-Reitor

Faculdade de Direito
Plínio de Oliveira Corrêa – Diretor
Professor Sérgio José Porto – Vice-Diretor

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Professor Franz August Gernot Lippert - Diretor

Conselho Editorial

Professor Carlos Alberto Álvaro de Oliveira
Professor Carlos Silveira Noronha
Professora Cláudia Lima Marques
Professor Franz August Gernot Lippert
Professora Guiomar Theresinha Estrella Faria
Professor Igor Danielevicz

Professora Judith Martins-Costa
Professor Marco Aurélio Costa Moreira de Oliveira
Professor Plauto Faraco de Azevedo
Professor Plínio de Oliveira Corrêa
Acadêmico Walter Guilherme Hütton Corrêa

*Omne jus ex facto natum,
sed ad hominem factum est.*

Ruy Cirne Lima

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)

Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. –
Vol. 19 – Porto Alegre: UFRGS. 2001 – Irregular – Continuação de: Revista
da Faculdade de Direito de Porto Alegre, publicada de 1949-1974

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

CDU: 34 (05)

Pede-se permuta
Pedese canje
We ask for exchange
On demande échange
Wir bitten um Austausch
Si richiede lo scambio

REVISTA DA FACULDADE
DE DIREITO DA UFRGS

Endereço para correspondência:
Lippert e Cia. Advogados
Fone: (51) 231-7988 - Fax: (51) 231-7989
Av. Padre Cacique, 320 - 5º andar - Bloco B
CEP 90810-240 – Porto Alegre/RS – Brasil
E-mail: lippertadv@pro.via-rs.com.br
lippert@lippert.adv.br



Rua Félix da Cunha, 751 – Sala 402 – Floresta
Fone/Fax: (51) 346-3995
CEP 90570-001
E-mail: diartes@conex.com.br

Agradecimento

*A Direção da Revista da Faculdade
de Direito da Universidade Federal
do Rio Grande do Sul agradece à
bibliotecária Simone Augustinho
Rocha por suas colaborações.*

Sumário

ARTIGOS

Espaço Público para o Diálogo Franco e Aberto, Pluralista e Democrático* J	07
<i>Eduardo Kroeff Machado Carrion</i>	
Reflexões de um antigo aluno de Hannah Arendt sobre o conteúdo, a recepção e o legado de sua obra, no 25º aniversário de sua morte.	11
<i>Celso Lafer</i>	
Miguel Reale, Humanista	19
<i>Miguel Reale Júnior</i>	
Missão Superior da Academia Brasileira de Letras Jurídicas	25
<i>Carlos Mário Velloso</i>	
Ministro Carlos Thompson Flores	33
<i>Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz</i>	
Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil	51
<i>Alexandre dos Santos Cunha</i>	
Imprensa e Violência Carioca	75
<i>Bernardo M. Gomes Carneiro</i>	
O Projeto que Institui o Novo Código Civil Brasileiro	87
<i>Carlos Silveira Noronha</i>	
Relações de Consumo na pós-modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos Artigos 2º e 29 do CDC	95
<i>Claudia Lima Marques</i>	
Globalizacion y Derecho de Daños los Derechos Constitucionales Incumplidos	131
<i>Carlos A. Ghersi</i>	
Falta de Notificação em Multa de Trânsito e Licenciamento	141
<i>Eurípedes G. Faim F. e Artur M. de Oliveira Jr.</i>	

Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico	157
<i>Humberto Ávila</i>	
Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação	181
<i>Judith Martins-Costa</i>	
O Limite Constitucional da Autonomia Privada: O Princípio da Solidariedade Social como Limite à Liberdade Contratual	209
<i>Luciane Lourdes Webber Toss</i>	
O CDC e os Serviços Bancários no Brasil	225
<i>Luciano Benetti Timm</i>	
O Direito ao Livre Desenvolvimento da Personalidade na Alemanha e Possibilidades de sua Aplicação no Direito Privado Brasileiro	237
<i>Marcos de Campos Ludwig</i>	
A Publicização da Noção de Pessoa Jurídica como Fator de Construção da Dogmática do 'Estado de Direito'	265
<i>Maren Guimarães Taborda</i>	
A Redução Voluntária de Capital Social nas Sociedades Anônimas	283
<i>Maria Honorina de Bittencourt Souza / Michel Zavagna Gralha</i>	
El Estado Penal Neoliberal	293
<i>Sebastián Rodrigo Ghersi</i>	
EMENTA: "Doação Inoficiosa - Art. 1.176 do CC - Querela Inofficiosae Donationis - Requisitos"	299
<i>Carlos Thompson Flores</i>	

Espaço Público para o Diálogo Franco e Aberto, Pluralista e Democrático*

Eduardo Kroeff Machado Carrion

Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS na Gestão do Centenário (1966/2000)

Senhoras e Senhores:

Terminamos hoje uma longa jornada com esta homenagem prestada pelas entidades profissionais e culturais na área jurídica ao centenário da Faculdade de Direito, jornada essa que, refletindo a grandeza da instituição, começou, na realidade, no dia de ontem, dia 16, na homenagem prestada pelo Conselho Seccional da valorosa e combativa Ordem dos Advogados do Brasil. Rendo minhas homenagens ao Dr. Valmir Martins Batista, Presidente da OAB/RS, por esta iniciativa de prestar também um tributo à Faculdade de Direito na noite de ontem. Jornada que nos estimula para a continuidade da luta, uma luta que já é centenária.

Em conhecido texto, o Professor José Salgado Martins, ex-Diretor da Faculdade, chamava a atenção para o predominante papel cultural no campo das ciências humanas da Faculdade de Direito de Olinda, depois Recife, e para a predominante missão política da Faculdade de Direito de São Paulo, a escola do Largo de São Francisco. À Faculdade de Direito

de Porto Alegre, segundo o Professor José Salgado Martins, teria tocado o papel de reunir, em síntese superadora, as duas tendências: a investigação científica e a inserção social e política. Isso tem sido realçado pela grande imprensa, tem sido dito nas diversas homenagens que foram prestadas desde ontem. Reflete-se nas nossas grandes referências, nossas grandes lideranças políticas, nossos grandes juristas: dois Presidentes da República, um Primeiro-Ministro, cinco Governadores do Estado do Rio Grande do Sul, seis Ministros do Supremo Tribunal Federal, inúmeros Ministros de tribunais superiores, Parlamentares, Ministros de Estado, Secretários de Estado, grandes juristas e doutrinadores, ilustres advogados, conhecidos empresários, importantes comunicadores, entre tantos outros, alguns aqui presentes, em suma, uma galeria de personalidades que honra e fortalece a tradição desta escola.

Em grande parte, as raízes ideológicas da Revolução de 30 estão nesta casa. Três grandes lideranças, Getúlio Vargas, João Neves da Fontoura e Maurício Cardoso, foram egressos da Faculdade de Direito. Se consultássemos

* Discurso proferido, na condição de Diretor da Faculdade de Direito da UFRGS, em 17 de fevereiro de 2000 por ocasião do encerramento das comemorações do centenário da Faculdade de Direito da UFRGS, em homenagem prestada pelas entidades profissionais e culturais da área jurídica realizada à noite no Salão Nobre do prédio da Faculdade. Revisado pelo autor.

nossos arquivos, encontraríamos a pasta nº 97 de Getúlio Vargas e nela uma prova da disciplina de Filosofia do Direito de 1906 que deixa transparecer uma preocupação social, em que há uma verdadeira antecipação da visão de Estado que foi implementada a partir dos anos 30, um Estado preservando a propriedade privada, mas intervindo com políticas sociais para abrandar as grandes desigualdades sociais.

É verdade, toda essa herança da Faculdade foi obra de grandes personalidades, de grandes energias, mas essas personalidades, essas energias foram potencializadas pelos bancos escolares desta escola. Mas não gostaria de falar apenas a respeito dessas grandes personalidades, dessas grandes energias. Gostaria de referir-me àquele trabalho larvar, àquele trabalho grande, porque pequeno, permanente, porque cotidiano. Em outros termos, a respeito de nossa contribuição para a formação da consciência republicana no Estado e no país. Seguramente, contribuimos para a transição para o estado de direito no Rio Grande do Sul.

Temos, no Rio Grande do Sul, uma tradição guerreira, de lutas intensas, violentas. Nossa história é marcada por essa realidade. Entretanto, ajudamos, aqui na Faculdade de Direito, no combate pela justiça, na defesa dos predicados do direito, a transitar dessa situação para o estado de direito. Ajudamos a transcender a guerra para construir a política. A política não prescinde da norma jurídica, ela tem de se dar no leito da norma jurídica, para adquirir a necessária regularidade e disciplina instauradas pela norma política. Nós ajudamos assim a construir o estado de direito no Rio Grande do Sul. Mas não só isso. Uma marca da Faculdade é também o seu direcionamento, a sua vocação para o direito público que se expressa nessa conjugação de que falava José Salgado Martins entre a investigação científica e a inserção social e política revelada pela presença de grandes publicistas e grandes políticos. Mais ainda. Nós

temos algo que parece marcar nossa trajetória e que precisa ser destacado. Trata-se do espírito de tolerância, de debate democrático e pluralista. Tolerância na diversidade.

Sabemos todos que a Faculdade de Direito surgiu, em grande parte, graças ao descortino da elite política e cultural do Estado, sob influência da ideologia positivista, destacando-se o papel fundamental do patriarca da República gaúcha Júlio Prates de Castilhos e o do então Presidente do Estado Antônio Augusto Borges de Medeiros, tendo como grande idealizador o desembargador Carlos Thompsom Flores a quem rendo justas homenagens. Pois bem, essa influência marcante do positivismo na origem da nossa escola, marcante de maneira geral na criação dos cursos superiores no Estado do Rio Grande do Sul, positivismo esse que foi um instrumento de modernização do Estado, embora refletindo, é verdade, uma visão tutelar das relações entre Estado e sociedade civil, essa hegemonia inicial do positivismo na nossa escola não foi incompatível com a diversidade, o debate, a polêmica. A primeira aula desta escola foi proferida por Plínio Casado, titular da disciplina de Direito Público e Constitucional, no dia 4 de maio de 1900, aula inaugural essa em defesa do estado de direito. A honra que coube ao jovem Professor Plínio Casado, futuro ministro do Supremo Tribunal Federal, revela, nas nossas origens, essa capacidade de conviver com a diferença e a diversidade. É verdade que houve momentos de intolerância também nesta casa. Mas fomos sobretudo vítimas da intolerância em diversos momentos. Lembro a destituição de seus cargos de dois eminentes professores: Ajadil de Lemos e Brasil Rodrigues Barbosa pelo movimento de 1964. O espírito de tolerância, fundamental para a convivência democrática, que se expressa já nessa aula inaugural, marca nossa trajetória já centenária.

A atual gestão que tem a responsabilidade das comemorações do centenário que, a

rigor, iniciaram-se naquela noite memorável de 9 de novembro de 1998 e que prosseguem ao longo do ano 2000, mas que têm como ápice a jornada do dia de hoje que, na realidade, iniciou no dia de ontem e está se encerrando nesse magnífico ato de homenagem das entidades profissionais e culturais na área jurídica, está procurando resgatar a idéia de tradição e de modernidade que foi também uma marca da nossa escola desde sua origem.

Recentemente, recuperamos o símbolo desta escola, a logomarca, cujo primeiro registro encontramos em 1908. Um trapézio que é um triângulo inacabado, simbolizando a idéia de uma obra ainda não concluída, uma tarefa a realizar-se, uma abertura para o futuro. Mas sobretudo a imagem da justiça sem os olhos vendados. Algo inovador e surpreendente na época, quando tradicionalmente a justiça era representada com os olhos vendados. A deusa grega da justiça, Têmis, era ora representada com os olhos vendados, ora sem os olhos vendados. Na Corte Internacional de Haia, a justiça está igualmente representada sem os olhos vendados. Que bela expressão de modernidade nessa representação! Isto é, uma justiça atenta à realidade do presente, às angústias do cotidiano, com os olhos abertos para as preocupações do homem comum. Uma justiça que reconhece as desigualdades de fato e percebe que uma norma de igualdade pode ser fonte de uma flagrante injustiça se não houver a necessária mediação dos chamados operadores do direito no sentido de adequar a norma abstrata às circunstâncias concretas da vida prática. Pois bem, essa simbologia estava presente em nossas origens. Então, quando falamos hoje em tradição e modernidade, na realidade é modernidade porque é tradição e é tradição porque é modernidade, como se o passado se confundisse com o presente e o presente se confundisse com o passado para alavancarem a construção do futuro.

A Faculdade de Direito da UFRGS nas-

ceu como Faculdade Livre de Direito. Ela foi uma faculdade livre porque de direito, já que não há liberdade sem o parâmetro jurídico, e ela foi uma faculdade de direito porque livre, já que não há direito sem liberdade. Faculdade livre e faculdade de direito, duplamente livre e duplamente de direito.

Nesta centenária trajetória que honra a história do Rio Grande do Sul e a história do país, mantivemos continuamente a excelência acadêmica. Todos os indicadores públicos ou privados atestam a excelência acadêmica e isso vem sendo reconhecido pelo mundo jurídico regional e nacional. A par do ensino de graduação e de pós-graduação, em nível de excelência, mantemos uma intensa atividade de pesquisa acadêmica e de extensão universitária, conjugando as três grandes missões da universidade, cristalizadas em mandamento constitucional: ensino, pesquisa e extensão, mas ensino, pesquisa e extensão em nível de excelência, convém ressaltar.

A Faculdade de Direito da UFRGS não se limita apenas a isso. Com muita razão foi dito pelo Vice-Reitor da UFRGS, Professor Nilton Rodrigues Paim, que somos um dos quatro pilares da criação da Universidade de Porto Alegre, atual Universidade Federal do Rio Grande do Sul, mais precisamente o pilar humanístico. Mas somos mais do que isso. Esta manhã, na sessão solene da Congregação desta Faculdade, abrindo as comemorações do centenário, sua excelência o Governador do Estado Olívio Dutra destacou "a longa, profunda, respeitável história de contribuição para a construção dos traços fundamentais da organização do Estado, do estado democrático de direito, nesta unidade da federação, o Rio Grande do Sul, e no nosso país" e que se tratava "não apenas da celebração dos 100 anos de um dos quatro estílios iniciais da Universidade Federal do Rio Grande do Sul; temos aqui a celebração de valores fundantes da organização do Estado, da

humanidade, da universalidade que precisam ser constantemente sublinhados, constantemente afirmados na prática cotidiana de todo mundo". Sim, temos uma responsabilidade histórica para com a sociedade gaúcha e a sociedade brasileira. Nós ajudamos em grande parte a construir a consciência republicana e democrática deste Estado e deste país. Esta é uma missão a que não podemos nos furtar, a par da excelência acadêmica do ensino, da pesquisa e da extensão.

Quero finalizar essas rápidas palavras para dizer da emoção e do agradecimento, da emoção pessoal como Diretor e do agradecimento da Faculdade de Direito às entidades que hoje nos homenageiam, às entidades profissionais e culturais na área jurídica que hoje nos homenageiam nesta noite.

Gostaria de expressar igualmente um agradecimento à sociedade gaúcha pela receptividade com relação a nossa comemoração, pelo carinho com que está sendo acolhida esta comemoração, para todos surpreendente. Sinceramente, nós da Faculdade de Direito não esperávamos tanta receptividade e tanto carinho, talvez porque subestimássemos a importância de nossa tradição, de nossa longa folha de serviços prestados ao Estado e ao país. Creio que é um reconhecimento que nos impulsiona, nos incentiva, nos potencializa para enfrentar as dificul-

dades e os desafios do futuro, sem esquecer as agruras do presente. Sim, a Universidade Pública, em especial a Universidade Pública federal, vive um momento de intensas dificuldades. Universidade essa que não é simplesmente a construção deste ou daquele governo, mas é um patrimônio construído por sucessivas gerações e hoje seriamente ameaçado. Mas seguramente resistiremos nesta Faculdade de Direito como já o fizemos em muitos outros momentos. Relembro ainda, na segunda metade dos anos 60, a resistência representada pela Faculdade de Direito em face da famigerada reforma universitária, em face da tentativa de fragmentação da instituição universitária. Aqui faço minhas homenagens ao dr. Ruy Cirne Lima, então Diretor da Faculdade, com quem tive a oportunidade de conviver como Presidente do Centro Acadêmico André da Rocha. Nós sustentaremos sempre a luta pela Universidade Pública, preservando ao mesmo tempo a excelência do ensino, a qualidade da pesquisa e da extensão. E como Universidade Pública que o é, será também sempre um espaço público para o debate franco e aberto, pluralista e democrático, conforme aquele espírito de tolerância que marca a sua trajetória, dos grandes temas e questões nacionais e internacionais que angustiam a humanidade e a civilização neste alvorecer do próximo século.

Muito obrigado.

Reflexões de um antigo aluno de Hannah Arendt sobre o conteúdo, a recepção e o legado de sua obra, no 25º aniversário de sua morte

Celso Lafer

— I —

A fortuna crítica e o reconhecimento da obra de Hannah Arendt (1908-1975) vêm crescendo continuamente. Atualmente, a irradiação dos temas centrais de sua reflexão é muito mais significativa do que quando estava viva e fui seu aluno de pós-graduação, na Universidade de Cornell nos EUA, em 1965.

Naquela época, ela era uma personalidade conhecida, mas controversa, presente na vida universitária e intelectual norte-americana, tendo já transposto os circuitos acadêmicos, graças ao fundamental livro, de 1951, sobre o totalitarismo. Era, no entanto, vista com suspeita pela esquerda, por conta da qualificação, não apenas do nazismo, mas também do stalinismo como vertente de um tipo inédito de regime de dominação, caracterizado pela ubiqüidade do medo, instrumentado na organização burocrática de massas e sustentado pelo emprego do terror e da ideologia. Tinha além disso adquirido notoriedade adicional por conta das vivas polémicas suscitadas pelo relato do processo Eichmann e pelo conceito da "banalidade do mal", por ela cunhado em livro da década de 60 sobre o assunto. No livro, discutiu o descompasso entre a enormidade do crime do holocausto e a opaca irrelevância da personali-

dade do burocrata que o administrou com terrível eficiência.

Hannah Arendt era admirada por seu resgate teórico do papel da ação no espaço público, mas considerada por muitos como defensora nostálgica e anacrônica da *polis* grega e da herança clássica. Era percebida como pensadora idiossincrática que admirava a esperança do "novo", inerente ao fenômeno revolucionário, e ao mesmo tempo advertia sobre os seus descaminhos; que salientava, de um lado, a relevância da autoridade como categoria política, e de outro sublinhava o significado da desobediência civil como forma válida da resistência à opressão e de recuperação da obrigação política.

Em síntese, não havia consenso em torno da pertinência da sua obra para o entendimento do mundo contemporâneo, e prevalecia razoável desconforto em relação a uma pessoa que não se enquadrava nos cânones políticos usuais (esquerda/direita; liberal/conservadora, etc.), nem era facilmente identificável no âmbito das disciplinas acadêmicas (Filosofia, Teoria Política, História, etc.) "*I somehow don't fit*", observou a própria Hannah Arendt num importante colóquio sobre a sua obra realizado em novembro de 1972.

— II —

25 anos após a morte de Hannah Arendt, em New York em 4 de dezembro de 1975, continuam vivas as discussões sobre a sua obra inclusive no Brasil. Estas discussões retêm uma variedade de perspectivas. Há os que apontam o que nela há de pós-moderno; outros, como Margaret Canovan, que sublinham os seus vínculos com a clássica tradição do pensamento político republicano. Há os que, como Paolo Flores d'Arcais, a qualificam como expressão de um existencialismo libertário. Alguns realçam a presença de Nietzsche e Heidegger, deles discrepando os que preferem chamar a atenção para o legado de Aristóteles e Kant. Persistem leituras neo-conservadoras, às quais continuam se contrapondo, nas trilhas abertas por Claude Lefort e Castoriadis, as de esquerda, de índole e de resistência revolucionária, que também mencionam o que Hannah Arendt deve à herança marxista. A elas se agregaram leituras feministas. Em síntese, a obra de Hannah Arendt permanece instigante e é vista como um extraordinário ativo intelectual, porém num contexto que mudou radicalmente.

A mudança do contexto provém da criação de um consenso intelectual em torno da pertinência de seu legado para o entendimento do mundo contemporâneo. É por esse motivo que a cada ano, nos mais diversos quadrantes culturais, vêm surgindo interpretações novas e, como mencionei, por vezes bastante contrastantes de sua obra. Também os seus inéditos e os vários volumes de sua correspondência vêm sendo publicados, e discutidos com muito interesse. Num certo sentido, pode-se dizer que ela está se convertendo num "clássico" do mundo contemporâneo, posto que a sua obra, ao lidar com a condição do ser humano no século XX, responde aos critérios de persistência do clássico apontado por Bobbio: cada vez mais é vista como interpretação autêntica da época em que viveu; provoca constan-

tes leituras e releituras e nos oferece categorias de que nos valemos para compreender a realidade que nos cerca.

O que explica a formação desse consenso e o reconhecimento desta dimensão de "clássico" que atualmente cerca o legado arendtiano?

Em 1982, Elizabeth Young-Bruehl publicou uma admirável biografia de Hannah Arendt. Este livro, que pela qualidade da análise e a abrangência da pesquisa continua sendo fundamental na bibliografia arendtiana, mostra que existem pensadores cujo intelecto nos fascina mas cuja biografia suscita pouco interesse. É o caso de Kant, que Hannah Arendt tanto admirou. Existem personalidades cuja vida é tão fascinante quanto a obra, como é o caso de Malraux, que Hannah Arendt discutiu, ao examinar o seu romance A Condição Humana, no meu curso de Cornell sobre as experiências políticas do século XX. A biografia elaborada por Young Bruehl revela que a vida de Hannah Arendt é não só interessante, mas fundamental para compreender a sua obra.

O livro de Young Bruehl é um relato exemplar de como um ser humano lidou com tempos sombrios e, na condição de judia alemã, atravessou, sobreviveu e pensou as catástrofes políticas, os desastres morais e os surpreendentes desenvolvimentos das artes e ciências no século XX. Ao discutir o livro de Young Bruehl por ocasião de sua publicação, procurei mostrar como na sua travessia Hannah Arendt elaborou em termos muito próprios, um modo de ver e um modo de ser. São estes dois modos que dão, penso eu, a chave para a compreensão tanto de sua obra quanto do alcance do seu legado.

O método de Hannah Arendt é o que ela absorveu na Universidade alemã onde, no contexto da efervescência e da criatividade da

República de Weimar, foi aluna de Heidegger e Jaspers. Em síntese, a sua formação filosófica, calcada no complexo fenomenologia/existencialismo, é uma parte importante da sua maneira de ver o mundo. É a sua tradição, como ela diz, numa polêmica e conhecida carta de 24 de julho de 1963 a Gershom Sholem, a propósito do controvertido livro sobre Eichmann. A correspondência em alemão de Hannah Arendt com Jaspers, publicada postumamente (1985), e assim como a correspondência com Heidegger, recém-publicada em 1999, tem como dimensão subjacente o fio de continuidade de sua tradição. Ela retomou explicitamente esta tradição no final da vida e da experiência de sua travessia intelectual, em livro postumamente publicado, no qual, ao cuidar das diferenças entre o pensar, o querer e o julgar, afirmou o pluralismo de The Life of the Mind (1978-1979).

As raízes filosóficas de Hannah Arendt, no entanto, não explicam nem o objeto da maior parte de suas análises e investigações, nem o seu modo de ser. Com efeito, a tradição de vida contemporânea, na qual se formou, é a do distanciamento das coisas que separa o filósofo da experiência do mundo. Neste distanciamento, e nos seus equívocos - inclusive os políticos - que teve em Platão um primeiro paradigma, Hannah Arendt não incidiu. Não incidiu porque se viu confrontada com o mundo por força da questão judaica. Ao vivê-la e ao pensar sobre ela foi configurando, as perguntas mais abrangentes, enformadoras de alguns de seus livros fundamentais.

A experiência epistemológica do confronto com a realidade desenvolveu em Hannah Arendt uma aptidão especial para pensar o geral e o seu significado a partir da situação concreta. Daí a originalidade na qual se fundiram no seu percurso o saber haurido na filosofia alemã e o olhar ensejado por sua inserção no mundo histórico-social e pelas vicissitudes de sua

vida, no trato de temas e na reelaboração de categorias como a liberdade, a mentira, a violência, o imperialismo, a autoridade, a desobediência civil, a revolução.

A experiência concreta dos dilemas e problemas da questão judaica foi para Hannah Arendt, para recorrer a terminologia de Jaspers, uma situação-limite. De 1933 - data de sua fuga da Alemanha nazista, depois de ter sido presa por estar coletando documentação sobre anti-semitismo - até 1951, quando adquiriu a cidadania norte-americana, ela foi juridicamente uma apátrida. Neste período, morou na França, dedicou-se à imigração de jovens judeus para a Palestina e, com a derrocada francesa, foi internada no campo de Gurs; conseguiu escapar, com o seu segundo marido Heinrich Blücher (o que não aconteceu com o seu amigo Walter Benajmin), via Lisboa, para os Estados Unidos. Viveu, assim, a dura experiência de refugiada, ou seja, de quem, para usar as suas próprias palavras, num artigo de 1943, perdeu o lar e, com ele a familiaridade da vida cotidiana; perdeu a profissão e, desta maneira, a segurança de ter alguma utilidade no mundo; perdeu o uso da língua materna e, com esta privação, a naturalidade das reações e simplicidade dos gestos e a expressão espontânea dos sentimentos.

No contexto desta situação-limite, é compreensível que a questão judaica tenha se tornado o ponto focal do seu pensar político e histórico, como disse a Jaspers, logo após a Segunda Guerra Mundial, em carta de 21 de janeiro de 1946. Foi esta situação-limite que fez com que ela tivesse que pensar os acontecimentos pela própria cabeça, sem o apoio de instituições e de tradições consolidadas. Daí uma das características do seu modo de ser. Este, diria eu, expressa-se através da rebeldia crítica do pária consciente - uma categoria que ela elaborou baseada em Bernard Lazare e que se inspira no alcance do pensamento que, com base na experiência própria, tem a coragem individual de

julgar, sem apoio numa tradição constituída. Heine e Kafka no campo de literatura; Walter Benjamin no da crítica; Rosa Luxemburgo no do socialismo; Bernard Lazare, no do sionismo, sobre os quais Hannah Arendt escreveu com tanta argúcia e compreensão, representam para ela, cada um à sua maneira, a fecunda experiência intelectual da rebeldia crítica do pária consciente, com a qual ela se identifica.

Não há, convém deixar bem claro, na reflexão de Hannah Arendt, o “pariasismo”, que como o “obrerismo” seria uma forma de identidade coletiva. Com efeito, para ela, o pensamento enraizado na particularidade e na contingência da experiência vivida é um modo fundamental da abertura do espírito em relação ao mundo, como realçou Anne-Marie Roviello. Ela não tem uma perspectiva fixa e o seu olhar é móvel, mas direcionado por um amor mundi. Foi por este motivo que Richard J. Bernstein concluiu o seu livro sobre Hannah Arendt e a questão judaica, indicando que, dentro de uma vertente de tradição judaica, a reflexão arendtiana, que é secular, está voltada para o mundo que Deus criou, não para o Criador.

Em poucas palavras, e para arrematar esta parte do meu argumento, diria que o modo de ver e o modo de ser de Hannah Arendt, a abrangência reflexiva da sua experiência e o amor mundi que a instiga são os elementos que explicam porque com o tempo ela foi sendo reconhecida como um “clássico” do mundo contemporâneo, na acepção acima referida de Bobbio. A sua obra e o seu legado continuam a responder às múltiplas inquietações do nosso tempo. São justamente algumas destas múltiplas inquietações para as quais as suas reflexões oferecem caminhos, que vou a seguir exemplificativamente elencar.

— III —

Começando pelo mais geral, lembro que a velocidade crescente da inovação tecnológica e da ampliação do conhecimento científico é uma das facetas mais determinantes da realidade contemporânea. Trata-se de um dos ineditismos do século XX, que se projeta de forma avassaladora para o novo século. É para o significado da ruptura derivada da contínua transposição de barreiras, antes tidas como naturais, que Hannah Arendt chama a nossa atenção no prólogo de The Human Condition, ao afirmar que o Sputnik - o primeiro satélite artificial lançado em 1957 - foi um evento que ultrapassou todos os outros, até mesmo o da desintegração do átomo. Neste mesmo prólogo de um livro de 1958, ela sublinha que a direção do novo conhecimento científico e técnico é uma questão política de primeira grandeza.

A relevância desta questão política é de indiscutível atualidade. Basta mencionar que, nesta era de globalização, a dinâmica da inovação tecnológica vem reduzindo o custo dos produtos e, concomitantemente, diminuindo a importância da força do trabalho. Isto coloca de forma incisiva e muito especialmente para as economias emergentes, o problema do destino dos operários. Ora, um dos temas antecipados por Hannah Arendt em The Human Condition, ao cuidar do labor e da automação, que então se iniciava, é, como ela diz, a perspectiva de “uma sociedade de trabalhadores sem trabalho, isto é, sem a única atividade que lhes resta. Certamente nada poderia ser pior” (Hannah Arendt, The Human Condition, Chicago; Chicago University Press, 1958, pp.4-5).

A descartabilidade dos seres humanos do ponto-de-vista da produção é uma das razões pelas quais, hoje, os homens não estão à vontade e em casa no mundo. Não estar à vontade e em casa no mundo é um dos temas fortes da reflexão arendtiana. Compreender as

situações que levam a isso e buscar caminhos para recuperar a constitutio libertatis é uma das marcas fundamentais do legado intelectual de Hannah Arendt.

A persistência de “*displaced people*” não se esgota na problemática da produção contemporânea de bens e serviços, antecipada por Hannah Arendt. Continua na ordem do dia, em função das realidades das fronteiras nacionais, o drama dos migrantes, dos refugiados econômicos e políticos que hoje se multiplicam e se espalham pelo planeta sem poder usufruir de uma kantiana hospitalidade universal, porque são “*sans-papiers*”. Trata-se aqui do tema arendtiano do “direito a ter direitos”, examinado mais amplamente no capítulo 9 do The Origins of Totalitarianism, que permanece como “tema global” da vida internacional. Com efeito, persiste o problema da falta de um vínculo efetivo com uma ordem jurídica, num mundo globalizado mas ainda organizado de maneira inter-estatal, que empurra um sem número de seres humanos para a inumanidade de um estado de natureza hobbesiano.

Os temas da secessão de estados, das nacionalidades, das minorias, - lingüísticas, religiosas e nacionais, - das “raças” e da “limpeza étnica”, discutidos por Hannah Arendt em The Origins of the Totalitarianism, permanecem na agenda. Na verdade, afloraram com novo vigor depois da desagregação da União Soviética e do fim da bipolaridade, indicando com clareza os perigos do *inter homines esse*, em contextos que favorecem, sem maiores limitações, em sociedades de massa, a plena “sublevação dos particularismos”, para valer-me de uma formulação de Octavio Paz.

O regime totalitário, caracterizado na análise arendtiana pela ubiquidade do medo e sustentado pelo emprego do terror e da ideologia, não desapareceu como possibilidade histórica e risco para a vida das pessoas com a derro-

cada do nazismo e o degelo pós-Stalin. Ele foi recriado no Terceiro Mundo, por exemplo, por Pol Pot na Campuchéia (Camboja), nos anos 70, e não se deve esquecer que a revolução cultural de Mao na China foi um movimento totalitário, num regime que aparentemente caminhava, com as “cem flores”, para um certo pluralismo. Em contraposição, a Revolução Húngara de 1956, como apontou na ocasião Hannah Arendt, foi um evento que assinalou através do inesperado e do criativo da ação política, motivado pelo gosto da liberdade e pelo desejo da verdade despojado de ideologia, a possibilidade de romper rotinas de dominação consolidadas, mesmo num regime ainda muito marcado por traços totalitários. Ao pensar o significado deste evento, Hannah Arendt antecipou, muito mais do que os estudiosos que trabalharam com tendências históricas, forças sociais e estatísticas, a queda do muro de Berlim e a desagregação da URSS e do seu sistema de poder.

As suas reflexões sobre a Revolução Húngara, foram retomadas em outro plano conceitual em The Human Condition, na análise da criatividade da ação e na esperança que provém da natalidade - que para ela é a categoria central da política, em oposição à *meditatio mortis* da tradição metafísica. Também em On Revolution (1963, 1965), a relevância da auto-organização popular, por ela apontada como aspecto da maior importância da Revolução Húngara, é aprofundada na discussão do sistema de conselhos (town-halls; rátes; soviets etc), como um componente positivo da experiência revolucionária.

Estas vertentes da visão arendtiana adquirem um foco muito preciso nas suas análises subsequentes sobre as diferenças entre poder e violência. Na sua análise do poder, ela desloca o foco da tradicional temática do seu emprego e aplicação para o da sua criação e manutenção, como bem realçou Habermas. Para ela, o

poder - que é inerente a qualquer comunidade política - resulta da capacidade humana para agir em conjunto, o que, por sua vez, requer o consenso de muitos quanto a um curso comum de ação. Assim, no Brasil, o movimento das "diretas-já" é um excelente exemplo de ação conjunta geradora de poder, que foi na década de 80 um ingrediente chave a promover o término do regime militar e o advento da redemocratização.

Para Hannah Arendt, poder e violência são termos opostos: a afirmação absoluta de um dos termos significa a ausência do outro. Em síntese: a violência destrói o poder, não o cria. Esta lição arendtiana para nós na América do Sul, que vivemos o que foram as conseqüências da luta armada e da guerrilha, é um aspecto importante da atualidade do seu legado.

No entanto a violência destrutiva do poder está, como explícita, muito presente na vida do século XX. Ela a explica pela severa frustração da faculdade de agir no mundo contemporâneo, que tem suas raízes na burocratização da vida pública, na vulnerabilidade dos grandes sistemas e na monopolização do poder que seca as suas fontes criativas. A carência da capacidade de agir em conjunto é um convite à violência. Aqueles que perdem esta capacidade, sentindo-a escapar de suas mãos - seja na perspectiva *ex parte principis*, seja na *ex parte populi* - dificilmente resistem à tentação de substituir pela violência o poder que está desaparecendo. Segundo ela, o acréscimo da brutalidade policial, por exemplo, freqüentemente é conseqüência da ineficiência generalizada da polícia.

Uma das razões da violência, - que é o que converte os *engagés* em *enragés*, - é a palavra que não revela a imprescindível transparência do espaço público, mas a esconde na opacidade. Daí a idéia de arrancar, pela violência, as máscaras da hipocrisia dos governantes. Es-

tas considerações de Hannah Arendt em *On Violence* (1969-1970) foram posteriormente inseridas na coletânea de ensaios *Crisis of the Republic* (1972). Dizem respeito também ao contraste, para usar a fórmula de Bobbio, entre os ideais democráticos e a "democracia-real". Este contraste adquire muita nitidez, para continuar com Bobbio, com a força do poder invisível dos *arcana imperii*, do "sotto governo" e do "cripto governo". É disso que Hannah Arendt trata em *Crisis of the Republic* ao examinar a mentira na política, a preocupação com o *image-making* e, - como deflui do ensaio inserido na 2ª edição de *Between Past and Future*, - a imprescindibilidade da verdade factual, como a base primeira da verdade na política. A atualidade do seu legado neste campo não requer maiores elaborações. Basta, inter alia, mencionar os dilemas da vida democrática inerentes às relações entre a mídia e a política, e os temas da manipulação da opinião pública e da invasão das "relações públicas" na vida política que Hannah Arendt apontou em um de seus últimos textos, o "*Home to Roost: A bicentennial address*" (1975).

A importância política da verdade factual adquire relevância adicional no que tange ao alcance e à justiça da relação entre narrativa e testemunho. Só se lida, *a posteriori* e apropriadamente com as conseqüências de *dark times* como aponta Hannah Arendt no seu ensaio sobre a escritora Isac Dinensen, narrando o que se passou. As dores podem ser suportadas, se postas numa "história" que revela o alcance do ocorrido, que do contrário, permanece como uma seqüência intolerável de meros acontecimentos. Neste contexto da dor, a relação entre ação, estória e história, realçada por Paul Ricoeur na sua análise de *The Human Condition*, explicita-se no contar. Este contar - que diz respeito ao poder redentor da narrativa como aponta Seyla Benhabib - permite o acordo e a reconciliação, ao revelar o sentido, sem incidir no erro de defi-

ni-lo (Hannah Arendt, *Men in Dark Times*, N. York, Harcourt, Brace, World, 1968, pp. 104-105).

O relatório Sábado na Argentina e o *Brazil, nunca mais* da Comissão Justiça e Paz de São Paulo, sobre as torturas em regimes autoritários ou as Comissões de verdade e reconciliação, criadas na África do Sul para lidar com o que foi o *apartheid* são exemplos da importância daquilo que é com justiça narrado.

O que diz Hannah Arendt na sua análise do processo Eichmann sobre a tipificação do genocídio como crime contra a humanidade, porque representa uma contestação frontal à condição humana da pluralidade e da diversidade, parece-me lamentavelmente atual, em função dos surtos de xenofobia, dos conflitos tribais, dos fundamentalismos religiosos e da conseqüente força da intolerância, presente no mundo contemporâneo. Também entendo que a sua avaliação de que o anti-semitismo explica a escolha das vítimas do holocausto, mas não a natureza sem precedentes do crime do genocídio é relevante no cenário dos riscos contemporâneos, que vão muito além dos persistentes perigos do anti-semitismo.

Aponto igualmente que a experiência judaica, por ela discutida, de privilegiar a memória da perseguição em detrimento da história, à luz de uma estratégia de sobrevivência, baseada numa dissociação do mundo, pode levar à falta de visão política. Os textos arendtianos dos anos 40 de crítica às vertentes

majoritárias do sionismo, que não levavam em conta as realidades do mundo árabe, são pertinentes para o entendimento do percurso e das vicissitudes histórico-políticas do Estado de Israel.

Deste passeio pelos temas do legado arendtiano fica claro o alcance epistemológico, por ela proposto, do julgar com faculdade do Espírito, distinta do pensar e do querer. Tanto nas primeiras aproximações ao tema quanto nas postumamente publicadas *Lectures on Kant's Political Philosophy* (1982), Hannah Arendt explora e destaca a relevância do juízo reflexivo, como modo de lidar com o específico sem perder o horizonte do seu significado geral. Por isso, o julgar é uma faculdade indispensável para a ação política na modalidade do juízo prospectivo e, para o pensador e o historiador, na modalidade do juízo retrospectivo, numa época como a nossa, na qual a ruptura entre o passado e o futuro tornou os "universais" fugidios. O julgar é assim o nexo entre a teoria e a prática e a condição da possibilidade do pensar e do agir *without bannisters*. É por meio do juízo reflexivo que Hannah Arendt extrai e alcança das especificidades exemplares dos acontecimentos uma universalidade de reflexão que é a marca dos *fermenta cognitionis* da atualidade de seu legado intelectual.

Em síntese, e para finalizar, creio que os pontos que aflorei neste texto - e muitos outros poderiam ser realçados se não fossem as limitações do espaço - são suficientes para substanciar a afirmação de que Hannah Arendt é efetivamente um "clássico" do século XX.

Miguel Reale, Humanista

Miguel Reale Júnior

Aos noventa anos de meu pai, várias manifestações de regozijo estão se realizando, para saudar a oportunidade, favorecida pelo destino, de permitir que com tão avançada idade tenha o nonagenário a mais íntegra capacidade de produzir trabalhos, nos quais agora se misturam a vasta cultura acumulada com a sabedoria, que ele mesmo define como equilíbrio e justa medida¹. Estes não se confundem com o bom senso, que pode ser ocasional, enquanto a sabedoria é marcada pela constância e retidão.

Outra característica da sabedoria está em não se fechar o sábio no seu casulo, bastando-se a si próprio e indiferente ao mundo dos demais mortais. O sábio deve ser, diz REALE, um participante e o sentido da participação criadora lhe é inerente.

É justamente esta participação criadora que REALE tem manifestado ao transmitir os frutos de sua sabedoria por meio dos artigos que quinzenalmente publica no jornal "O Estado de São Paulo". Reunidos na coletânea "Variações", a primeira constatação que se faz está no variado das "variações", na multiplicidade de vertentes do espírito humano que são abordadas.

Tive oportunidade, em meu discurso de posse como professor titular da Faculdade de Direito da USP, de dizer que era um homem de sorte, primeiramente por ter nascido filho de

MIGUEL REALE. Passados 12 anos daquela oportunidade, repito o que disse, sou mesmo um homem de sorte, pois a convivência diária com meu pai, em casa e no escritório, tem revelado sempre um homem em contínuo processo de ensinamento, antes de tudo suscitando valores, conduzindo de um ponto a outro fixado como meta, numa interrelação educador-filho ou aluno de caráter concreto e afetivo, uma transmissão de vivências que não se limita a uma fria informação de conhecimentos.

Diz REALE, então, que a educação tem por fim primordial a formação e a realização da personalidade, e foi isto que vivenciei e vivencio ao seu lado, como filho, aluno, leitor e colega de escritório. Creio que nos artigos já mencionados, reunidos sob o título "Variações", o processo educacional e a participação criadora inerente ao sábio se fazem mais presentes, e pretendo, neste trabalho, destacar algumas das idéias mestras que iluminam a tarefa jornalística do homenageado.

Primeiramente, foi para mim sempre sedutora a compreensão unitária do homem e de suas formas de manifestação sob a égide de uma constante afirmação de valores, que se revelam ao longo da história e que passam a integrar, inafastavelmente, o seu patrimônio cultural.

É esta uma das idéias básicas a que repetidamente REALE recorre, e essencial em seu pensamento. Interessa não o homem abstrato,

¹ *Variações, São Paulo, Edições GRD, 2000, 2ª ed., p. 169.*

visto como entidade ideal, mas sim o homem concreto, situado em seu tempo e contornado por suas circunstâncias, como expressa ORTEGA Y GASSET. A primeira vista afirmar-se-ia um relativismo histórico, que inviabilizaria o reconhecimento de direitos humanos fundamentais.

Superando esta dificuldade, sem cair no jusnaturalismo, teológico ou racional, conforme se ancore em Deus ou na razão a revelação ao homem dos valores positivos e do justo, REALE indica a existência de invariantes axiológicas, que define como valores supremos e universais, tais como o da pessoa humana, da liberdade e da solidariedade, “que se projetam do processo histórico, pairando acima dele como se fossem inatos. Na realidade, emergem, a meu ver, da história mesma, nela adquirindo sentido e força transcendentais por corresponderem à misteriosa unidade da *natureza humana*”.

Inserido na história, o homem concreto é espelho de seu tempo, de tal forma que, conforme REALE, é impossível separar o sentido auroral da música de BACH do despertar da era iluminista, tal como CHOPIN prende-se à vaga romântica³, mas nem por isso a experiência histórica deixa de consagrar valores que se incrustam no modo de ser do homem, formando a sua “natureza”, valores que “deixam de ser considerados bens transitórios para se firmarem como permanentes e intocáveis”, sem que constituam uma verdade absoluta revelada de antemão.

Desse modo, a multifária e complexa experiência histórica, na qual o homem expõe suas grandezas e fraquezas, termina por otimisticamente incorporar valores positivos, que se transformam na forma indissolúvel de ser do homem, em uma árdua conquista de marcos

definitivos da cultura. Assim, do homem concreto, em sua experiência nos planos mais diversos, da política, da economia, da arte, da religião, do amor alça-se vôo às invariantes axiológicas, que parecem inatas mas não o são, pois significam revelações proporcionadas pela própria história, constituindo-se, à semelhança do formulado por MAIHOFER, um direito natural concreto, historicamente condicionado.

E a mais fundamental das invariantes axiológicas é a pessoa humana, “raiz legitimadora dos direitos humanos”, valor-fonte de todos os valores⁴.

Como resultado imediato da pessoa humana como valor-fonte, vários outros valores revelam-se, também, como fundamentais e igualmente experienciados no processo histórico, tais como a liberdade e a justiça. Assim, segundo REALE, desde as revoluções políticas e iluministas do fim do século XVIII não pode mais o homem viver sem as liberdades fundamentais, que compreendem as liberdades política, religiosa, artística, econômica, bem como a liberdade do trabalho e do ócio.

Ressalte-se que REALE jamais se desprende do real, infenso a uma concepção ideal da pessoa humana, sempre situando-a na experiência da vida cotidiana, de tal modo que a liberdade ele só a compreende como manifestação que se põe na “concretude de um ser espiritual participante capaz de criar algo novo e valioso para si e para a sociedade em que vive”.

Outra idéia força, que amarra o homem ao seu destino concreto, é a de que o *ser do homem é o seu dever ser*⁵, transcorrendo a existência entre o experienciado e o experienciável, pois cada ser humano realiza-se

² *Variações, cit. p. 39.*

³ *Variações, cit. p. 158.*

⁴ *Variações, cit. p. 106.*

em função de um projeto adequado às suas inclinações e potencialidades.

Assim, o homem é forçosamente a história de si mesmo, vive no tempo, sempre se projetando ao futuro, mas a partir do arsenal do já experienciado, ou seja, é enquanto deve ser. Não é apenas memória, nem tão só futuro, mas um amálgama, pois é próprio da condição humana recolher a experiência passada, mas sempre ter o impulso para o desenvolvimento de novas tarefas. Isto é verdadeiro, também, para o velho, para quem, como diz REALE, importa a memória do tempo⁶, da qual, todavia, “emerge uma intuição criadora ou renovadora para compensar as naturais debilidades da velhice, reabrindo de par em par a porta da esperança”.

E é na temática do tempo que mais angustiosamente se debruça o homenageado. Voltado a edificar a grandeza do homem concreto, em suas vivências sensitivas na experiência cotidiana, com os olhos sobre este homem particular, inserido na história e propulsor da história, REALE preocupa-se de como é e como deve ser vivido o tempo.

Importante a distinção que estabelece entre tempo quantitativo e tempo qualitativo. O primeiro próprio da praxe, o segundo concreto e existencial, impossível de ser medido pelos ponteiros do relógio.

O tempo é diversamente sentido, passa depressa ou vagorosamente conforme o que se vive. Diz CAMUS que o dia no escritório passa rápido, e tem razão, mormente comparando-o com o tempo do ócio forçado do desemprego. Lembra REALE a relação feita por UGO SPIRITO entre tempo e preocupação. E se cabe razão a ORTEGA Y GASSET, há homens ocu-

pados e homens preocupados, sendo a meu ver mais longo o tempo vivido na preocupação do que o gasto na ocupação.

O tempo é diferentemente sentido, exemplificando REALE, que é alegre o tempo das intuições criadoras⁷, pianíssimo o do ensimesmamento, doce e dolente o da saudade. Diversos são os tempos da raiva, da paixão, ou do terror em um assalto de poucos minutos que à vítima parece uma “eternidade”. Outro é o tempo, também, como lembra RICARDO ANDREUCCI, vivido em um presídio onde, desfeito o condenado dos papéis sociais que representava, espera ansioso o julgamento de um recurso que lhe poderá devolver a liberdade perdida.

Posso dizer que no campo, com a harmonia dos elementos da natureza a entrar pelos olhos, as horas têm sessenta minutos, enquanto na turbulência sófrega de São Paulo as horas possuem trinta e cinco minutos.

Certa feita, na fazenda, montando égua de nome Brasília, pertencente a um empregado, reclamei da lerdeza do animal, ao que o caboclo retrucou: “andá ela anda, a gente é que precisa aprender a andá na paciência dela”. É o tempo existencial, um na roça, outro na grande cidade.

O amor também apresenta tempos diversos, e o amor matrimonial, segundo REALE, é o tempo da duração⁸, que não é fugidivo, relâmpago como um *coup de foudre*, mas sim aquele que perdura na recíproca atração, em incessante doação e conquista, em participação perene.

Sabidamente constata que há, também,

⁵ *Variações, cit. p. 27 e 83.*

⁶ *Variações, cit. p. 45.*

⁷ *Variações, cit. p. 35.*

⁸ *Variações, cit. p. 131.*

um tempo do velho⁹, no qual se contabilizam os momentos positivos adquiridos e os negativos perdidos, mas sem encerrar o balanço, para, ao contrário, tomar as gratas recordações como patamar do qual vislumbra o futuro, para saber o que ainda pode esperar, pois enquanto se espera não se pode sentir a velhice com resmungos e amarguras”.

É esta, sem dúvida, a melhor receita para se alcançar os noventa anos atento à vida, do futebol à globalização, fazendo de cada artigo de jornal a primeira colaboração na imprensa, à espera de um novo reconhecimento, que nem os títulos *honoris causa* tornam dispensável. É o tempo do velho que remoça na esperança.

Lição importante surge na análise de como é o tempo vivido por nós brasileiros, sem a paciência própria dos que sabem que a natureza não anda aos saltos, pois o bom senso natural mostra que se deve passar gradativamente “da semente à flor e da flor para o fruto, com a sabedoria de saboreá-lo maduro”¹⁰, lembrando que já SAINT HILAIRE anotava que, no Brasil, comem-se os frutos verdes, não esperando que amadureçam.

O brasileiro busca sempre alcançar seus objetivos de forma apressada, confiando na improvisação, certo de que com facilidade obterá os resultados pretendidos sem o esforço contínuo, razão por que REALE decifra dois complexos nacionais que devem ser superados: o *estalo de Vieira* e o *jeitinho*¹¹. O *estalo de Vieira* entendido como ciência súbita e gratuita, e o *jeitinho* como capacidade inata de superar dificuldades. Devemos vencer estas formas de

vida viciadas, ainda mais diante do avanço tecnológico que instaura a imediatidade, acelerando o desejo de obtenção repentina de resultados. Cumpre, assim, “dar valor ao que se aperfeiçoa no tempo”.

Mas, questão fundamental está em indagar se o tempo se finda com a morte, se com a morte se cai na escuridão e no nada. A idade fez deste agnóstico um espírito imbuído de religiosidade, chegando à conclusão de que “somos uma ilha de problemas cercada pelo oceano de mistérios”¹².

REALE enfrenta o desafio de decifrar em que consiste o ato de orar, que a seu ver decorre de uma “necessidade de crer, de crer sem vacilação”¹³, pregando por proteção nesta e na vida depois da morte. Assim, os homens, perante o transcendente, fazem-se mais próximos e mais iguais, ao compartilharem todos a mesma crença, estabelecendo-se uma comunidade, pois o ato de orar é concomitantemente um isolamento e uma participação.

Por isso, a seu ver a experiência religiosa constitui um ato de doação¹⁴, uma entrega espontânea e confiante a algo superior, dominante e envolvente de quem crê, uma vivência do absoluto nos quadrantes da finitude humana.

A meu ver, não poderia o pensador que elege a pessoa humana como valor-fonte de todos os valores, dela defluindo os valores da liberdade espiritual e da justiça, não crer em um significado após a morte. O reconhecimento da dignidade da pessoa humana não se com-

padece com a visão da morte como o nada ou a escuridão. Por isso, diz REALE, “proclamada a inexistência de Deus, tudo o que existe, nem o homem, nem a infinidade do universo teria sentido....Não haveria também razão para o dever moral que é só próprio da espécie humana”¹⁵.

Mais intenso se faz o sentimento religioso diante da morte da mulher amada, e dois meses após seu falecimento escreve¹⁶: “creio que a alma se desprende do corpo e passa para outra forma de existir, isenta de materialidade e, como tal, mais pura”..... “Sobrevem a fé pelas vias do amor”.

Transita na lembrança dos momentos mais ínfimos, passados juntos, aprendendo a viver com lágrimas nos olhos, sabendo que sentir saudade da pessoa amada “é uma forma de ressuscitá-la”, fazendo-a presente.

A perda irreparável do ente amado o reconcilia com a morte, deixando de a temer,

pois é o caminho para restabelecer a ligação com o ser querido que partiu. Mas não perdura estático e indiferente ao mundo e aos que lhe são próximos, à espera da morte. Sente, então, “a necessidade imperiosa de amar, de maneira diversa e mais profunda filhos, netos e bisnetos”.

REALE demonstra, portanto, com sua vida, seus sofrimentos, vitórias e constantes esperanças, a teoria de que *o homem é enquanto deve ser*, cumprindo a máxima que formulara na juventude, em 1933, propondo-se a “teorizar a vida e viver a teoria na unidade indissolúvel do pensamento e da ação”. Sempre foi enquanto devia ser, e hoje aos noventa é enquanto deve ser. Vive porque tem esperança.

Fez e faz da vida um perene projeto de realização plena do espírito, que não esmorece diante dos obstáculos que a existência lhe apresenta. E assim viverá ainda por muitos anos. É essa a minha esperança.

⁹ *Variações, cit. p. 43.*

¹⁰ *Variações, cit. p. 133.*

¹¹ *Variações, cit. p. 140.*

¹² *Variações, cit., p. 100.*

¹³ *Variações, cit., p. 97.*

¹⁴ *Variações, cit., p. 70.*

¹⁵ *Variações, cit., p. 101.*

¹⁶ *Variações, cit., p. 192.*

Missão Superior da Academia Brasileira de Letras Jurídicas¹

Carlos Mário Velloso

Honra-me, sobremaneira, ingressar nesta Academia e tomar posse na Cadeira n° 42, cujo patrono é o Conselheiro Lafayette Rodrigues Pereira, em sucessão ao Professor Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, cujo precoce falecimento representou, para o Direito e para a Justiça, perda irreparável.

O ato reveste-se, de outro lado, de assinalada significação, que me faz feliz. É que, nesta solenidade, designastes, como vosso intérprete, o Ministro e professor Roberto Rosas, que, além de dar prestígio ao ato, pelo seu saber e pela alta dignidade que confere a tudo que faz, é um amigo muito querido, responsável pelo meu ingresso nesta Casa, amigo verdadeiro, o amigo cujo conceito Guimarães Rosa pôs na boca do jagunço Riobaldo, no “Grande Sertão: Veredas”: ... amigo – é que a gente seja, mas sem precisar de saber o porquê é que é.”

As academias são centros de cultura e costumam reunir os que mais se destacam no estudo e na divulgação do ramo do conhecimento humano que motivou a aglutinação dos estudiosos. As academias contemporâneas, praticamente todas elas, inspiram-se na famosa Academie Française, a mais antiga das cinco academias que constituem o Institut de France, criada que foi em 1635, por Luis XIII, a pedido de Richelieu, e que cedo, muito cedo, fez histó-

ria. É de 1652 a “Histoire de l’Academie Française”, escrita por Pelisson e que foi continuada, em 1729, pelo padre d’Olivet.

Esta academia não fugiu à regra. Os juristas que, em 1975, a idealizaram, sob a liderança de Custódio Bouças e do Ministro Luis Gallotti, e a instalaram no dia 17 de março de 1976, revela-nos o eminente Presidente Othon Sidou, buscaram inspiração na Academia Francesa. (Enciclopédia Saraiva do Direito, verbete “Letras Jurídicas”, vol. 49/286).

Miguel Reale, no discurso que proferiu nesta Casa, quando da posse do notável jurista que foi A.B. Cotrim Neto, cujo nome pronunciou com respeito e com uma enorme saudade, registrou que “foi, sem dúvida, nos domínios da Ciência do Direito que mais cedo amadureceu a cultura brasileira”, certo que, já em 1815, José da Silva Lisboa, o Visconde de Cayru, tirava a lume o livro: “Princípios de Direito Mercantil e Leis da Marinha”, que Túlio Ascarelli declarou ser dos melhores do seu tempo. Teixeira de Freitas no Direito Privado, o registro é, ainda, de Miguel Reale, Pimenta Bueno no Direito Público, Paula Baptista no campo de Direito Processual e o Conselheiro Ribas, com o seu Curso de Direito Civil, produziram obras de real valor, que mostram a vocação brasileira para o Direito. A Constituição de 1824 influi no

¹ Discurso de posse pronunciado na sessão solene da Academia Brasileira de Letras Jurídicas, no dia 18.08.94, sob a presidência do Professor J. M. Othon Sidou.

constitucionalismo europeu, dado que foi ela que, pela primeira vez no mundo, lembra José Afonso da Silva, submeteu e positivou os direitos do homem, que Biscaretti di Ruffia atribuiu, equivocadamente, à Constituição da Bélgica de 1831 (Biscaretti di Ruffia, "Diritto Costituzionale", Nápoles, 7ª ed., 1965, os. 695-596; José Afonso da Silva, "Curso de Dir. Const. Positivo", Ed. R.T., 5ª ed., 1989, P.149).

Acrescentou Miguel Reale que "basta a lembrança dessas contribuições brasileiras ao mundo do Direito para podermos afirmar, àquelas que medem o progresso das nações apenas por suas produções materiais e econômicas, que o Brasil, no que se refere aos valores do Direito, há muito tempo não é, absolutamente, um País subdesenvolvido."

É preciso manter essa tradição. Digo mais: é necessário ampliar a contribuição brasileira ao Direito, no campo do ensino, da pesquisa e da jurisprudência. Daí, a grande importância de centros de estudos como este, em que o compromisso com a ciência constitui o seu cerne. Esta é, na verdade, a razão fundamental desta Academia, cujos membros, notáveis juristas, contribuem, com estudos e trabalhos, para que o Brasil continue, no que se refere aos valores do Direito, no plano do primeiro mundo.

Bem pó isto, Senhores Acadêmicos, a felicidade e a honra de estarmos diante de vós a junto de vós, de sermos um de vós.

A cadeira nº 42, em que ora sou empossado, tem como patrono Lafayette Rodrigues Pereira, nascido em Queluz, Minas Gerais, aos 28 de março de 1834. Queluz é da fase do declínio do "ciclo do ouro" e a vila, criada em 1790, é das últimas do período colonial. Hoje, a cidade mineira tem o nome de seu filho ilustre, Conselheiro Lafayette.

Ninguém produziu obra melhor sobre Lafayette do que o Ministro Paulo Brossard, em

discurso que proferiu na Câmara dos Deputados, na sessão de 24.XI.1967, quando do cinquentenário da morte do conselheiro.

Diplomado em 1857, pela Faculdade de Direito de São Paulo, foi promotor público no seu Estado natal, em Ouro Preto. Pouco depois, menos de ano, fixa residência no Rio de Janeiro, para trabalhar com Teixeira de Freitas.

No governo do Conselheiro Zacarias, em 1864, Lafayette é nomeado Presidente da Província do Ceará, cargo que ocupou até 1864, Lafayette é nomeado Presidente da Província do Ceará, cargo que ocupou até 1867. Em 1870, subscreve ele o manifesto republicano, após ter publicado, em 1869, "um livro de Direito, que haveria de ficar como luminosa eminência na bibliografia jurídica de seu País", registra o Ministro Paulo Brossard. Esse livro, "Direito de Família", é, na verdade, obra de mestre.

Conciso, sem uma palavra a mais, claro, de Lafayette disse Assis Chateaubriand que "ele era mineiro, da terra dos garimpos. Dir-se-ia que, antes de manusear textos e compulsar tratados, tomara o ouro nas mãos e o trabalhara. Porque acusava o gosto, a paciência, o gênio lapidar dos ourives que amam as pedras sem jaça e os metais polidos", ("Revista do Brasil", IV/333), e a seu respeito escreveu Octávio Mangabeira: "o jurisconsulto, na hipótese, civilista de obras clássicas, humanista de grandes reservas, ostentava os predicados de uma cultura privilegiada e, o que mais importava no caso, a nobreza de um estilo que pela concisão, pela clareza, pela sanidade da linguagem, se elegera modelo para os doutos." ("Rev. da Academia Brasileira de Letras", 154/145).

Em 1877, vem a lume o "Direito das Coisas", o segundo livro de Lafayette, obra que, segundo Gilberto Amado, citado por Paulo Brossard, dispensava as obras estrangeiras: "A biblioteca da Faculdade não me poderia forne-

cer entre os autores franceses a que era obrigado a recorrer nas outras matérias", escreveu Gilberto Amado, "sobre o Direito das Coisas, nada, nada que de longe se pudesse comparar com o admirável monumento de linhas gregas que era o tratado de Lafayette." ("Minha Formação do Recife", 1955, p. 245).

Lafayette Rodrigues Pereira era, na tribuna, tão claro e tão conciso quanto nos seus escritos. Mas ele também irônico, de uma ironia fina, venenosa, destruidora. Ficou famoso o discurso que pronunciou no Senado, no dia 04 de agosto de 1879, em resposta ao Senador Diogo Velho, que a ele, Lafayette, então Ministro da Justiça, dirigira agressões. No estilo enxuto, conciso, que era a sua marca, Lafayette a tudo repeliu, concluindo de forma mordaz:

"Se pudesse usar da mesma liberdade que tem o nobre Senador e da qual - pede permissão para dizer-lhe - não fez uso muito conveniente, oporia também hipóteses a hipóteses, e lembraria a S. Ex^a que há mágicos mais hábeis do que o Ministro da Justiça, mágicos que sabem produzir prodígios, que seguramente confundiriam o próprio Aladino, sem embargo de sua mirífica lâmpada.

Limitar-se-ia, porém, a repetir ao nobre Senador o hemistiquio do poeta: "Peuri, sacer est locus, extra ... " (Anais do Senado, 2ª sessão da 17ª legislatura, Rio, 1879, IV/40).

Vale o comentário inteligente do Ministro Paulo Brossard, a dizer que Lafayette "encobriu p verbo numa reticência" e que "só na sessão de 06 de agosto o atingiu à tribuna, e alegando que o Ministro da Justiça começara seu discurso "em voz tão surda" e havia tal susurro na Casa que não percebera "a citação imunda", novamente passou a investir contra o "funâmbulo político" que andava "com barrete frígido na algibeira da casa de ministro (Anais do Senado, 1879, v. IV, pp. 77 e 78). Dizem os

contemporâneos, concluiu o Ministro Brossard, "que a reação retardatária da vítima aumentou a enormidade da lesão; a farpa ganhou celebridade." (Paulo Brossard, ob. cit.).

Lafayette foi grande jurista, notável escritor, político de escol, magnífico orador. A sua inteligência, entretanto, agredia, de regra, os seus contemporâneos e fazia adversários. Ouçamos Brossard:

"Creio que Lafayette teve o imperdoável pecado de ser muito inteligente. E "a inteligência sempre corre o risco de ofender os que não conseguem, pelo menos, igualá-la. O pecado da inteligência não tem perdão, onde a mediocridade tem o poder de decisão." O juízo é de outro homem inteligente que acrescentou: "Não se perdoa com facilidade a inteligência", mal que para os hipócritas é algo que vem do demônio, sobretudo para os hipócritas pouco inteligentes... (Carlos Lacerda, "Paixão e Crime, pp. 178, 184 e 185). (Paulo Brossard, ob. cit.).

Em 1902 o Conselheiro Lafayette publica os "Princípios de Direito Internacional Público". Afastado da política, registra Brossard, "volta por inteiro ao mundo do Direito, e chega a ser, o juízo é de Ruy Barbosa, "a maior sumidade entre os nossos juriconsultos vivos" (Ruy, "Obras Complexas", XLII, 1915, I/62)."

Em 1917, Lafayette Rodrigues Pereira deixa o mundo dos vivos, justamente no ano em que entrou em vigor o Código Civil, anotado Paulo Brossard: o Código Civil que "tem muito de Lafayette", não obstante "Lafayette nele não tenha colaborado diretamente."

Assim, em síntese apertada, em traços simples, Lafayette Rodrigues Pereira, que o saudoso Clóvis Veríssimo do Couto e Silva fez patrono da Cadeira nº 42, a Cadeira que Clóvis honrou e dignificou e a quem sucedemos.

Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, que faleceu em 21 de maio de 1992, nasceu em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, no dia 6 de setembro de 1930. Faleceu portanto, aos 61 anos de idade, no vigor de sua inteligência fulgurante. Caiu de pé, no pleno exercício de suas atividades de professor e de advogado, e quando, jurista notável e magnífico escritor, produzia trabalhos jurídicos de maior importância.

Civilista eminente, dos maiores civilistas brasileiros, Clóvis do Couto e Silva não era, entretanto, apenas civilista. A sua contribuição ao Direito Público, especialmente ao Direito Constitucional, ao Direito Administrativo, ao Direito Processual e ao Direito Econômico, foi bastante significativa. São da maior relevância os trabalhos que escreveu, por exemplo, no campo do Direito Constitucional – “Fontes e Ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição” (*Revista Jurídica*), nº 38, pág. 57), “As Idéias Fundamentais da Constituição de 1891” (*Revista de Informação Legislativa*), janeiro/março de 1981, nº 69/81), “A Natureza Jurídica dos Contratos Cogentes e dos Incentivos Fiscais” (*Revista Jurídica*, RJ, 1972), “A Fundamentação Jurídica do mercado de Capitais” (*Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*), 1973, vol 1), “O Planejamento na Economia Brasileira” (*Rev. dos Tribs.* nº 659), “A Ordem Jurídica e a Economia” (*Rev. do Serviço Público*, 110/91), “Direito Material e Processual em Tema de Prova” (*Rev. de Processo*, vol. 13), “Teoria das Ações em Pontes de Miranda” (*Rev. de Informação Legislativa*, nº 100) e os dois volumes dos *Comentários ao CPC* (vol. XII, Tomos I e II) da Editora Revista dos Tribunais.

Clóvis conhecia o direito alemão, já que falava fluentemente a língua de Goethe. Ele, aliás, não era fluente apenas no alemão, mas, também, no francês, no italiano, no espanhol, no inglês. Na França, por duas vezes, ministrou cursos na Faculdade de Direito da Universidade de Paris XII, lições que, esclarece Almiro do

Couto e Silva, reuniu no livro “*Lês Principes fondamentaux de la Responsabilité em Droit Brésilien et Compare*”, a ser editado. Por mais de uma vez foi conferencista ou professor visitante em Florença, Roma, Bonn, Heidelberg,, Lisboa, Coimbra, Porto, cidade do México, Bogotá, Buenos Aires e Rosário.

Num colóquio de que participei, em outubro de 1989, em Paris, ocasião em que franceses e brasileiros discutiam e debateram “*La Nouvelle Republique Brésilienne*”, e cujos estudos foram depois reunidos em livro editado em 1991, em Paris, pela *Economica*, inúmeros professores franceses perguntavam pelo professor Clóvis do Couto e Silva, que, afirmavam, conhecia extraordinariamente o direito e a cultura francesa, um “*causeur*” na língua que imortalizou Baudelaire.

Almiro do Couto e Silva, dos maiores publicistas brasileiros, no formoso discurso que proferiu, em honra de Clóvis, no dia 10 de agosto de 1992, em Porto Alegre, na solenidade de abertura da Semana do Advogado, da Ordem dos Advogados do Brasil, Seção do Rio Grande do Sul, denominada Semana do Advogado Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, informa que três juristas, três mestres, exerceram, influência na sua formação” ainda na Faculdade, o seu professor de Direito Civil, José Luiz de Almeida Martins Costa; desde a Faculdade, o professor Ruy Cirne Lima; e, já advogado, Pontes de Miranda. O entusiasmo de Clóvis pelo direito alemão decorreu, sobretudo, da influência de Cirne Lima e da leitura, logo que veio a lume, dos seis primeiros volumes do “*Tratado de Direito Privado*” de Pontes de Miranda. Escreve Almiro do Couto e Silva “o início da publicação do *Tratado* monumental de Pontes de Miranda em 1953, representou, na história jurídica brasileira, aquilo que os ingleses chamam de “*turning point*”: um marco de cisão ou de ruptura com o estágio anterior, uma verdadeira revolução.” Clóvis, informa Almiro do Couto e

Silva, leu os seis primeiros volumes do *Tratado*, “que contém a parte geral do Direito Privado” e que “é dos momentos mais altos, não só do pensamento jurídico brasileiro, como até mesmo universal. A análise e classificação dos fatos jurídicos, a divisão dos atos jurídicos em atos-fatos jurídicos, atos jurídicos “*stricto sensu*” e negócios jurídicos, com a individuação das diferentes espécies que integram cada uma dessas categorias, embora modeladas sobre a doutrina alemã, são em muitos aspectos originalíssimas. Mas talvez o grande achado, a grande “*trouville*” de Pontes de Miranda, na parte geral, seja a precisa distinção entre os planos da existência, validade e eficácia dos atos jurídicos, que alguns alemães e italianos chegaram a intuir, mas que nunca desenvolveram, permanecendo esses conceitos em suas obras, senão confundidos, pelo menos envolvidos por sombra que lhes obscurece a linha que os separa de outros conceitos, o que contrasta fortemente com a absoluta nitidez que lhes dá Pontes de Miranda.”

Essas doutrinas Clóvis as absorvia e as desenvolvia. Já professor catedrático de Direito Civil da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, após brilhante aprovação em concurso, com a sua monumental tese, “*A Obrigação como Processo*”, Clóvis, em 1966, foi designado para saudar Pontes de Miranda, que fora a Porto Alegre a fim de proferir um ciclo de conferências na Faculdade de Direito. No seu discurso, Clóvis analisou a obra de Pontes, com ênfase para o *Tratado de Direito Privado*, “mostrando as vertentes do seu pensamento e assinalando os pontos poderosamente inovadores e criativos do seu trabalho, que ultrapassavam, em muito, as conquistas dogmáticas do direito germânico, no qual, como é sabido, nosso grande jurista largamente se apoiava.” (Almiro do Couto e Silva, ob. cit.). O discurso, denso e profundo, impressionou e cativou a Pontes, que declarou que ninguém havia, até então, analisado tão proficientemente a

sua obra. A partir daí, Clóvis e Pontes de Miranda selaram uma amizade de irmãos: Pontes foi padrinho de casamento de Pontes, tendo Pontes nomeado Clóvis seu testamenteiro. (Almiro do Couto e Silva, ob. cit.).

A monumental tese de Clóvis, “*A Obrigação como Processo*”, inova o Direito das Obrigações. O instituto da boa fé adquire, na obra de Clóvis, status de fonte das obrigações, inspiração buscada no Código Civil alemão. O princípio continuou nas laboriosas cogitações científicas de Clóvis. Em 18 de julho de 1979, proferiu conferência, na 1ª Jornada Luso-Brasileira de Direito Civil, em Porto Alegre, sobre “*O Princípio da boa Fé no Direito Brasileiro e Português*”, em que o tema foi desenvolvido com amplitude, o que ocorreu, também, na conferência pronunciada em Curitiba, em 1980 – “*O Princípio da Boa Fé e as Condições Gerais dos Negócios*” e no artigo “*A Teoria da Base do Negócio Jurídico no Direito Brasileiro*” (*Revista dos Tribunais*, 655/8). A conferência pronunciada em 1979 – “*O Princípio da Boa Fé no Direito Brasileiro e Português*” – está inserta no livro “*Estudos de Direito civil Brasileiro e Português*” publicado pela Editora Revista dos Tribunais, em 1980. Nesse trabalho, é impressionante a bibliografia estrangeira utilizada, especialmente de autores alemães. Clóvis nesse trabalho, incursiona pelo direito americano, especialmente no capítulo “*A Boa Fé e o Direito dos Juizes*”, em que começa por esclarecer a magnífica contribuição destes na concreção de disposições legislativas abertas, ou cláusulas gerais, “em que ao juiz se facultara editar a regra do caso. Com a edição de conceitos abertos como o da boa fé, a ordem jurídica atribui ao juiz a tarefa de adequar a aplicação judicial às modificações sociais, uma vez que os limites dos fatos previstos pelas aludidas cláusulas gerais são fugidios, móveis, de nenhum modo fixos.” (Clóvis, ob. cit., pág. 50). Na Alemanha, libertos os juizes da Pandectística, a jurisprudência, entendida como produção jurídica dos tribunais, enriqueceu-se

e “os juizes passaram à frente dos juristas na elaboração do direito.” (Clóvis, ob.cit., pág. 51). No que concerne ao direito americano, Clóvis, forte em John P. Dawson (“The General Clauses viewed from a Distance”, in Rabel’s Z e “Unconscionable Coercion, the German Version”, in Harvard L. Rev.89 (1976), refere-se ao fato de o “Uniform vezes, Commercial Code”, “aplicado em todos os estados americanos, com a única exceção da Lousiana, conter (Section 2.302), no art. II, um discutido preceito relativo à venda de bens, esclarecendo que “se um Tribunal considerar um contrato, ou qualquer de suas cláusulas, como “inescrupuloso”, poderá negar sua execução. Basta, portanto, comprovar que a cláusula é “unconscionable”. Em lugar de ofensa aos “bons costumes” ou à boa fé, elemento fundamental é o de ter ocorrido ofensa à “consciência.” Comentando a reação de juristas norte-americanos em face dos contornos imprecisos do conceito, esclareceu Clóvis que os juristas americanos não se davam conta de “que estavam a insurgir-se contra uma forma de aplicação predominante no Direito inglês nos últimos seiscentos anos.” E acrescentou:

“Quando se leva na devida conta que o Direito público americano foi construído por sábias decisões com base na Constituição em 1787, pródiga em “cláusulas gerais”, então se compreende a insensatez mencionada.”

Mas, adverte Clóvis, “por outro lado, é também certo que, na base da Constituição americana, estava um conjunto de doutrina política consubstanciada no ‘Federalist’, do que era uma resultante.”

Certo é que o princípio de boa fé tem com destinatário, principalmente, o juiz, para que possa ele corrigir o direito estrito, enriquecendo o conteúdo da relação obrigacional, leciona Clóvis.

Mas a obra de Clóvis do Couto e Silva, no campo do Direito Civil, não fica apenas aí. Sua contribuição ao Direito de Família foi in-

tenso e extensa. Ouçamos Almiro do Couto e Silva, a dizer que “a síntese da contribuição de Clóvis à proposta de modificação do Direito de Família nacional foi feita de forma irretocável em trabalho realizado recentemente, logo após sua morte, por duas de suas alunas mais destacadas no Curso de Mestrado em Direito, da UFRGS. Judith Martins Costa e Vera Maria de Fradera. Dizem elas, e parece-me com inteiro acerto, que Clóvis, no ante-projeto de Direito de Família, “assentou algumas idéias que, posteriormente, seriam adotadas pela Constituição de 1988, destacando-se a inserção do princípio da igualdade entre os cônjuges. Nos estudos que realizou, tendo como objeto a elaboração do Direito de Família integrante do futuro Código civil Brasileiro, estruturou essa matéria com base na diferença entre Direito de Família Pessoal e Direito de Família Patrimonial, considerando a natureza distinta dos dois tipos de relações jurídicas: os direitos e deveres de natureza pessoal, denominando-os “competência”, de que são titulares os cônjuges, um em relação ao outro; com respeito à esfera do direito patrimonial de família, nele vislumbrou relações em cuja estrutura se contêm aspectos que se aproximam do Direito das Obrigações e do Direito das Coisas. Ainda nesta matéria preconizou – embora sem sucesso – a modificabilidade convencional do regime de bens do casamento após dois anos de sua vigência e dependendo de homologação judicial, argumentando com exemplos do direito comparado e, sobretudo, considerando que, por seria necessário, um abrandamento do rigor do princípio da irrevogabilidade para, em certas situações, salvar-se o matrimônio.” (Almiro do Couto e Silva, ob.cit.). No seu “Princípios para a Reforma do Direito de Família” (Senado Federal, Brasília, 1973), na conferência pronunciada em São Paulo, em 1973, “Temas Atuais de Direito de Família no Ante-Projeto do Código Civil” e no seu “Direito Patrimonial de Família no projeto do Código Civil Brasileiro e no direito Português”, publicado em Lisboa, em 1980 (“Direito e Justiça”, vol.I), Clóvis expôs

amplamente o seu pensamento a respeito do Direito de Família.

“Last but not least”, é preciso consignar que a contribuição de Clóvis não ficou apenas no Direito Privado. Invoco dois preciosos trabalhos de Clóvis no campo do Direito Constitucional, já referidos linhas atrás: “Fontes e Ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição” (Revista Jurídica, março/abril, 1959, nº 38) e “As Idéias Fundamentais da Constituição de 1891” (Revista de Informação Legislativa, 1981, nº 69, pág. 81).

Neste, o autor, com lucidez e demonstrando conhecer a fundo os institutos de Direito Público, assinala que a Constituição de 1891 foi a mais importante das Constituições brasileiras, dado que foi ela que adotou princípios revolucionários à época, como o da federação, o do presidencialismo, o da separação dos poderes e a competência conferida ao Judiciário para declarar a inconstitucionalidade das leis. Analisando a Constituição de 1891 em face do seu modelo, a Constituição americana de 1787, Clóvis observa que os conceitos de federação e de república produziram resultado diverso no Brasil e nos Estados Unidos. Outro problema estava na prática do princípio da separação dos poderes, como técnica de liberdade. Enquanto na França a doutrina da separação dos poderes tornou-se “um limite à função criadora do juiz, nos Estados Unidos não se manifestou essa seqüela prejudicial, sobretudo no trato das questões de direito público. “No Brasil, infelizmente, talvez porque influenciado pela concepção francesa, o Poder Judiciário, sob a Constituição de 1891, não soube assumir “a mesma tarefa e importância que assumiu no desenvolvimento das instituições constitucionais americanas”, o Judiciário daquele País. Depois de ressaltar a importância da criação de remédios jurídicos novos, como o mandado de segurança, a partir da doutrina brasileira do “habeas corpus”, o que deu relevância ao Judiciário brasileiro, acrescen-

tou Clóvis: “mas ainda assim, longe está de representar o mesmo progresso que teve a Suprema Corte no curso de toda a história americana e sobretudo em face do Poder Executivo.” É que nos Estados Unidos empresta-se conceito de certo modo diferente à máxima no sentido de que os juizes interpretam a lei, sob a lei. Lá, “toda uma técnica de interpretação e de aplicação da Constituição foi-se aperfeiçoando”, certo que nos Estados Unidos “os juizes sempre foram libertos de um místico servilismo à lei. Ao contrário, o direito parece-lhes mais algo proposto do que algo que lhes é dado; mais um início para raciocinar juridicamente do que o término desse mesmo raciocínio.” No fundo, a realidade é que a comunidade jurídica brasileira não se apercebera – e isto ocorre até nos nossos dias, relativamente a muitos juizes – que o modelo adotado em 1891 foi o modelo americano, que faz do Judiciário um poder político, ao contrário do que ocorre na Europa continental, onde o Judiciário não é concebido assim e onde somente após a 2ª Guerra é que se adotou o controle de constitucionalidade das leis, controle concentrado, em abstrato: Alemanha, 1949; Itália, 1948; a Áustria restaurou, em 1945, sua Corte Constitucional; Espanha, 1978; Portugal, 1982. A França continua, ainda, com o controle político, com o Conselho Constitucional, que tem, evoluído, nos últimos anos. O trabalho de Clóvis do Couto e Silva representa, pela autoridade do autor e pela densidade de idéias que ele contém, séria advertência à comunidade jurídica brasileira e, sobretudo, aos juizes brasileiros, que devem assumir função reveladora e criadora do direito que as Constituições republicanas – exceção feita à Carta de 1937 – sempre lhes reservaram.

No artigo: “Fontes e Ideologia do Princípio da Supremacia da Constituição”, muitos dos autores estrangeiros que consultou e citou eram, até então, inéditos no Brasil. Segundo Almiro do Couto e Silva, “o que logo chama a atenção no pequeno ensaio é o extraordinário

poder de síntese do autor, que lhe permitiu esboçar, em traços rápidos mas seguros, desde a antiguidade até os tempos atuais, os diferentes momentos históricos em que a lei de algum modo se encontra condicionada ou sujeita a uma norma superior, para concluir que, nos nossos dias, o princípio da supremacia da Constituição só é realmente firme naqueles países que têm o controle jurisdicional de constitucionalidade das leis. Onde falta esse controle (e a França talvez seja o melhor exemplo), embora os princípios de separação dos Poderes e da supremacia da constituição sejam proclamados e reconhecidos, pode suceder que as leis ordinárias, na verdade, modifiquem a Constituição, sem que haja qualquer meio para que isso seja corrigido, a não ser pela revogação." (Almiro do Couto e Silva, ob.cit.).

Senhores Acadêmicos. Aí está, nas páldas palavras que pude proferir, o elogio de Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, tal como o visualizo, eu que muito o estimava como amigo, que muito o admirava por suas virtudes de

intelectual, de advogado, de jurista, de professor e por suas qualidades morais. É com alegria no coração que o sucedo, nesta Casa, certo de que a saudade que dele sinto será como uma árvore que hoje planto e que o tempo se encarregará de fazer crescer.

Senhores, é tempo de encerrar este discurso que já vai longo. Reitero as minhas palavras iniciais de que haveremos de realizar o objetivo que nos fez cúmplices, o de tornar maior a contribuição brasileira na divulgação dos valores do Direito. Também aqui é oportuna a advertência de Norberto Bobbio quando, dissertando a respeito do "presente e futuro dos direitos do homem", disse que, na realização desses direitos, o trabalho do jurista continua árduo e "o caminho a percorrer é ainda longo. E ele terá a impressão de que a história humana, embora velha de milênios, quando comparada às enormes tarefas que estão diante de nós, talvez tenha apenas começado." Norberto Bobbio, "A Era dos Direitos", Ed. Campus, 1992, pág. 46).

Ministro Carlos Thompson Flores*

Dr. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Procurador-Chefe da Procuradoria Regional da República da 4ª Região

— I —

O Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul homenageia, na sessão desta noite, um dos grandes vultos da nossa magistratura, o Ministro Carlos Thompson Flores.

Quis o preclaro Presidente, Professor José Francelino de Araújo, que, na condição de descendente do homenageado, falasse pela Casa sobre a vida e a obra do Ministro Thompson Flores.

Outro título, em verdade, não possuo. E, ainda que me orgulhe dele, devo reconhecer que não constitui credencial suficiente para traçar adequadamente o quadro opulento da vida e do pensamento de Carlos Thompson Flores.

Espero que me recomendem à benevolência do auditório a boa vontade com que obedeci à alta direção deste sodalício e a afeição com que me debrucei sobre a existência de quem a graça de Deus me tem dado, por largos anos, como amigo e mestre.

— II —

Carlos Thompson Flores é descendente de antiga e ilustre família do Rio Grande do Sul que, segundo reza a tradição, originou-se do casamento do Dr. Luiz da Silva Flores, médico humanitário e prestigioso político do Império, com Dona Maria da Glória Thompson, filha do Capitão de Fragata da esquadra inglesa, Jayme Thompson.¹

O seu avô paterno era o Desembargador Carlos Thompson Flores que, no Império e primórdios da República, ocupou relevantes cargos na Política e na Magistratura do Estado, como Presidente da Província, na situação liberal de 1878 a 1885, e Desembargador do Superior Tribunal de Justiça do Estado. Paralelamente, dedicou-se ao magistério superior, tendo sido o fundador e primeiro Diretor da Faculdade de Direito de Porto Alegre.

Seu pai, Advogado, era filho do Desembargador Carlos Thompson Flores, e sua mãe descendia das tradicionais famílias riograndenses Abbott e Borges Fortes.

* Conferência proferida na sessão solene realizada pelo Instituto dos Advogados do Rio Grande do Sul, em 04 de outubro de 2000, para homenagear o Ministro Carlos Thompson Flores.

¹ In MARIO REGO MONTEIRO, *Descendência de Dionysio Rodrigues Mendes*, 1989, p. 107.

Aos 26 de janeiro de 1911, na cidade de Montenegro, nasceu Carlos Thompson Flores.

As tradições da família, marcadas pela firmeza de caráter, reverência ao direito e amor ao bem comum, encontraram excelente representante em Carlos Thompson Flores.

Sob a severa vigilância de sua avó paterna, D. Luísa Elvira Fernandes dos Reis Flores, filha do Marechal de Campo Salustiano Jeronimo dos Reis, o Barão de Camaquam, destacado militar do Império brasileiro, iniciou os seus estudos, primeiramente em sua cidade natal, Montenegro, e, após, já na Capital, no tradicional Ginásio Júlio de Castilhos.

Seus contemporâneos atestam que foi excelente aluno. Ainda que não o fizessem, o fato estaria evidenciado pela memória fiel que conserva das disciplinas então estudadas, a reportar em extensas citações de textos de Camões, de Vieira, Machado de Assis, Baudelaire, Verlaine e dos bons poetas latinos.

Seguindo os passos dos ancestrais matriculou-se na Faculdade de Direito de Porto Alegre, fundada por seu avô, concluindo o curso em 07 de dezembro de 1933.

O período de sua formação acadêmica, de grande efervescência na política brasileira, foi todo marcado por lutas que não poderiam deixar de repercutir na tradicional Casa de Thompson Flores e André da Rocha.

Entre as graves transições do período, lembra um ilustre membro da turma de 1933, o Professor Henrique Fonseca de Araújo, mais tarde Procurador-Geral da República, iam os estudantes forjando a têmpera do caráter.

ter. E acrescenta, *verbis*:

“Não posso deixar de volver os olhos para a nossa provinciana Porto Alegre, de 1926, quando nos encontramos, de uniforme cáqui, no Ginásio Júlio de Castilhos. Depois, 1930, o ingresso na Faculdade de Direito, com a convivência aí estabelecida, em que lhe fornecia sebatas, por mim preparadas, a ele que não podia frequentar com assiduidade todas as aulas; as agitações estudantis, em torno dos problemas de ensino; a colação de grau, em 7 de dezembro de 1933, quando a cada um dos formandos o saudoso Mestre e Magistrado ilustre, comercialista de tomo, o Desembargador Manoel André da Rocha, dirigia uma palavra especial, e prognosticava ao jovem bacharel Carlos Thompson Flores, o êxito crescente na carreira que já então abraçara, pois já era, ao tempo, Juiz Distrital de Herval do Sul, termo da comarca de Jaguarão.”²

Carlos Thompson Flores não frustrou o vaticínio.

Movido por autêntica vocação, como tantas vezes afirmou, Carlos Thompson Flores iniciou-se na magistratura como Juiz Distrital de Herval do Sul, aos 22 anos.

Sabe que a carreira que abraçara não lhe trará riquezas. Sente que terá canseiras e aborrecimentos, mas presente que, se se dispuser ao sacrifício e à luta pelos ideais de Justiça, terá, também, alegrias e compensações.

É que aprendeu, com Saint-Exupéry³, que se trabalhasse somente pelos bens materiais construiria para si mesmo uma prisão e nela se encerraria com sua moeda cinzenta que não

poderia ser trocada por coisa alguma que valesse a pena ser vivida.

À luz desse pensamento, o tema da vida de Carlos Thompson Flores foi a vocação para a judicatura.

A consciência nítida desta vocação ele próprio a afirmou, em mais de uma oportunidade.

Ao assumir a Presidência do Supremo Tribunal Federal, em 14 de fevereiro de 1977, declarou, *verbis*:

“Repito aqui o que há um decênio afirmei perante os universitários, reunidos em Congresso Nacional, na Faculdade de Direito de Porto Alegre, quando presidia o Tribunal de Justiça de meu Estado, e em fase de séria crise do Judiciário, traduzida na ausência de candidatos às numerosas comarcas vagas.

Disse-lhes, então, procurando sensibilizá-los, que apesar de tudo, se houvera de recomeçar, ainda assim o faria como Juiz, como, há tantos anos, me havia iniciado.

É que, antes como agora, nunca perdi a fé na Justiça, e por ela hei de batalhar sempre, com o mesmo ardor dos meus vinte anos.

Minha mensagem, pois, perante a Nação se dirige a todos os brasileiros, mas, em especial, aos Juizes da Terra de Santa Cruz.

Não importa onde estejam ou que jurisdição exerçam.

Perdidos nas regiões distantes para onde foram “despachados”, na expressão de nossos avoengos. Esquecidos de si mesmos em longínquos rincões ou nas capitais e cidades mais próximas.

Deslembro suas origens, sua fortuna, sua

saúde, sua idade, seus conhecimentos, sua inteligência ou seu prestígio.

Concito-os, antes e mais nada, ao amor à profissão que abraçaram, a qual D’Aguesseau, eminente Magistrado da França, reputava o mais precioso de todos os bens, pois é com ele que, na consciência do dever cumprido, forjamos o escudo que nos dará a cada dia alento e proteção.”⁴

No ano de 1938, ingressa, mediante aprovação em concurso público, na magistratura vitalícia, como Juiz de Direito da comarca de Santa Vitória do Palmar. Posteriormente, obteve remoção para Rosário do Sul, onde instalou a comarca, e, por via de promoção, sempre pelo critério do merecimento, jurisdicionou as comarcas de Montenegro e Livramento, alcançando a 4ª entrância em princípios de 1951, onde foi titular da 5ª vara Criminal e da 1ª vara da Fazenda Pública. Em 1953, passava à Juiz de Direito Substituto de Segunda Instância.

A extraordinária capacidade de trabalho que sempre o distinguiu permitia que, aliás, ao exato cumprimento das funções públicas, estudo sério e profundo que lhe embasaria a formação profissional.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que acompanhava de perto a atividade dos juizes, zeloso da reputação e do bom funcionamento do Poder Judiciário, teve a sua atenção voltada para o julgador expedito que, ainda moço, se impunha pela excelência das decisões, votando o seu nome, em Conselho, ainda como juiz de primeira entrância, para ser promovido, por merecimento, ao cargo de Desembargador do Tribunal, fato sem precedentes na nossa história judiciária.

Em realidade, a atividade judicante des-

² In STF – Relatório de 1977, Departamento de Imprensa Nacional, p. 67.

³ In ANTOINE DE SAINT-EXUPÉRY, *Terre des Hommes*, Éditions Gallimard, 1996, p. 35.

⁴ In STF – Relatório de 1977, Departamento de Imprensa Nacional, pp. 81/2.

ses primeiros anos de magistratura merece estudo minucioso que, obviamente, aqui não poderá ser feito. Umas poucas referências, contudo, serão suficientes para dar uma idéia da riqueza do acervo acumulado.

No volume 17 da "Revista Justiça", publicado em 1939, surge a primeira sentença de Thompson Flores a ser divulgada por aquele tradicional repositório de jurisprudência, versando os limites do Judiciário no exame do mérito do ato administrativo.

Assim se pronunciou o jovem Magistrado, *verbis*:

*"Não sou dos que entendem que cabe ao Judiciário investigar do motivo intrínseco do ato administrativo, isto é, ajuizar da justiça do ato, etc., como pretende a doutrina americana – Goodnow, Comparative Administr. Law, vol. II, pág. 98 -, e defendida brilhantemente pelo Ministro Laudo de Camargo, desde os tempos de juiz singular. Entendo que o Judiciário investiga e aprecia o ato em tese; foge, porém, data venia, segundo o nosso entender, sua investigação ao âmago, ao aspecto intrínseco do ato administrativo, enfim, à sua essência, para ajuizá-lo da sua procedência ou não. Proceder de outra maneira, julgamos, seria ferir o princípio constitucional da independência dos poderes, consagrado desde 1891..."*⁵

Meses depois ⁶ era estampada decisão que acolhia ação proposta por cidadão nascido no Uruguai, mas dizendo-se brasileiro, pois filho de brasileiro e residente no Brasil, onde solicitava a averbação no Registro Civil de Rosário do Sul de sua mudança de nome. À segurança da argumentação e à evidente intimidade com matéria tão complexa como é a da nacio-

nalidade, o julgado adiciona surpreendente conhecimento de Direito Constitucional e Direito Internacional Privado, invocando a obra clássica de Lapradelle ("De La Nationalité D'Origine"), autor do consagrado "Repertoire de Droit International Privé", publicado em mais de dez volumes.

Hipótese curiosa foi julgada por Thompson Flores em 1940, ainda na primeira entrância.

Tratava-se de uma ação de levantamento de interdição, onde o advogado da autora, tendo o seu mandato revogado, postulava, em fase de execução, a cobrança de honorários e, face à sua destituição, indenização por dano moral.

Após definir a natureza da ação, sem precedentes na época, colacionando o magistério de Carnellutti, Manfredini e Garsonnet, asseverou o jovem Magistrado, *verbis*:

"Promovendo o processo contra seu Curador e o Ministério Público, nada exige a interdição de qualquer deles, senão o acompanhamento da causa; nenhum direito alega a que dos mesmos corresponda obrigação; nenhum direito tem a atuar perante eles para que se lhe indenize. Nada. Usando o rito ordinário e exigindo contestação não podia fazer a interdição o milagre de transformar a essência de uma causa. Se vem abono dos A.A. a opinião de Carnellutti, amparando o rito adotado por eles, é o insigne mestre que afirma o gênero administrativo da causa e sua razão de ser, com as palavras seguintes: "...na jurisdição voluntária, quando o controle judicial se refere a um efeito de grande importância, organiza-se esse controle com as formas de jurisdi-

⁵ In *Revista Justiça*, v. 17/438.

⁶ In *Revista Justiça*, v. 19/299.

*ção contenciosa, prescindindo da existência do litígio" (Lezioni, v. II, p. 166)*⁷

E, quanto à pretendida indenização pelo dano moral, assinalou Thompson Flores, *verbis*:

*"Por derradeiro esclarecimento às questões de direito, convém frisar que nenhum dano moral merece ressarcimento pelo fato da revogação do mandato e por via da presente ação. Não levando em consideração o estado legal da ré, se facultado lhe é a revogação do mandato, por ela mesmo outorgado, com as conseqüências já cominadas, é óbvio que, por tal procedimento, não se lhe pode duplamente responsabilizar. Se dos termos da revogação emergiu a intenção manifesta de injuriar ou caluniar, é possível, com amparo no art. 1.547 do Cód. Civil, que caiba alguma indenização, mas essa seria conseqüência da calúnia ou da injúria, por ventura configuradas, e não da simples revogação."*⁸

Interessante sentença criminal, onde são examinados os pressupostos do delito de fuga, previsto no art. 351, §§ 3º e 4º, do Código Penal, embasada na doutrina clássica de Chauveau et Hélie, encontra-se também publicada na "Revista Justiça".⁹

A natureza da sanção prevista no art. 1.132 do Código Civil, onde é analisada a doutrina ao tempo das Ordenações e de autores consagrados, como Giorgio Giorgi, é objeto de interessante julgado proferido por Thompson Flores.¹⁰

⁷ In *Revista Justiça*, v. 20/21, p. 276.

⁸ In *Revista Justiça*, v. 20/21, pp. 276-7.

⁹ In *Revista Justiça*, v. 25/652.

¹⁰ In *Revista Justiça*, v. 26/247.

¹¹ In *Revista Jurídica*, v. 2/153.

¹² In FRANCIS BACON, *The Essays*, Penguin Books, London, 1985, pp. 222/3.

O ajuizamento de executivo fiscal com fundamento em título de dívida em desconformidade com as exigências legais, sugere estudo que, embora sintético, figura como um dos melhores já escritos sobre o assunto.¹¹

Na verdade, todas as sentenças proferidas nesses anos revelam o extraordinário talento e a irresistível vocação de quem estava fadado a se tornar um dos maiores juizes de nossa terra.

Francis Bacon, na sua célebre dissertação "De Officiis Iudicis", cujo surpreendente sabor moderno faz esquecer a poeira dos séculos, ao pintar a figura do bom juiz, faz surgir maravilhosamente o retrato do juiz Carlos Thompson Flores:

*"Iudicem decet viam parare ad iustam sententiam, qualem Deus parat; valles exaltando, colles deprimendo – (Convém que o juiz prepare o caminho para a justa sentença, qual Deus procede: elevando os vales e rebaixando as colinas)"*¹²

Noutro passo, prossegue o velho ensaísta, quando percebe o magistrado que a mão de qualquer das partes se ergue a desferir golpes movida pelo desejo injusto de molestar, pelo ânimo malicioso, pelas maquinações, ou ainda animada pelo auxílio dos poderosos, ou pela diferença de habilidade dos causídicos, ou por outros motivos que tais, transparece então a virtude do juiz ao igualar o que é desigual. Porque só no terreno plano pode medrar a boa justiça.

— III —

De tal forma a insuperável operosidade de Thompson Flores, sua cultura e valor intelectual se impuseram à admiração de todos que, em junho de 1953, com apenas 42 anos de idade, era indicado e nomeado, por merecimento, para o cargo de Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Quero reproduzir algumas palavras com que o austero Desembargador João Solon Macedonia Soares se dirigiu ao recipiendário, porque são uma síntese perfeita das qualidades de Carlos Thompson Flores.

Disse-lhe o Desembargador Macedonia Soares, *verbis*:

“As provas do concurso a juiz de direito roboraram, por isso mesmo, o magistraldo inteiriço e culto, cuja formação se completara na forja forense de Triunfo... E Rosário do Sul, Montenegro e Livramento, comarcas onde exerceu a judicatura, sentiram e identificaram o vulto do juiz reto, operoso, disciplinador, exato, organizador, eficiente, brilhante jurista-filósofo. E, onde imperava o caos, a frouxidão, as praxes viciosas e indefensáveis, a improbidade funcional, o descaso, a chicana arrulhadora, a descrença na lei e justiça, - a argúcia mental, a operosa e tenaz vigilância, a perfeita exação no cumprimento do dever funcional, o estímulo à eficiente colaboração de todos os servidores judiciários - determinaram o surto, em cada município, confiado à jurisdição de V. Exa., duma nova ordem social e jurídica a qual, prazerosamente, qualifico - era de Carlos Flores.

Em qualquer daquelas comarcas, a atividade infatigável, quase, por vezes

sobrehumana, a serviço do ideal de Justiça, deixou nos arquivos, modelarmente organizados pela proficiente orientação, traçada em luminosos e sábios provimentos de correição geral, em autos e papéis, sentenças e despachos, exatos sobre o prisma jurídico e justo, escoreitos na técnica forense, clássicos no lapidar estilo literário.

A promoção a Juiz dos Feitos da Fazenda Pública do Rio Grande do Sul honrou e dignificou, sobretudo, a toga nacional, eis que proporcionou aos egrégios Supremo Tribunal Federal e Tribunal Federal de Recursos a oportunidade de medir o quilate de ouro puro da cultura de V. Exa.”¹³

No Tribunal de Justiça, desde logo se impôs à admiração dos Colegas.

Erudito, se necessário, somente se utilizava de seu largo saber quando absolutamente indispensável.

Num caso famoso, em que o Tribunal de Justiça julgava um mandado de segurança impetrado por vários municípios que se insurgiam contra leis estaduais que determinavam a realização de consultas plebiscitárias para a constituição de novos municípios, examinou-se, à luz da melhor doutrina estrangeira, a questão tormentosa do direito público subjetivo da pessoa jurídica de direito público a, no caso, legitimar a impetração do writ para defender a integridade do seu território. Nesse mesmo julgado, em preliminar, discutiu-se o próprio cabimento do mandado de segurança, pois o Procurador-Geral da República ajuizara no Supremo Tribunal Federal a representação por inconstitucionalidade prevista no art. 8º, § único, da Constituição de 1946, questionando a constitucionalidade dos dispositivos da Carta Estadual que disciplinavam a questão, em uma

época em que ainda não havia doutrina sobre o alcance da ação direta de inconstitucionalidade.

Em seu voto, assim se pronunciou o Desembargador Thompson Flores:

“Embora se não tenha precisado em contornos nítidos e seguros, o verdadeiro âmbito consagrado no § único do art. 8º do Super-Estatuto, o certo é que a competência excepcional consagrada à Suprema Corte aos delimitados casos de inconstitucionalidade, circunscrito às várias alíneas do inciso VII do art. 7º, em prol da pureza dos princípios, fica confinada às hipóteses de inconstitucionalidade em tese.

Nem por isso a representação envolveria mera consulta, o que contraviria a índole do Judiciário. É sabido que os juízes decidem in specie. Acontece, entanto, que os regimes políticos não desvelam traços tão nítidos que desadmitam certas alterações. O fenômeno da interpenetração é perfeitamente observável entre eles (Poderes). Nosso regime que é presidencialista não deixa, entretanto, de oferecer colorido de judiciarista como acentua Orozimbo Nonato. Assim, não poderia por amor ao torturado conceito de independência e harmonia que se iria de todo fulminar julgamento em tese. Cogita o texto referido de competência normativa, de cunho excepcional, verdadeiro contencioso de inconstitucionalidade, como diz Castro Nunes, mas sempre julgando, decidindo, proferindo acórdãos que põem fim à controvérsia que se suscitou.

Dessarte, não se quer dizer que os efeitos da representação não se façam sentir na hipótese em estudo. É evidente que os tem. Mas, pelo ajuizamento da representação,

tenho que não podem ficar ao desabrigo situações outras que esse procedimento não cogitou.”¹⁴

E, mais adiante, no que concerne à legitimidade dos municípios para o ajuizamento do mandamus, disse, *verbis*:

“Direitos individuais, como é sabido, não são puramente os privados, são também os públicos. Realmente, é o direito público subjetivo que autoriza o uso da terapêutica em exame.

Teriam os municípios esse direito para o fim propugnado? Estou convencido que sim.

Reconheço que a matéria é torturante. Envolve tese complexa da doutrina da competência no Direito Administrativo. Tenho, entretanto, que em que pesem as opiniões em contrário de Duguit, de Roland, de Gabino Fraga, de Cime Lima, que a medida de poder conferida aos suplicantes autoriza o emprego do mandamus.

Quando postulam não se limitam os impetrantes a confinar seu direito simplesmente à competência, como oriundo da medida de poder que lhes é conferido, da autonomia constitucional que lhes é assegurada, do regime representativo que entendem ferido. Antes, vão além. Cuidam da integridade de seu território, ameaçada, de sua arrecadação, comprometida; do seu peculiar interesse não atendido, e dos próprios municípios, ligados à situação, e que, negavelmente, representam. (...)

Aqui, cabe repetir com Rui Barbosa e os constitucionalistas americanos - que há princípios implícitos tão evidentes na sua força quanto os expressos com todas as letras do texto constitucional.”¹⁵

¹⁴ In *Revista Jurídica*, v. 11/140.

¹⁵ In *Revista Jurídica*, v. 11/141.

¹³ In *Revista Jurídica*, v. 3, p. 338.

Problemas de direito tributário iriam ocupar, por largo tempo, a atenção de Thompson Flores. Num momento em que as obras fundamentais de Aliomar Baleeiro, de Rubens Gomes de Souza e Ruy Barbosa Nogueira não haviam sido dadas à lume, o estudo da matéria fiscal conduzia, inevitavelmente, à análise da doutrina estrangeira, trabalho que o Desembargador Thompson Flores levou à termo com lucidez e prudência.

A possibilidade de o Poder Público instituir a cobrança de taxa, antes mesmo que o contribuinte, de pronto, possa utilizar, por inteiro, os serviços especiais a que se destina, é objeto de precioso estudo de Thompson Flores, oportunidade em que é analisado o conceito moderno de taxa, amparado no magistério de A. D. Giannini, Mestre da Universidade de Bari, na Itália.¹⁶

No campo do Direito Penal, luminosos arestos são proferidos por Thompson Flores, todos fundados na melhor doutrina nacional e estrangeira, como, entre outros: o exato alcance do princípio da ampla defesa do réu e sua projeção no processo penal quando a defesa apresentada pelo advogado é meramente aparente¹⁷; a possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidade das leis em sede de habeas corpus¹⁸; as condições do sursis ao criminoso menor¹⁹; os pressupostos do crime continuado²⁰; a importância do interrogatório do réu no plenário do tribunal do júri²¹; o conceito da excludente do estrito cumprimento do dever

legal²²; a distinção entre desistência voluntária e arrependimento eficaz²³; a incidência de lei nova instituindo novo prazo de prescrição em crime de imprensa, invocando o magistério clássico de Roubier²⁴.

No ano de 1956, num público reconhecimento de seus altos méritos, o Tribunal de Justiça elegeu Thompson Flores Corregedor-Geral da Justiça para o biênio 1956/1958, tendo sido, posteriormente, reeleito para o biênio seguinte.

O mesmo desvelo, a mesma eficiência que haviam marcado a sua vida exemplar de magistrado, assinalaram a sua passagem pela Corregedoria Geral da Justiça.

A respeito, recordou o saudoso Ministro Soares Muñoz, na sessão solene em homenagem ao Ministro Thompson Flores, quando de sua aposentadoria no Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

“Corregedor-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul, voltou aos cartórios da capital e às comarcas do interior, procedendo, pessoalmente, a inspeções e correções. A seu convite, tive ocasião de auxiliá-lo na inspeção de dois tabelionatos de Porto Alegre. Nesse mister, impressionava-me a consideração e brandura com que tratava os servidores, aos quais ensinava e instruí e, quando era constringido a puni-los, não lhes negava uma palavra de estímulo. E, dessa

¹⁶ In *Revista Jurídica*, v. 55/175.

¹⁷ In *Revista Jurídica*, v. 7/244.

¹⁸ In *Revista Jurídica*, v. 22/232.

¹⁹ In *Revista Jurídica*, v. 15/251.

²⁰ In *Revista Jurídica*, v. 10/281-2.

²¹ In *Revista Jurídica*, v. 14/328.

²² In *Revista Jurídica*, v. 13/311-2.

²³ In *Revista Jurídica*, v. 8/349-352.

²⁴ In *Revista Jurídica*, v. 10/258.

forma, o surto de uma nova ordem judicial se institui no Estado, pondo fim à frouxidão, às praxes viciosas e indefensáveis, à improbidade funcional, ao descaso, à descrença na lei e na Justiça. Nos arquivos das serventias e da Corregedoria-Geral ainda permanecem os provimentos baixados pelo Corregedor Carlos Flores; assim era comumente chamado no Rio Grande do Sul, escoreitos na técnica forense, exatos e justos.”²⁵

Logo que assumiu o cargo, dirigiu-se o Corregedor-Geral Thompson Flores aos magistrados, por meio da Circular nº 19/56, em palavras admiráveis, verdadeira síntese dos princípios éticos que devem reger a vida do juiz:

“No momento em que procuro situar-me no cargo, seria prematuro traçar um programa articulado de ação. Oportunamente o farei. Meu primeiro anseio, porém, ante o que sinto e não posso ocultar, é conclamar-vos e a todos os que servem à Justiça, para um trabalho, leal e decidido, tendente a prestigiar, como cumpre, o Poder Judiciário. Sem a conquista integral da confiança pública, tudo há de ser vão.

Em busca desse supremo desiderato que é um fim, não percamos um só instante. É tarefa ingente mas não autoriza espera. Seu alicerce reside na fé em nós mesmos e no labor a que nos devemos votar. Realizemos a verdadeira Justiça que, para assim seja considerada, há de ser pronta e eficaz. Justiça tarda não é Justiça.

Começemos no aparelhamento dos quadros, exigindo que os integrem servidores

dignos e capazes, que se imponham, por suas qualidades pessoais e funcionais, à Sociedade onde laboram. Quem não estiver ornado com tais atributos não é digno de servir à Justiça, em qualquer de seus setores. Sejamos, entanto, o exemplo, na verticalidade do proceder, público ou privado, no cumprimento integral da lei, exercendo a eficaz vigilância sobre nossos colaboradores, e, em especial, cuidando para que os processos judiciais guardem a devida celeridade, prevenindo diligências inúteis, exigindo que as ordenadas se executem nos prazos prefixados, a fim de que os feitos não se acumulem pelo esquecimento, não deixem de merecer julgamento oportuno ou vejam entorpecida a execução dos vereditos.”

Com paciência beneditina, dedicou-se integralmente à nova função, orientando os trabalhos dos juizes e servidores, levando a cabo eficazmente, nos limites de sua competência, a árdua tarefa que lhe tocara.

A partir de sua posse, inúmeros são os provimentos e circulares que editou disciplinando as atividades forenses: Circular 21/56 – Sugestões no âmbito Criminal²⁶; Circular 30/57 – Internamento de Menores²⁷; Circular 32/57 – Dois Peritos nos autos de Corpo de Delito-Citação, mandados-Cartas Precatórias²⁸; Circular 34/57 – Sentenciado-Serviço externo de utilidade pública-Livramento Condicional²⁹; Circular 37/57 – Interrogatório em geral – Exames Periciais – Taxa Judiciária³⁰; Circular 1/60 – Dinheiro entregue à Justiça – Destinação – Suspeição e Impedimentos de Juizes³¹; Circular 33/57 – Es-

²⁵ In *STF – Relatório de 1981*, Departamento de Imprensa Nacional, p. 63.

²⁶ In *Revista Jurídica*, v. 20/456.

²⁷ In *Revista Jurídica*, v. 25/418.

²⁸ In *Revista Jurídica*, v. 25/418-9.

²⁹ In *Revista Jurídica*, v. 28/363.

³⁰ In *Revista Jurídica*, v. 28/363-7.

³¹ In *Revista Jurídica*, v. 43/14.

crituras de cessão de direito hereditário – Registro dos assentos de nascimento de filhos ilegítimos; Circular 39/57 – Normas quanto às partilhas, procedidas por instrumento público ou particular.

Nessa época, igualmente, desempenhou as suas funções no Tribunal Regional Eleitoral, tendo sido seu Vice-Presidente e, depois, seu Presidente.

É digno de menção um julgado, possivelmente um dos casos de maior repercussão na história do Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, bem como de grande interesse jurídico, que era a impugnação ao registro da candidatura do então Prefeito da Capital, Leonel Brizola, ao cargo de Governador do Estado, face ao seu parentesco com o Vice-Presidente da República Dr. João Goulart.

O voto do Desembargador Thompson Flores, amplamente fundamentado, inclusive no magistério de François Geny e Ferrara, é memorável, contendo lições preciosas de Direito Constitucional, notadamente em matéria de inelegibilidades.³²

Em seu discurso de posse na Presidência do Tribunal Superior Eleitoral, em novembro de 1973, enfatizou Thompson Flores a grande conquista que representou para a democracia brasileira a instituição da Justiça Eleitoral:

“Aperfeiçoou-se entre nós o processo que a clarividência de Benjamin Disraeli, o grande ministro da era vitoriana, fez implantar na culta Grã-Bretanha, padrão de democracia dos povos, e cujos resultados ao estatuir a supremacia do Judiciário para dirimir eleições contestadas, assinala Adhemar Esmein, em suas clássicas lições de direito constitucional, afirmando que jamais um “writ” da

Câmara dos Comuns anulou veredito da justiça sobre eleições. Tornou-se realidade no Brasil a lisura dos pleitos eleitorais, apurados por esta justiça especializada.”

Em 1966, assumiu as funções de Presidente do Tribunal de Justiça do seu Estado. Fê-lo na consciência da plena capacidade para a tarefa que lhe cabia enfrentar.

O seu discurso de posse constitui página antológica, das mais belas de quantas foram ouvidas no plenário do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Disse naquela oportunidade, verbis:

“Grave, penoso, por vezes anti-pático, a cada passo incompreendido, exigindo sempre equilíbrio e coragem, a missão do juiz, inobstante, impende ser cumprida para que a lei, como expressão do Direito, tenha execução, e a Justiça jamais falte entre nós.

Justiça que brote de juizes independentes, sem falsos ou mal compreendidos exageros, como sempre o foram os juizes do Rio Grande, reconhecidos urbe et orbe, sem cujo atributo nem é possível conceber o exercício funcional como ele se impõe.

Justiça austera, impoluta, incorruptível, como se faz mister o seja e para cujos imperativos prosseguiremos indómitos e intransigentes.

Justiça humana como merece distribuída às criaturas feitas à imagem de Deus.

Justiça que jamais se aparte dos fins sociais e das exigências do bem comum, sem cuja presença nem seria compreendida.

Justiça que se aproxime, sem excessos ou enganosas fórmulas, do próprio povo para a qual é ditada e do qual deve estar sempre ao alcance; simples, real, despida de tudo que a possa tornar dificultosa, a fim

de que a compreenda melhor, sinta-a com fervor, e possa, assim, nela crer para amá-la, prestigiá-la, e defendê-la se preciso for, convencido que ela é seu baluarte democrático e a sua mais sólida garantia.

Justiça da qual se não permita desconfiar um só segundo, porque como assinalava Balzac: “Desconfiar da Magistratura é um começo de dissolução social”.

E sobretudo Justiça pontual, como a queria Rui, porque tarda não mereceria o nobre título. E como dizia, reclamando: “Para que paire mais alto que a coroa dos reis e seja tão pura como a coroa dos santos”.

Só assim nos tornaremos dignos do respeito e da confiança da Nação, ao lado dos demais Poderes da República.”³³

Na Chefia do Poder Judiciário Estadual empenhou-se, decididamente, na solução dos problemas e lacunas que embaraçavam o regular funcionamento da Justiça do Rio Grande do Sul. Promoveu a elaboração de um projeto de novo Código Organização Judiciária e do Regulamento da Secretaria; conseguiu dinamizar as obras do Palácio da Justiça; garantiu a ampliação dos quadros do pessoal da Secretaria, através da proposta que se converteu na Lei nº 5.668/67; criou a Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, organizada e editada sob a responsabilidade do próprio Poder Judiciário.

Paralelamente, tendo consciência de que o maior problema do judiciário reside no recrutamento de bons juizes, resolveu dialogar com os estudantes das Faculdades de Direito de Porto Alegre, Pelotas, Santa Maria, Passo Fundo e Caxias do Sul, visitando-lhes as respectivas Escolas, numa campanha de esclarecimento aos que seriam os naturais candidatos à magistratura, propiciando a seleção dos melhores valores.

Quando da adaptação da Carta Estadual à Constituição de 1967, solicitou o Governador do Estado ao Tribunal de Justiça sugestões sobre o capítulo do Poder Judiciário.

A Exposição de Motivos elaborada pelo Presidente Thompson Flores que encaminhou as sugestões do Tribunal ao Executivo é preciosa, rica de ensinamentos.

Nela se contém a análise da denominada “crise da Justiça” em que, vencida a superficialidade dominante, são alcançadas as raízes do problema, sobretudo o recrutamento de magistrados. Nada melhor que relembra-la no momento em que se reacendem os debates em torno da Reforma do Poder Judiciário:

“Vários aspectos negativos da situação atual do Judiciário preocupam os responsáveis pela sua administração. As exigências cada vez maiores da atuação do Poder de Jurisdição importam no aumento constante do quadro e na substituição das vagas. Acontece que o recrutamento é cada vez mais difícil. O número de candidatos é sempre pequeno e grande parte deles não podem ser aproveitados, porque não estão em condições de se habilitarem no concurso para a magistratura de carreira. (...)

O problema da remuneração sempre preocupou os estadistas e os publicistas. É que está indissolavelmente ligado à independência do Juiz, qualidade essencial à função em todo regime democrático.”

E, mais adiante, após transcrever as lições de Hamilton, Heuston e Bernard Schwartz, acerca da importância da irredutibilidade de vencimentos dos juizes, prossegue, verbis:

“O legislador constituinte brasileiro impressionou-se com esse aspecto da indepen-

³² In *Três Casos Constitucionais*, Revista Jurídica, pp. 110/3.

³³ In *Jornal “Correio do Povo”*, edição de 04.03.1966.

dência do Judiciário e consignou o preceito da irredutibilidade de vencimentos. Essa garantia que quando da Constituição de 1891 e em anos posteriores tinha sentido positivo, atualmente, com a desvalorização constante da moeda, perdeu muito do seu conteúdo primitivo, estando a postular atualização que represente, nos tempos atuais, o que a irredutibilidade constituía naquele tempo. E essa fórmula capaz de representar para a independência do Judiciário o que a irredutibilidade pura e simples significou em épocas pretéritas, deve ser encontrada pelos Poderes que colaboram na fixação dos vencimentos da magistratura.

O Judiciário deve ser tratado como Poder. É isso exigência constitucional e repeti-la é verdadeiro truísmo. Mas convém lembrar, e para melhor fazê-lo é oportuno notar a função política desse Poder, no nosso regime. Quando falam sobre o problema dos vencimentos dos juizes, acentuam os escritores americanos a função judiciária de garantia dos direitos dos homens. (...)

Essa responsabilidade atribuída pela Constituição aos magistrados preocupa aos que administram a Justiça, pois querem que os juizes estejam, em qualidade e número, em condições de cumprirem a sua missão. (...)

Tudo aquilo que é de importância fundamental para o Estado e para o cidadão, depende da boa organização dos serviços da Justiça. Se a ausência dos verdadeiros valores aos pregões do Tribunal para a inscrição de candidatos à carreira continuar, como vem acontecendo, então a crise se tornará invencível. Urge se tomem as medidas indispensáveis, exigidas pelos interesses do Estado".³⁴

Todos esses temas Thompson Flores voltaria a ferir, anos mais tarde, já como Ministro do Supremo Tribunal Federal, ao cuidar da Reforma do Poder Judiciário.

Ajusta-se com propriedade ao seu pensamento aquela passagem de Michel Debré, Ministro da Justiça do Presidente De Gaulle, a respeito da sua preocupação com o aperfeiçoamento e modernização do Judiciário:

*"Je suis de ces républicains qui rêvent d'une justice habile et prompte, sévère et humaine, condamnant ceux qui méritent de l'être, protégeant l'innocence, statuant avec équité en tous domaines. Il me paraît que la valeur de la justice et le respect dont ses décisions sont entourées attestent du degré de civilisation qu'un peuple a atteint."*³⁵

— IV —

Em princípios de 1968, pouco antes de findar o seu mandato na Chefia do Judiciário Estadual, o Presidente Costa e Silva o convidou para ocupar a vaga de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em decorrência da aposentadoria do Ministro Prado Kelly.

Juiz exímio, administrador enérgico e eficiente, Carlos Thompson Flores possuía os títulos que o habilitavam a, não por mercê dos altos conselhos da República, mas por direito próprio, ascender ao mais alto tribunal da Nação.

No dia 14 de março de 1968, Carlos Thompson Flores assumia o cargo de Ministro

³⁴ In *Jornal "Correio do Povo"*, edição de 06.04.1967.

³⁵ In MICHEL DEBRÉ, *Trois républiques pour une France: Mémoires*, Albin Michel, Paris, 1988, t. II, p. 333.

do Supremo Tribunal Federal, em ato que levou à distante Brasília as figuras mais representativas da cultura jurídica do Rio Grande do Sul.

No Supremo Tribunal Federal, o insigne magistrado ratificou o alto conceito que desfrutava na Província, tendo ali permanecido cerca de treze anos.

Longo seria arrolar os votos e intervenções mais importantes proferidos pelo Ministro Thompson Flores, todos revelando a vivência, o descortino e a cultura do notável magistrado.

A obra de um juiz, disse-o o eminente Ministro Xavier de Albuquerque³⁶, constitui-se das sentenças ou votos que profere.

Os votos do Ministro Thompson Flores notabilizaram-se pelo estilo da sóbria elegância, pela concisão e precisão, pois, como dizia Sainte-Beuve³⁷, "la netteté est le vernis des maîtres".

Fácil será constatar, todavia, a importância da sua judicatura, arrolando alguns de seus mais importantes pronunciamentos: o início do prazo de prescrição previsto no art. 178, § 2º, do Código Civil para o ajuizamento da ação redibitória nos casos em que o vício oculto se fez irrevelado e era irrevelável no instante da venda³⁸; o exato alcance da responsabilidade

objetiva do Estado prevista na Constituição³⁹; a responsabilidade civil do transportador no caso de assalto à ônibus suburbano e se verifica a morte de passageiro, onde o seu voto vencido, reconhecendo dita responsabilidade, em luminoso aresto, hoje está a prevalecer nos Tribunais⁴⁰; a constitucionalidade da inelegibilidade prevista no art. 1º, I, "n", da Lei Complementar nº 5/70, onde consagrou a distinção entre causa de inelegibilidade e pressuposto de culpabilidade⁴¹; a concessão de medida cautelar em representação por inconstitucionalidade, antes mesmo de sua previsão na Constituição⁴²; o deferimento de medida cautelar no primeiro Pedido de Avocação de Causas, instituído pela Emenda Constitucional nº 7/77⁴³; a responsabilidade civil da concessionária de serviço de eletricidade pela morte de transeunte em razão de contato com fio de alta tensão caído na via pública⁴⁴; a não configuração da responsabilidade objetiva do município de São Paulo por prejuízos ocasionados em decorrência de inundação de rio⁴⁵; a constitucionalidade da desapropriação para reurbanização⁴⁶; os efeitos processuais da negativa de licença do Legislativo para prosseguimento de ação penal contra parlamentar⁴⁷; a condenação e aplicação de pena, pela primeira vez, no Supremo Tribunal Federal, em razão de sua competência originária, à parlamentar por

³⁶ In *STF - Relatório de 1980*, Departamento de Imprensa Nacional, p. 51.

³⁷ In SAINTE-BEUVE, *Oeuvres*, Librairie Gallimard, Paris, 1951, t. 2, p. 9.

³⁸ In *RTJ* 68/222.

³⁹ In *RTJ* 55/50.

⁴⁰ In *RTJ* 96/1.201. Posicionamento que hoje prevalece nos Tribs., in *RT* 742/139.

⁴¹ In *RTJ* 79/671.

⁴² In *RTJ* 76/342.

⁴³ In *RTJ* 92/124.

⁴⁴ In *RTJ* 55/509.

⁴⁵ In *RTJ* 78/243.

⁴⁶ In *RTJ* 86/204-7.

⁴⁷ In *RTJ* 93/1.

ele julgado⁴⁸; a incidência da vedação do princípio da “reformatio in pejus” em processo anulado, impedindo-se o agravamento da condenação do réu em ação penal⁴⁹; a natureza do “talak” no Direito Muçulmano e seus efeitos no Brasil na Homologação de Sentença Estrangeira de divórcio, onde é colacionada a doutrina clássica de Louis Milliot, Professor da Faculdade de Direito de Paris, em seu consagração “Introduction a L’Étude du Droit Musulman”⁵⁰; o provimento das vagas do quinto constitucional do Tribunal de Justiça por juizes do quinto do Tribunal de Alçada⁵¹.

A trilha da boa hermenêutica é difícil. Ora se alarga, ora se estreita. É a vereda crucial do juiz que, ao cursá-la, nem sempre escapa à crítica de seus julgadores.

Entre o legalismo estreito dos adeptos do positivismo jurídico e os arroubos anárquicos de certos defensores do direito livre, o Ministro Thompson Flores guardava a posição equilibrada do juiz que, onde e quando necessário, cria o direito sem exceder os marcos da lei.

Nesse sentido, Thompson Flores encarava o tipo clássico do magistrado que fez do hábito de julgar não uma mera rotina de aplicador da lei, mas sim do juiz que tirava a seiva de suas decisões mais importantes da análise perspicua da sociedade contemporânea, penetrando no âmago da lei, subtraindo da norma a sua essência de justiça, sem jamais esquecer a advertência do notável magistrado italiano Domenico Peretti Griva, ex-Presidente da

⁴⁸ In RTJ 61/579.

⁴⁹ In RTJ 60/348.

⁵⁰ In *Sentenças Estrangeiras*, Brasília, 1979, p. 633.

⁵¹ In RTJ 66/652-4.

⁵² In DOMENICO PERETTI GRIVA, *Esperienze di un magistrato*, Giulio Einaudi Editore, Bologna, 1956, p. 156.

⁵³ In RTJ 54/735.

Corte de Cassação da Itália, verbis:

“Sovrano è il magistrato nell’esercizio del suo altissimo mandato, purchè non violi l’unica autorità cui è vincolato: la legge. Ma è l’interpretazione di questa che gli è consentita e che deve ispirarsi a sani criteri umani e non a elucubrations metafisiche.”⁵²

Esplêndido exemplo de sua arte de julgar pode ser colhido no problema relevante do critério de avaliação da conferência dos bens doados, para o efeito da colação⁵³. Como princípio de justiça, ninguém duvidava, impunhasse a atualização dos bens doados pelo seu valor ao tempo da abertura da sucessão. Porém, negava-a a maioria da jurisprudência apegando-se à exegese literal dos arts. 1.785 e 1.792 do Código Civil.

O Ministro Thompson Flores, todavia, atribui aos mencionados dispositivos legais interpretação atualizada, atento à velha mas sempre nova lição de Celso, por ele tantas vezes invocada: “Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem”.

Certa vez em que veio à tona o problema da legitimidade da ordem jurídica instituída pelas revoluções, prolatou voto que vale a pena lembrar, dada a atualidade dos conceitos então emitidos:

“Em conclusão, não cabe conhecer do mandado, por impossibilidade constitucionalmente invencível, insuperável, ora vigindo por imperativo do art. 173, da Carta Maior.

A aprovação dos atos, como aqueles que demitiu o impetrante, e os arrebatou de apreciação do Poder Judiciário, é uma decorrência do próprio poder constituinte originário de que se achou investida a Revolução de 1964 que se manteve sobranceira à ordem jurídica existente.

Bem pode ser tenham sido injustos alguns, até mesmo errados outros, não nos cabe julgar de seu merecimento. Um legítimo ato de indenidade, como ocorre no Direito Inglês, cobre cada um deles. Não é uma originalidade da Carta vigente. A de 1934, em seu art. 18 das Disposições Transitórias, insculpia norma idêntica. E no direito estrangeiro também é encontrada, como salientam os doutrinadores. Justificam-se como atos políticos do Poder Revolucionário.”⁵⁴

É o magistério clássico de Georg Jellinek, verbis:

“Un droit nouveau ne s’établit pas nécessairement d’une façon légale; il peut s’établir aussi d’une façon illégale; (...) Le respect de la norme et sa violation dépendent donc également des forces sociales qui supportent l’ordre juridique existant et de l’intensité de la résistance que les maîtres du pouvoir peuvent opposer. Nous nous trouvons ici en face d’un cas où le fait agit à la fois comme destructeur et comme créateur du droit.”⁵⁵

Mesmo tendo exercido a judicatura em períodos difíceis da vida política nacional, como o Estado Novo e a Revolução de 1964, Thompson Flores sempre teve presente o dever de, como juiz, não proceder como aquele de

quem disse D’Aguesseau, que “o ruído das armas o impedia de ouvir a voz das leis”.⁵⁶

Por antiga convicção, parecia ao Ministro Thompson Flores que os magistrados, mesmo além do âmbito das iniciativas que lhes são ordinariamente reservadas, deveriam colocar a experiência haurida na judicatura a serviço do bem comum, em todos os problemas relacionados com o bom funcionamento da Justiça.

Dessa forma, jamais recusou a colaboração que lhe foi solicitada, na esfera estadual como na federal, para a elaboração das leis que interessavam à atividade jurisdicional.

Assim é que de sua iniciativa partiu a proposta que deu origem ao parágrafo § 1º do art. 119 da Constituição de 1969, atribuindo ao Supremo Tribunal Federal indicar, em seu regimento interno, as causas referidas no item III, alíneas “a” e “d”, do referido artigo.

A Seção concernente ao recurso extraordinário do Código de Processo Civil, na sua redação originária, também resultou de proposta por ele elaborada.

Esses antecedentes e o extraordinário prestígio que granjeara no seio da magistratura nacional findaram por colocar em seus ombros, juntamente com os Ministros Rodrigues de Alckmin e Xavier de Albuquerque, a pesada tarefa de elaborar o “Diagnóstico da Justiça”, que serviria de base à Reforma do Poder Judiciário.

Em 1974, o Supremo Tribunal Federal escolhe Carlos Thompson Flores para presidir a Comissão Especial, integrada pelos Ministros

⁵⁴ In RTJ 47/219.

⁵⁵ In GEORG JELLINEK, *L’État Moderne et son Droit*, tradução francesa de Georges Fardis, Giard Brière Éditeurs, Paris, 1911, t. I, pp. 543 e 545.

⁵⁶ In D’Aguesseau, *Oeuvres Choiesies*, Librairie de Firmin Didot Frères, Paris, 1863, p. 108.

Rodrigues de Alckmin (Relator) e Xavier de Albuquerque, encarregada de redigir esse histórico documento, até hoje considerado o mais completo estudo realizado no Brasil acerca da denominada "crise da Justiça".

Em realidade, a regulamentação das atividades ligadas à Justiça, dizia João Mendes⁵⁷, sempre foi e sempre será tema melindroso, objeto de contestação e de polêmica agressivas, em que o espírito de um povo se manifesta, onde as tradições impõem as regras.

Esse aspecto foi percebido pelos Ministros Thompson Flores, Rodrigues de Alckmin e Xavier de Albuquerque quando da redação do "Diagnóstico", verbis:

*"Reforma de tal amplitude não se fará sem grandes esforços. Há dificuldades técnicas a resolver. Serão necessários meios para corresponder a encargos financeiros indispensáveis. E há interesses que hão de ser contrariados ou desatendidos."*⁵⁸

Nele os objetivos da Reforma Judiciária vinham expressos em palavras lapidares, verbis:

"Quer-se que o Poder Judiciário se torne apto a acompanhar as exigências do desenvolvimento do País e que seja instrumento eficiente de garantia da ordem jurídica. Quer-se que se eliminem as delongas no exercício da atividade judiciária. Quer-se que as decisões do Poder Judiciário encerrem critérios exatos de Justiça. Quer-se que a atividade punitiva se exerça com observância das garantias da defesa, com o respeito à

*pessoa do acusado e com a aplicação de sanções adequadas. Quer-se que à independência dos magistrados corresponda o exato cumprimento dos deveres do cargo. Quer-se que os jurisdicionados encontrem, no Poder Judiciário, a segura e rápida proteção e restauração de seus direitos, seja qual for a pessoa ou autoridade que os ameace ou ofenda."*⁵⁹

A promulgação da Emenda Constitucional nº 7, em 13 de abril de 1977, nas circunstâncias que estão presentes na memória de todos, constituiu o primeiro passo para a Reforma do Poder Judiciário, infelizmente, jamais concretizada em sua inteireza, como propugnavam os seus idealizadores.

Sobre as soluções adotadas levantaram-se críticas, que a natureza polêmica da matéria explica. Sem que se pretenda aqui fazer a análise da Reforma do Poder Judiciário realizada em 1977, nem seria possível fazê-lo em momento como o presente, cumpre, no entanto, que se proclame o alto espírito com que foi trabalhada pelos eminentes Ministros Thompson Flores, Rodrigues Alckmin e Xavier de Albuquerque, como a objetividade e a retidão dos critérios que presidiram a elaboração do projeto de emenda constitucional que lhe deu o ser.

Por outro lado, há séculos sabemos que as melhores leis não bastam para que as instituições funcionem a contento, sendo indispensável, para tanto, como perceberam os autores gregos do Século IV, que cada cidadão seja "educado no ethos da lei", na

⁵⁷ In JOÃO MENDES DE ALMEIDA Jr., *Exposição Preliminar das Bases para a Reforma Judiciária*, São Paulo, 1901, pp.3/4.

⁵⁸ In *Reforma do Poder Judiciário - Diagnóstico*, Departamento de Imprensa Nacional, 1975, p. 14.

⁵⁹ In *Op. cit.*, p. 14.

lição de Werner Jaeger.⁶⁰

É mister, também, promover uma maior divulgação da função do juiz, ainda tão ignorada, conscientizando os setores competentes que, entre países civilizados, a única fórmula de manutenção da paz social está na existência do Poder Judiciário que, eficiente e categorizado, possa cumprir a alta missão que lhe reserva a Constituição.

Nesse sentido concluiu, recentemente, o "Rapport de la Commission de Réflexion sur la Justice", presidida pelo Presidente da Corte de Cassação da França, Pierre Truche, que elaborou, a pedido do Presidente da República, as propostas para a Reforma da Justiça naquele país:

*"La justice reste un univers trop ignoré de la majorité des citoyens alors qu'elle est au fondement même de la démocratie. Une éducation à la justice dès l'école paraît indispensable pour mieux inscrire ses enjeux essentiels dans notre culture politique. Dans l'immédiat, la réconciliation des Français avec leur justice ne saurait faire l'économie d'un effort de transparence et d'explication."*⁶¹

Em fevereiro de 1977, como coroamento de sua carreira, assume Carlos Thompson Flores a Presidência do Supremo Tribunal Federal, cabendo-lhe, portanto, como Chefe do Poder Judiciário Nacional, a implantação da Emenda Constitucional nº 7/77.

Em sua administração o Supremo Tribunal Federal comemorou o sesquicentenário de sua criação.

⁶⁰ In WERNER JAEGER, *Paideia (La Formazione dell'Uomo Greco)*, tradução italiana de Luigi Emery, La Nuova Italia Editrice, Firenze, 1997, v. 1, p. 212.

⁶¹ In *Rapport de la Commission de Réflexion sur la Justice*, Paris, 1997, p. 82.

⁶² In *STF - Relatório de 1978*, Departamento de Imprensa Nacional, pp. 94/5.

Nessa ocasião, em sessão solene por ele presidida, recebeu das mãos do Presidente da República, Ernesto Geisel, a mais alta condecoração da Nação, a Grã-Cruz da Ordem Nacional do Mérito.

Na oportunidade, assim se manifestou o Presidente da República:

"Na oportunidade em que se comemoram 150 anos da existência do Supremo Tribunal Federal, o Conselho da Ordem Nacional do Mérito propôs conferir a V. Exa., e eu acedi, o grau de Grã-Cruz da referida Ordem.

*Este ato é uma homenagem do Poder Executivo ao Poder Judiciário (...) Mas é, principalmente, o reconhecimento dos elevados méritos de V. Exa., Sr. Ministro-Presidente, do trabalho que tem desenvolvido, ao longo de sua vida, como cidadão e como magistrado, em benefício da Nação brasileira."*⁶²

A 26 de janeiro de 1981, no dia mesmo em que completava setenta anos, aposentou-se, após quarenta e oito anos dedicados exclusivamente à magistratura.

Em correspondência que dirigiu ao Tribunal, ao se despedir da Corte Suprema, preferiu as seguintes palavras, que resumem o credo de sua vida:

"Retorno às minhas origens, à capital do meu Rio Grande, de onde parti no ardor de meus vinte e dois anos, quando, pela primeira vez, vesti a toga de juiz.

Dispo-a, hoje, usada pelo tempo, mas

tão pura como antes, repetindo Costa Manso.

*Faço-o com a consciência do dever cumprido, feliz por haver exercido a mais nobre das funções atribuídas ao homem e da qual sempre me orgulharei. E, reconhecido ao Senhor meu Deus, que me proporcionou tantas vitórias e a insigne glória, a mais honrosa a que possa aspirar um brasileiro, de concluir minha carreira de magistrado como juiz da Suprema Corte do Brasil.*⁶³

Da independência, da integridade, da imparcialidade, da discrição e da serenidade da magistratura do Ministro Thompson Flores, diz o caráter da trajetória que acabamos de apreciar, dinamizada, exclusivamente, pelos méritos pessoais.

Vestem-no sem folgas os versos de

Kipling, quando imagina um Homem que é capaz de não se corromper entre a plebe, de não perder a naturalidade entre os reis, de se defender dos amigos, quer bons, quer maus, de ser sempre de alguma utilidade e de dar, a cada segundo do seu tempo, todo o valor e todo o brilho...

A aposentadoria, entretanto, não lhe foi o ponto final da atividade em prol do Direito e da Justiça.

Dos pareceres que produziu, alguns se publicaram em revistas especializadas.⁶⁴

A imagem do Ministro Carlos Thompson Flores permanecerá "aere perennius", evocando uma nobre existência e instigando as novas gerações de magistrados para a pugna sem desfalecimento em prol da Justiça.

⁶³ In STF - Relatório de 1981, Departamento de Imprensa Nacional, pp. 73/4.

⁶⁴ In Nesse sentido: "Eleição dos membros da Mesa da Assembléia Legislativa - Interpretação do art. 31 da C. F.", in *Revista Forense*, v. 303/128; "Responsabilidade Civil Contratual", in *Revista de Direito Civil*, n° 42/147; "ICM e Compra com Cartão de Crédito", in *Revista de Direito Tributário*, n° 34/86; "Desapropriação - Empresa de Ônibus", in *Revista de Direito Público*, n° 95/42; "Imunidade Tributária das Listas Telefônicas", in "O Estado de São Paulo", edição de 01.11.87, p. 38; "Ação Popular - Pressupostos Processuais", in *Revista de Processo*, n° 61/218.

Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito Civil

Alexandre dos Santos Cunha*

"Il n'existe pas de morale officielle."

Bruno Oppetit**

"O absoluto, inclusive a busca do bem absoluto, destrói a esfera pública pelo terror."

Celso Lafer***

SUMÁRIO

Introdução.

- I. Pessoa e personalidade durante o processo codificatório. 1. A teoria das pessoas e a teoria do patrimônio de AUBRY ET RAU. 2. Da teoria das pessoas à da personalidade. 3. A teoria das pessoas e o Direito privado brasileiro: o Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS e o Código Civil de 1916.
- II. A dignidade da pessoa humana como paradigma do Direito privado e sua interface com o Direito público na era da superação da dicotomia. 1. Direito privado e direitos fundamentais na Alemanha: a Menschenwürde e o papel da freie Entfaltung der Persönlichkeit. 2. A tutela da dignidade humana na jurisprudência francesa: em especial o Arrêt du tireur de nains. 3. A dignidade humana e o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo: a CRFB-88, o chamado "Direito civil constitucional" e o Projeto do novo Código, em especial a questão da disponibilidade do corpo humano.

Conclusão.

Bibliografia.

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente trabalho é o de analisar o princípio da dignidade da pessoa humana como fundante do Direito privado, em especial no que tange às suas relações com a autonomia privada, apreciando ambos os institutos desde um ponto de vista histórico¹, bem como a sua positivação e eficácia jurisprudencial.

Não é usual o tratamento de tal tema, geralmente relacionado com os direitos fundamentais, na área do Direito privado. No entanto, se operarmos na perspectiva de

* Mestrando em Direito Privado pela UFRGS. Professor de Teoria Geral do Direito Civil nas Faculdades Integradas Ritter dos Reis, RS.

** OPPETIT, Bruno. Philosophie du Droit, p. 137.

*** LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt, p. 270.

¹ Segundo Emilio BETTI, em "Storia e dogmatica del diritto", a análise histórica é fundamental para o tratamento dogmático de qualquer instituto jurídico.

RAISER², no sentido de superar a dicotomia, fundamentalmente ideológica, entre o Direito público e o Direito privado, tal ressalva carece de sentido. Além disso, conforme ressalta CARVALHO, “se é inconcebível um Direito do Estado sem Estado, é igualmente inconcebível um Direito Civil sem *cives*”³. Portanto, “é evidente que esse reconhecimento do homem como coração do Direito civil contemporâneo deve fazer do problema da proteção dos direitos do Homem (...) o problema central desse mesmo Direito civil”⁴.

Desde esse ponto de vista, o tema ganha extrema relevância para os estudos de Direito privado, não só no que tange à autonomia privada, dogma civilístico, mas em especial em relação à pessoa, bem como às relações entre esta e aquela.

Assim sendo, partirei de uma análise do conceito de pessoa, em sua forma ideologizada pelo Iluminismo, o indivíduo, para, num segundo momento, apreciar a teia de direitos formativos do conceito de dignidade humana, as relações desta com a liberdade e a autonomia, e as supervenientes conseqüências.

I- PESSOA E PERSONALIDADE DURANTE O PROCESSO CODIFICATÓRIO

Para compreender como o ser humano foi visto pela doutrina e tutelado pelas codificações oitocentistas, faz-se necessário o estudo da teoria das pessoas adotada por esses mesmos códigos, bem como da forma como essa foi cunhada, dentro de uma perspectiva Iluminista que MACPHERSON denomina de “individualismo possessivo”⁵.

Conforme ressalta MESSINETTI⁶, a teoria das pessoas tem a sua origem histórica na luta pela garantia da liberdade individual, possuindo a natureza de um privilégio concedido pelo soberano, ou seja, como diz STAMMLER⁷, do fato de que ninguém pode depender integralmente do arbítrio subjetivo de outrem. Essa visão tem seu corolário em LOCKE: “a finalidade da Lei não é abolir ou restringir, mas preservar e aumentar a liberdade (...). Mas liberdade não é, como é dito, uma Liberdade para cada Homem fazer o que bem entenda: (...) Mas uma Liberdade para dispor, e regular, como entenda, sua Pessoa”⁸.

A emergência, no campo do Direito, do individualismo é fruto de um longo processo histórico que se inicia com a superação da prevalência, atribuída pelos gregos clássicos, da pólis sobre o indivíduo, basicamente por obra da filosofia estoica e cristã, para a qual a necessidade de salvação do indivíduo resultava numa maior valorização da vida contemplativa sobre a atividade política. Essa é a gênese da subjetivação moderna que reduziu a filosofia à epistemologia⁹, possibilitando, via nominalismo, a construção, por GRÓCIO, do conceito de direito subjetivo¹⁰. Nessas bases, afirma LAFER, “a passagem do Estado absolutista para o Estado de Direito transita pela preocupação do individualismo em estabelecer limites ao abuso do poder do todo em relação ao indivíduo”¹¹. Fechando essa visão filosófica, construirá KANT o conceito de sujeito de direito, que “é sempre o homem”¹².

Foi essa concepção liberal-individualista da pessoa que possibilitou a construção dos direitos humanos, embora, conforme ressalta LAFER¹³, também possa levar ao terror, como de fato ocorreu, durante a Revolução Francesa e em outras ocasiões, uma das quais terei oportunidade de sobre aqui discorrer.

Para tanto, iniciarei pela análise da teo-

ria das pessoas oitocentista, em especial de suas relações com a teoria do patrimônio de AUBRY ET RAU (1). Em um segundo momento, procurarei retratar a superação dessa concepção individualista de pessoa, a partir do desenvolvimento dos direitos fundamentais de segunda geração, e a conseqüente formação da teoria da personalidade (2). Concluindo o capítulo, apreciarei a posição do problema na doutrina brasileira de então, sobretudo o conceito de pessoa proposto por TEIXEIRA DE FREITAS no Esboço de Código Civil, por tudo o que encerra em si de inovador, ao mesmo tempo que retrato de sua época (3).

1. A teoria das pessoas e a teoria do patrimônio de AUBRY ET RAU

Consoante a tradição histórico-filosófica do conceito de sujeito de direito, afirma HATTENHAUER, categoricamente, que “o homem é o sujeito da norma jurídica e, conseqüentemente, único objeto da teoria da pessoa”¹⁴. É por isso que, para MESSINETTI, pessoa “não é um valor universal radicado na essência racional e imutável do homem, antes um valor real e objetivo, historicamente condicionado, de um determinado ordenamento positivo”¹⁵.

⁹ A esse respeito, ver, entre outros, Celso LAFER, op. cit., pp. 118-121.

¹⁰ Cf. Michel VILLEY, “La genèse du droit subjectif chez Guillaume d’Occam”. A respeito, em especial sobre as relações do nominalismo com a filosofia do direito Iluminista, ver Gláucia Correa Retamozo Barcellos ALVES, Do nominalismo ao direito moderno: uma leitura de Michel Villey. Sobre as relações entre direito subjetivo, personalidade e patrimônio, ver Eroulths CORTIANO JÚNIOR, “Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade”, pp. 47-50.

¹¹ Celso LAFER, op. cit., p. 122.

¹² “N’est jamais que l’homme.” Immanuel KANT, Métaphysique des mœurs, vol. 2, p. 269.

¹³ Celso LAFER, op. cit., p. 130.

¹⁴ “El hombre es el sujeto de la norma jurídica y, consecuentemente, único objeto de la teoría de la persona.” Hans HATTENHAUER, Conceptos fundamentales del Derecho civil, p. 14.

¹⁵ “Non è un valore universale radicato nell’essenza razionale e immutabile dell’uomo, bensì un valore reale e oggettivo, storicamente condizionato, di un determinato ordinamento positivo.” Davide MESSINETTI, op. cit., pp. 355-356.

² Cf. Ludwig RAISER, Il compito del diritto privato. No mesmo sentido, ver também Daniela Silva Fontoura de BARCELLOS, A descendência da dicotomia publicização do privado, privatização do público e a sua superação: a perspectiva de Ludwig Raiser. Não trataremos da questão da positividade dos princípios jurídicos, por considerá-la superada, consistindo o ordenamento jurídico em um sistema misto de princípios e regras, cf., entre outros, Claus-Wilhelm CANARIS, Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito, e Ronald DWORKIN, Taking rights seriously.

³ “S’il est inconcevable un droit de l’état sans état, il est également inconcevable un droit civil sans des ‘cives’”. Orlando de CARVALHO, “Les droits de l’homme dans le droit civil portugais”, p. 6.

⁴ “Il va de soi que cette reconnaissance de l’homme comme le cœur du droit civil contemporain doit faire du problème de la protection des droits de l’homme (...) le problème central de ce même droit civil.” Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 7.

⁵ C. B. MACPHERSON, A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke.

⁶ Davide MESSINETTI, “Personalità (diritti della)”, p. 358.

⁷ Apud Karl LARENZ, Derecho justo: fundamentos de ética jurídica, p. 58.

⁸ “The end of Law is not to abolish or restrain, but to preserve and enlarge freedom (...). But freedom is not, as we are told, a Liberty for every Man to do what he lists: (...) But a Liberty to dispose, and order, as he lists, his Person.” John LOCKE, Two treatises of government, p. 306.

Tanto isso é claro que HATTENHAUER¹⁶ situa historicamente o surgimento desse conceito no pensamento de São TOMÁS DE AQUINO, e seu desenvolvimento da visão de homem como ser dotado de razão. Anteriormente, o Direito reconhecia a pessoalidade¹⁷ nas coisas. Tanto, na Idade Média, não era clara, como para nós o é, a relação entre pessoa e ser humano, que mesmo a idéia de que todos os seres humanos são pessoas foi apenas cunhada no século XVI, por obra do jusnaturalismo espanhol, em virtude da necessidade de auferir qual o *status* jurídico das populações indígenas nativas da América¹⁸.

Indelevelmente ligados ao ser humano, os limites da pessoalidade são, portanto, o nascimento e a morte. Por isso, afirma OPPETIT, “sem ser estritamente sinônimo de pessoa, o corpo é, no entanto, considerado como o suporte da personalidade do indivíduo”¹⁹. Dessa abstração advém que, embora prejudicados no uso de sua razão, os loucos sejam pessoas.

Da submissão do conceito de pessoa ao de sujeito de direito resulta, contemporaneamente, que esse seja um conceito social, uma vez que só o homem em sociedade é dotado de direitos e deveres. Por isso CANOTILHO²⁰ afirma a indispensabilidade de que todo o Estado de Direito tenha uma base antropológica estruturada constitucionalmente. Resultou também, quando da Escola histórica do Direito, em uma decadência dos estudos sobre a pessoa, em nome das teorias da capacidade jurídica, indispensáveis à teoria da relação jurídica²¹.

A restrição das preocupações dos juristas, no campo da pessoa, à capacidade jurídica, associada à visão individualista possessiva que levou MESSINETTI²² a cunhar o conceito de “lógica proprietária” para definir a metodologia civilística do século XIX, tem uma de suas mais amplas expressões na teoria do patrimônio desenvolvida por AUBRY ET RAU. Para esses autores, “a idéia de patrimônio deduz-se diretamen-

¹⁶ Hans HATTENHAUER, op. cit., pp. 14-15.

¹⁷ Cunha, para este trabalho, o conceito de pessoalidade, relativo à teoria das pessoas, para contrapor, de forma clara, ao de personalidade, relativo à teoria da personalidade, embora se trate de um neologismo a priori gramaticalmente incorreto. Para as relações entre personalidade e capacidade jurídica, ver Guido ALPA, Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali, pp. 56-62.

¹⁸ Cf. Hans HATTENHAUER, op. cit., loc. cit.

¹⁹ “Sans être strictement synonyme de la personne, le corps est néanmoins considéré comme le support de la personnalité de l’individu.” Bruno OPPETIT, op. cit., p. 136.

²⁰ J. J. Gomes CANOTILHO, Direito constitucional, p. 362.

²¹ Cf. Hans HATTENHAUER, op. cit., pp. 18-19. O autor identifica tal opção como sendo reflexo das teorias de KANT e de SAVIGNY. A visão kantiana de que pessoa é o sujeito cujos atos podem ser-lhe imputados está na base do brocardo de SAVIGNY: toda relação jurídica é uma relação entre pessoas capazes.

²² Davide MESSINETTI, op. cit., pp. 356-357. Diz o autor que o Direito privado, no século XIX, via o “valor jurídico da pessoa como lógica proprietária. A validade teórica de uma tendência desse tipo, que faz do modelo proprietário, através do conceito de direito subjetivo, o esquema fundamental e unificador de todas as possíveis manifestações do ‘privado’, no campo que a nós interessa, é legada por razões metodológicas e históricas bastante claramente identificáveis” (“valore giuridico della persona come logica proprietaria. La validità teorica di una simile tendenza, che fa del modello proprietario, attraverso il concetto di diritto soggettivo, lo schema fondamentale e unificante di tutte le possibili manifestazioni del ‘privato’, nel campo che a noi interessa è legata a ragioni metodologiche e storiche abbastanza chiaramente identificabili.”).

te desta de personalidade. Qualquer que seja a variedade de objetos sobre os quais o homem possa ter direitos a exercer, qualquer que seja a diversidade de sua natureza constitutiva, esses objetos, enquanto formadores da matéria dos direitos de uma pessoa determinada, não são menos submissos ao livre arbítrio de uma só e mesma vontade, à ação de um mesmo poder jurídico; eles constituem, por isso mesmo, um todo jurídico (*universum jus*). (...) Do patrimônio, sendo a emanação da personalidade, e a expressão do poder jurídico de que uma pessoa encontra-se revestida como tal, resulta: que apenas as pessoas físicas ou morais podem ter um patrimônio; que toda pessoa tem necessariamente um patrimônio, mesmo que não possua atualmente nenhum bem; que a mesma pessoa não pode ter mais de um patrimônio, no sentido exato da palavra”²³.

Foi tão forte a penetração da teoria cunhada por AUBRY ET RAU no pensamento civilístico oitocentista, que seus reflexos são visíveis ainda hoje. OPPETIT ressalta que esse é o grande entrave, na França, para uma compreensão correta e clara dos direitos da personalidade e das relações pessoais e patrimoniais, frente

às novas necessidades do tráfego jurídico²⁴.

A visão do patrimônio como corolário da personalidade, e não da pessoalidade, como seria o correto, é elemento fundamental para a compreensão de como, a partir da teoria liberal da autodeterminação, construiu-se, no século XIX, aquilo que se chama ordinariamente de “império da autonomia da vontade”²⁵.

Para o jusracionalismo jusnaturalista, as obrigações tinham seu fundamento no ato, livre manifestação do homem racional. A obrigação contratual, por exemplo, nascia do encontro de duas ou mais vontades. Essa doutrina tinha seu fundamento no fato de que, sendo o homem livre e racional, ninguém seria mais indicado para saber o que é bom para ele próprio.

Tal doutrina será superada por SAVIGNY, o qual sustentará a necessidade de previsão normativa para a constituição da obrigação. Os homens expressam sua vontade, a lei obriga, a obrigação constituindo propriedade de uma parte contratante sobre uma parte da esfera de liberdade da outra, em direito subjetivo de uma sobre a outra. Uma vez que o patri-

²³ “L’idée du patrimoine se déduit directement de celle de la personnalité. Quelle que soit la diversité de leur matière constitutive, ces objets, en tant que formant la matière des droits d’une personne déterminée, n’en sont pas moins soumis au libre arbitre d’une seule et même volonté, à l’action d’un seul et même pouvoir juridique; ils constituent, par cela même, un tout juridique (*universum jus*). (...) Le patrimoine étant une émanation de la personnalité, et l’expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, il en résulte: que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu’elle ne posséderait actuellement aucun bien; que la même personne ne peut avoir qu’un seul patrimoine, dans le sens propre du mot.” AUBRY ET RAU, Cours de Droit civil français d’après la méthode de Zachariae, tomo IX, pp. 333-336. Grifei. Comentando AUBRY ET RAU, dirá Miguel Maria de SERPA LOPES (Curso de Direito Civil, vol. VI, pp. 62-63): “o patrimônio é inseparável da pessoa. Enquanto a pessoa viver, não pode ocorrer nenhuma transmissão do seu patrimônio a uma outra pessoa; a alienabilidade é restrita aos seus elementos constitutivos, pois o patrimônio, considerado uma universalidade, não passa de um corolário de sua própria personalidade”.

²⁴ Cf. Bruno OPPETIT, op. cit., p. 131. A respeito das implicações filosóficas dessa teoria, ver René SÈVE, “Déterminations philosophiques d’une théorie juridique: la théorie du patrimoine d’Aubry et Rau”.

²⁵ Cf. Alexandre dos Santos CUNHA, A autonomia privada frente à dicotomia público vs. privado: algumas reflexões. Essa visão diferenciada não exclui a possibilidade de patrimonialização dos direitos de personalidade, comum no mundo contemporâneo, e que pressupõe, no entanto, a diferenciação entre o campo da pessoa e o da personalidade. A esse respeito, ver André Rodrigues CORRÊA, A obrigação como totalidade e como processo, nota n. 175.

mônio, para AUBRY ET RAU, é composto desses mesmos direitos subjetivos, pode-se dizer, inequivocamente, que, no terreno da livre vontade, o livre desenvolvimento da personalidade (pessoalidade) dá-se pela livre expansão do patrimônio: “ao concluir um contrato com outro, eu reconheço a autodeterminação do outro e portanto o reconheço como pessoa”²⁶. A esse respeito dirão AUBRY ET RAU:

“o patrimônio sendo, em sua mais alta expressão, a personalidade mesma do homem, considerada em suas relações com os objetos exteriores sobre os quais ele pode ou poderá ter direitos a exercer, compreende, não somente in actu os bens já adquiridos, mas ainda in potentia os bens por adquirir. É o que exprime muito bem a palavra alemã *Vermogen*, que significa, ao mesmo tempo, ‘poder’ e ‘patrimônio’. O patrimônio de uma pessoa é o seu poder jurídico, considerado de uma maneira absoluta, e separado de todos os limites de tempo e de espaço”²⁷.

Esse, o de tipo “lógico-proprietário”, é o que MESSINETTI denomina como sendo o primeiro modelo de pessoa: “a pessoa, em sua relevância ‘sub specie iuris’ de fato compreendida em sentido atomístico e pluralístico, como resultante de toda uma série de direitos expressamente reconhecidos pelo legislador para a

tutela de interesses naturais da pessoa mesma, mas especificamente individuada”²⁸.

Tal ponto de vista não pôde sobreviver, no entanto, à emergência social do final do século XIX. A massificação da atividade contratual acabou por impelir o legislador a limitar a autonomia enquanto, no campo político, surgiam os chamados direitos de segunda geração.

A convergência desses com as liberdades clássicas permitirá a LAFER identificar como estando na gênese da democracia no mundo contemporâneo. Cito: “entendo que esta desarmonia em relação ao papel do Estado na sociedade, na passagem da primeira para a segunda geração de direitos, obedece (...) na perspectiva ‘ex parte populi’, a uma dialética que subordina a contradição à complementaridade, pois as duas gerações de direitos baseiam-se na intuição da irredutibilidade do ser humano ao todo do seu meio social, e no pressuposto de que a sua dignidade se afirmará com a existência de mais liberdade e menos privilégios”²⁹.

Como proteção do indivíduo frente ao nivelamento social da democracia de massas, ganha relevância no cenário jurídico a proteção da intimidade³⁰. Sai de cena a teoria das pessoas. Começa a emergir a teoria da personalidade.

²⁶ “Al concluir un contrato con otro, yo reconozco la autodeterminación del otro y por tanto le reconozco como persona.” *Karl LARENZ*, op. cit., p. 65.

²⁷ “Le patrimoine étant, dans sa plus haute expression, la personnalité même de l’homme, considérée dans ses rapports avec les objets extérieurs sur lesquels il peut ou pourra avoir des droits à exercer, comprend, non seulement ‘in actu’ les biens déjà acquis, mais encore ‘in potentia’ les biens à acquérir. C’est ce qu’exprime très bien le mot allemand ‘Vermogen’, qui signifie tout à la fois, ‘pouvoir’ et ‘patrimoine’. Le patrimoine d’une personne est sa puissance juridique, considérée d’une manière absolue, et dégagée de toutes limites de temps et d’espace”. *AUBRY ET RAU*, op. cit., tomo IX, p. 334, nota n. 6. *Grifei*.

²⁸ “La persona, nella sua rilevanza ‘sub specie iuris’, viene intesa infatti in senso atomistico e pluralistico, come risultante cioè dei tutta una serie di diritti espressamente riconosciuti dal legislatore a tutela di interessi connaturati alla persona stessa, ma specificamente individuati.” *Davide MESSINETTI*, op. cit., p. 356.

²⁹ *Celso LAFER*, op. cit., p. 130.

³⁰ *Celso LAFER*, op. cit., p. 263.

2. Da teoria das pessoas à da personalidade

A visão reducionista do conceito de pessoa, operada pelo Direito oitocentista, fez com que o conceito perdesse totalmente o significado, tornando-se mera questão de técnica jurídica. A redescoberta da humanidade desse conceito foi fruto de uma reflexão ética, impulsionada pela emergência dos direitos fundamentais de segunda geração, e pelo desenvolvimento, pela pandectística tardia, do conceito de personalidade. Para HATTENHAUER, o direito de personalidade é “aquele que garante ao seu sujeito o domínio sobre um setor da própria esfera de personalidade. Com esse nome designam-se ‘os direitos da própria pessoa’³¹. Trata-se de uma clara superposição do ético ao técnico, criando-se uma categoria, a da personalidade, que subordina a pessoa, e constitui direito subjetivo que deve ser respeitado por todos.

HATTENHAUER credita as origens da teoria aos juristas Georg Karl NEUER, Edouard HÖLDER e Otto VON GIERKE, este último o grande responsável por sua sistematização³². Tal teoria tinha a função de criar novas formas de tutela que suprissem as lacunas dos direitos fun-

damentais do século XIX, como as relativas à honra, à intimidade, à saúde e integridade física e à vida privada. Embora seu desenvolvimento tenha-se dado anteriormente à elaboração do BGB³³, a primeira expressão legislativa será o Código Civil suíço de 1907.

Orlando de CARVALHO³⁴ vê, nos direitos de personalidade, três aspectos fundamentais: a essencialidade, a indissolubilidade e a ilimitabilidade, uma vez que o homem natural é, de *per se*, ilimitado. Assim sendo, a questão fundamental da teoria da personalidade é a do livre desenvolvimento e sua tutela: “para que cada um seja verdadeiramente uma pessoa, deve-se assegurar condições essenciais – condições essenciais para seu ‘ser’ e ‘dever ser’ -, às quais denominamos direitos de personalidade”³⁵.

O conceito de personalidade e os direitos a ele relacionados é tão importante contemporaneamente, que LAFER³⁶ identifica, amparado em ARENDT, uma esfera própria a ele relativa, com toda uma principiologia própria. Se para a esfera pública o princípio fundamental é o da igualdade, enquanto na privada é o da diferença, sendo a esfera social a união de ambos, para a esfera da personalidade

³¹ “Aquel que garantiza a su sujeto el dominio sobre un sector de la propia esfera de personalidad. Con tal nombre se designan ‘los derechos de la propia persona’.” *Hans HATTENHAUER*, op. cit., p. 23.

³² *Hans HATTENHAUER*, op. cit., pp. 22-24.

³³ Para Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 8, o BGB é um código anti-humanista, pois reduz o homem a mero elemento da relação jurídica. Não é de surpreender, portanto, que o capítulo do código destinado à pessoa não use, com exceção do título, nenhuma vez a palavra. No entanto, *Karl LARENZ*, em seu *Derecho civil: parte general*, pp. 44-56, diz ser o personalismo ético kantiano uma das bases ideológicas fundamentais do BGB. Isso não desmente, porém, o jurista português. Afinal, a visão kantiana de personalismo ético diz muito mais respeito ao homem enquanto sujeito de direito, seus deveres jurídicos e a responsabilização, ou seja, a uma redução à pessoalidade, em detrimento da personalidade.

³⁴ Orlando de CARVALHO, op. cit., pp. 9-11.

³⁵ “Pour que chacun soit vraiment une personne, il faut qu’on lui assure des conditions essentielles – des conditions essentielles pour son ‘être’ et ‘devenir’ -, ce qu’on appelle les droits de la personnalité.” Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 11.

³⁶ *Celso LAFER*, op. cit., pp. 267-268.

vige o princípio da exclusividade³⁷.

A visão personalista consiste, para MESSINETTI, um segundo modelo de pessoa: “em sentido global e unitário, como expressão das ações de todo o conjunto das leis positivas que têm como escopo a conservação e o desenvolvimento do sujeito, de um lado, e das intrínsecas potencialidades da pessoa emergentes do ordenamento, do outro”³⁸.

A essas duas concepções divergentes de pessoa, opôs a doutrina brasileira, no século XIX, através da obra codificatória de TEIXEIRA DE FREITAS, um terceiro modelo, bastante original, tanto no que guarda em si de superação e permanência do pensamento individualista, quanto no de premonitório em relação ao personalismo. É o que passo a analisar.

3. A teoria das pessoas no direito privado brasileiro: o Esboço de TEIXEIRA DE FREITAS e o Código Civil de 1916.

No ordenamento jurídico brasileiro, em especial pelas peculiaridades de nosso processo codificatório, faz-se uma grande e desnecessária confusão entre os conceitos de pessoa e personalidade³⁹.

³⁷ A respeito do princípio da exclusividade, escreve Hannah ARENDT: “Aqui escolhemos aqueles com os quais desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos; e nossa escolha é guiada não por semelhanças ou qualidades compartilhadas por um grupo de pessoas – ela não é guiada, de fato, por nenhum padrão objetivo ou normas, mas, inexplicável e infalivelmente, afetada pelo impacto de uma pessoa em sua singularidade, sua diferença em relação a todas as pessoas que conhecemos”. Apud Celso LAFER, op. cit., loc. cit.

³⁸ “In senso globale e unitario, come espressione dell’azione di tutto l’insieme delle leggi positive che hanno come scopo la conservazione e lo sviluppo del soggetto, da una parte, e delle intrinseche potenzialità della persona emergenti nell’ordinamento, dall’altra”. Davide MESSINETTI, op. cit., p. 356.

³⁹ Para Clóvis BEVILÁQUA, *inacreditavelmente, homem, pessoa e sujeito de direito deveriam ser tratados, pela legislação civil, como sinônimos. É o que se pode inferir da seguinte passagem* (Em defesa do Projecto de Código Civil brasileiro, p. 51): “É o homem, a pessoa, o sujeito de Direito que primeiro se deve destacar, encabeçando a serie dos grandes grupos de relações civis”.

⁴⁰ Immanuel KANT, op. cit., pp. 69-75.

⁴¹ Sobre essa questão, ver Alexandre dos Santos CUNHA, “A teoria das pessoas de Teixeira de Freitas entre individualismo e humanismo”, no qual me detive mais longamente a respeito do tema.

seu objeto, e distinguidos em direitos pessoais, e direitos reais. Os direitos pessoais são distintamente considerados nas relações de família, e nas relações civis.”

Traça TEIXEIRA DE FREITAS, portanto, uma diferenciação clara entre o que denomina de direitos pessoais de relação civil, relativos ao patrimônio, e que podem, na perspectiva que construí a partir da teoria de AUBRY ET RAU, ser relacionados diretamente com o campo da pessoa⁴², e direitos pessoais de relação de família, os quais dizem respeito ao campo da vida privada, e portanto, ao da personalidade⁴³. Nesse aspecto, como em outros, o Esboço demonstra ser bastante avançado em relação ao seu tempo.

A esse respeito, diz CORRÊA DE OLI-

VEIRA: “O primeiro grande mérito da grande construção de Freitas foi, sem dúvida, o tratamento por ele dado à distinção entre capacidade de direito e personalidade. Os dois conceitos andam em nosso século indesculpavelmente embaralhados pela doutrina brasileira. Essa distinção é fundamental, na medida em que a personalidade não admite gradações, admitindo-as, porém, a capacidade de direito”⁴⁴.

Semelhante confusão, na verdade, não é tão indesculpável. Advém, em grande parte, do fato de que o Código Civil de 1916, embora posterior ao desenvolvimento da teoria da personalidade, não tê-la incorporado, adotando a mesma estrutura anti-humanista do BGB, regredindo notavelmente em relação ao Esboço⁴⁵. Nesse aspecto, emergem claramente aquelas que

⁴² E entre os quais poder-se-ia englobar, seguindo sistema do Esboço, os direitos patrimoniais de família, contidos na classificação do Projeto do novo Código Civil.

⁴³ É notável o esforço depreendido por TEIXEIRA DE FREITAS para, sem o amparo da então inexistente teoria da personalidade, salvar o humano frente ao técnico, desligando a possibilidade de aquisição de direitos da esfera puramente patrimonial, reconhecendo direitos não-patrimoniais, embora patrimonializáveis, típicos da contemporânea compreensão da teoria da personalidade. Vejamos a nota que escreve ao art. 21 do Esboço, referente à capacidade jurídica: “Não se entenda esta expressão no mesmo sentido, em que a emprega Savigny. Para este escritor, que generalizara o Direito Romano, a capacidade de direito é, e não podia deixar de ser, o caráter distintivo dos seres humanos que aquele Direito reputava pessoas, por contraposição aos que privava de personalidade. Para nós, para a civilização atual, todo o homem é pessoa: pois que não há homem sem a suscetibilidade de adquirir direitos, suscetibilidade que não chamo capacidade de direito tratando-se de pessoas, porque só o seria em relação a entes que não são pessoas. Quem, para distinguir a pessoa do que não é pessoa, empregar a expressão – capacidade de direito – capacidade jurídica, como fazem os escritores de Direito Natural, confundir-se-á a si mesmo e aos outros; e, ou cairá na teoria do status e capitibus diminuído do Direito Romano, ou não terá terminologia própria para exprimir a capacidade de direito das legislações modernas. Sabe-se que neste Projeto prescindindo da escravidão dos negros, reservada para um projeto especial de lei; mas não se creia que terei de considerar os escravos como coisas. Por muitas que sejam as restrições, ainda lhes fica aptidão para adquirir direitos; e tanto basta para que sejam pessoas”.

⁴⁴ José Lamartine CORRÊA DE OLIVEIRA, “A teoria das pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas. Superação e permanência”, p. 362. Embora crítico da confusão da doutrina brasileira a respeito, o autor, no entanto, é dele vítima, ao ignorar a patrimonialidade como aspecto chave para a diferenciação entre direitos pessoais e da personalidade. Além disso, faz uma indiferenciação que TEIXEIRA DE FREITAS (cf. nota n. 45supra) não faz: aquela entre capacidade civil e capacidade de direito.

⁴⁵ Não se pode alegar, em defesa do Código Civil brasileiro, um pretense desconhecimento da doutrina nacional em relação às recentes teorias da personalidade, que foram adotadas pelo Código Civil suíço de 1907. Clóvis BEVILÁQUA, op. cit., pp. 217 e ss., demonstra ter perfeito conhecimento dos trabalhos de elaboração do referido Código, inclusive no que tange ao conteúdo.

GOMES⁴⁶ define como sendo as características fundamentais de nosso Código: o patrimonialismo, o patriarcalismo e a responsabilização.

II- A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PARADIGMA DO DIREITO PRIVADO E SUA INTERFACE COM O DIREITO PÚBLICO NA ERA DA SUPERAÇÃO DA DICOTOMIA

A partir do desenvolvimento da teoria da personalidade, abriu-se todo um novo campo para a expansão de demandas de tutela, bem como de formalização de direitos que a ela estariam relacionados. Essas demandas acabaram por alçar a dignidade humana, enquanto princípio-fonte da teia dos direitos de personalidade, à categoria de direito do Homem, consagrado, inclusive, no art. 1 da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU. Isso é em parte conseqüência do fato de que, segundo CARVALHO⁴⁷, se hoje há um sentido e um futuro para a História, ele está no Homem, não o ideal, mas o de carne e osso, que se faz a si próprio em um processo dialético: o Homem como processo.

Para o mesmo autor⁴⁸, os direitos humanos devem ser compreendidos dentro de um

quadro de luta pelo Direito, no sentido de JHERING, de defesa do homem frente ao Estado e à administração. A noção contemporânea, no entanto, dos direitos humanos como um certo "sentimento do humano" tem um conteúdo jusnaturalista capaz de torná-los uma "nova alienação, e, certamente, mais perigosa e ambígua do que essa"⁴⁹.

Para que se retire ao máximo a ambigüidade dos direitos humanos, faz-se necessária a noção de direitos fundamentais, como positividade desses mediante um processo de racionalização. É o que propõe HABA: "Para fazer (dos direitos humanos) noções próprias à racionalidade jurídica, dois passos são necessários. (i) Primeiramente, uma vez aceito um certo direito do homem, é necessário fazê-lo passar de seu 'estado bruto', quer dizer, de seu caráter de direito natural, a um 'estado líquido', ou seja, fornecer-lhe o mais alto grau de precisão possível. (ii) Dessa forma delimitado, e relacionado com outros conceitos jurídicos, esse direito torna-se um elemento de um sistema jurídico, de forma que, em um segundo momento, seja possível dele retirar, por uma via racional, conseqüências práticas"⁵⁰.

Dessa concepção, retira o autor sua classificação, que adotarei, segundo a qual direitos fundamentais são direitos do homem positivados, enquanto liberdades individuais são faculdades

⁴⁶ Orlando GOMES, "Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro".

⁴⁷ Cf. Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 3.

⁴⁸ Cf. Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 5.

⁴⁹ "Nouvelle aliénation, et, certes, plus dangereuse et plus ambiguë que les autres." Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 3. Por identificar o mesmo perigo, Celso LAFER (op. cit., p. 124) prega uma fundamentação historicista dos direitos humanos, posição essa que adotamos.

⁵⁰ "Pour en faire des notions propres à la rationalité juridique, deux pas sont nécessaires. (i) Tout d'abord, une fois accepté un certain droit de l'homme, il est nécessaire de le faire passer de son 'état brut', c'est-à-dire de son pur caractère de droit naturel, à un 'état net', c'est-à-dire lui fournir le plus haut degré de précision possible. (ii) Ainsi précisé, et mis en rapport avec d'autres concepts juridiques, ce droit devient un élément d'un système juridique, de façon que, dans un second temps, il soit possible d'en tirer, par une voie rationnelle, des conséquences pratiques." Enrique P. HABA, "Droits de l'homme, libertés individuelles et rationalité juridique (quelques remarques méthodologiques)", p. 338.

resultantes desses direitos fundamentais.

Tendo adentrado no campo dos direitos fundamentais, torna-se relevante para nosso tema o reconhecimento da eficácia horizontal desses direitos⁵¹, considerando que, como propõe CARVALHO, o Direito civil é o campo por excelência para a realização desses direitos, por ser o direito comum do homem comum⁵².

Essa visão anti-dicotômica, de complementaridade entre o Direito público e o Direito privado, não pode, no entanto, ser compreendida como uma fusão da esfera pública com a privada. A inexistência de limites entre o público e o privado é característica básica do totalitarismo⁵³, cujo combate foi a pedra de toque dos direitos humanos no pós-guerra⁵⁴.

A partir de sua inclusão na Declaração Universal dos Direitos do Homem, o princípio da dignidade da pessoa humana foi positivado em vários ordenamentos jurídicos. Constitucionalmente, em países como Alemanha, Brasil, Espanha, Grécia e Portugal. Na França, a positividade deu-se através do acórdão n. 94.343.344 D.C., do Conselho Constitucional, depreendido de bloco de constitucionalidade quando da apreciação da reforma do Código Civil com vistas à implantação de princípios reguladores da bioética, e publicado em 27.07.1994⁵⁵.

Foi, no entanto, na Alemanha, pátria-mãe da teoria da personalidade, que o princí-

pio da dignidade humana teve mais amplo desenvolvimento teórico e jurisprudencial, fornecendo bases racionais sólidas para que dele possa-se retirar conseqüências. É o que passo a analisar (1). Em seguida, apresentarei a posição adotada, frente ao princípio, pela doutrina e jurisprudência francesas, e os riscos que podem advir desse entendimento (2). Finalmente, verei qual a contemporânea compreensão da questão na doutrina e legislação brasileiras (3).

1. Direito privado e direitos fundamentais na Alemanha: a *Menschenwürde* e o papel da *freie Entfaltung der Persönlichkeit*.

O imediato pós-guerra representou um período de mudança radical na doutrina alemã que, professando fé na democracia, buscou uma interpretação constitucionalista do Direito como um todo, visando construir anteparos a um possível retorno do totalitarismo⁵⁶.

A Lei Fundamental de Bonn, enquanto expressão máxima dessa nova fé, consagrou a *Menschenwürde*, a dignidade da pessoa humana, como valor fundamental, e a *freie Entfaltung der Persönlichkeit*, o livre desenvolvimento da personalidade, como o fim de toda a ordem jurídica⁵⁷.

Foi HUBMANN quem, em sua obra O direito de personalidade, a partir da promulgação da *Grundgesetz*, retomou as idéias de VON GIERKE e desenvolveu uma nova

⁵¹ Cf., entre outros, Konrad HESSE, Derecho constitucional y derecho privado.

⁵² Cf. Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 6.

⁵³ Cf. Celso LAFER, op. cit., p. 246.

⁵⁴ Cf. Marie-Luce PAVIA, "Le principe de la dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel", p. 100.

⁵⁵ Cf. Dominique ROUSSEAU, Les libertés individuelles et le principe de la dignité de la personne humaine, p. 62.

⁵⁶ Cf. Hans HATTENHAUER, op. cit., pp. 26-28. Não se pode esquecer que o BGB serviu tão bem ao Reich e ao nazismo quanto vem servindo à democracia alemã.

⁵⁷ Cf. Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 15.

teoria geral da personalidade, fundamentada no preceito constitucional de seu livre desenvolvimento⁵⁸.

A perspectiva constitucionalista dos direitos de personalidade tem, segundo CANOTILHO⁵⁹, um forte componente antropológico. Para esse autor, seriam cinco os elementos constitutivos da teia de direitos formativa da dignidade humana: (i) a afirmação da integridade física e espiritual do homem como dimensão irrenunciável de sua individualidade autonomamente responsável; (ii) o livre desenvolvimento da personalidade; (iii) a libertação da angústia da existência⁶⁰, mediante mecanismos de socialidade, dentre os quais se encontram a garantia de condições mínimas de subsistência e o direito ao trabalho; (iv) a garantia e a defesa da autonomia individual, através da vinculação dos poderes públicos ao Estado de Direito; e (v) a igualdade formal. Nessa perspectiva, vê-se que uma série de direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira geração, encontram-se subsumidos pela teia

de direitos formativa da dignidade humana, como é o caso da autonomia privada. Por isso, NEGREIROS⁶¹ vê, no moderno Estado constitucional de Direito, uma íntima relação entre a dignidade humana e a construção de uma sociedade solidária, por um lado, e o livre desenvolvimento da personalidade com o desenvolvimento econômico, por outro⁶². Neste sentido, também posiciona-se REICH⁶³, ao relacionar o livre desenvolvimento da personalidade com a liberdade de iniciativa econômica e profissional.

No entanto, como ressalta MESSINETTI, a norma constitucional é apenas um instrumento de formalização de um valor, que deve, a partir dela, ser concretizado. Afinal, “os valores aos quais diz respeito toda a possibilidade de vida do homem desenvolvem-se de forma material e, por assim dizer, existencial, ou seja, em uma palavra, vivendo”⁶⁴. Essa valorização, porém, deve ser sempre feita a partir de outros valores que compõem o sistema jurídico, e nunca pela sociedade, sob pena de vivermos uma ditadura da opinião pública⁶⁵.

⁵⁸ Cf. Hans HATTENHAUER, op. cit., loc. cit.

⁵⁹ J. J. Gomes CANOTILHO, op. cit., p. 363.

⁶⁰ *Inclusive, como ressalta Hannah ARENDT (apud Celso LAFER, op. cit., p. 239) o direito fundamental à vida privada e à intimidade, este último compreendido como sendo o direito de estar só consigo mesmo.*

⁶¹ Teresa NEGREIROS, Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé, pp. 218-219.

⁶² *A questão da associação do livre desenvolvimento da personalidade com a liberdade econômica e profissional, embora indispensável, gera um paradoxo. Numa sociedade capitalista, em que há a alienação do trabalho como regra, esse integra o patrimônio do indivíduo, também dizendo respeito, portanto, enquanto direito de personalidade patrimonializado, ao campo da personalidade. A esse respeito, ver André Rodrigues CORRÊA, op. cit., loc. cit. Em sentido contrário, ver Karl LARENZ, op. cit., pp. 407-408.*

⁶³ Norbert REICH, Mercado y Derecho, pp. 89 e ss.

⁶⁴ “Il valore al quale si riportano tutte le possibilità di vita dell'uomo si svolge in forme materiali e, per così dire, esistenziali: cioè, in una parole, vivendo”. Davide MESSINETTI, op. cit., p. 360. *Essa posição não exclui o seu contrário. Se a personalidade desenvolve-se materialmente com o decurso da vida, pode-se, analogicamente, considerar que também pode se expressar pela morte voluntária. Assim sendo, a questão da recusa de tratamento médico também deve ser analisada desde o ponto de vista da dignidade humana.*

⁶⁵ *Essa afirmação é apenas aparentemente anti-democrática. A garantia da esfera de intimidade e vida privada, contra a tendência niveladora da moderna sociedade da informação, é valor essencial à democracia. Como ressalta Celso LAFER, mesmo os romanos não desconheciam o “privado como refúgio necessário à participação na ‘respublica’” (op. cit., p. 261).*

A jurisprudência constitucional alemã vem interpretando a dignidade humana como sendo, além de direito fundamental, programa constitucional e princípio de base do Estado de Direito. Já há decisões consagrando-o na proteção da igualdade jurídica e da identidade e integridade física e mental, além de princípio informador das regras processuais penais⁶⁶.

2. A tutela da dignidade humana na jurisprudência francesa, em especial o Arrêt du lanceur de nains.

Da mesma forma que na Alemanha, também na França a dignidade humana surge plena de boas-intenções, compreendida como barreira ao totalitarismo. Segundo ROUSSEAU⁶⁷, compõe o bloco de constitucionalidade do princípio, fundamentalmente, o preâmbulo ao preâmbulo da Constituição da Quarta República, um libelo anti-nazista.

Para a mesma autora, a dignidade humana é a garantidora da precedência da pessoa humana, que deve ser respeitada desde o início da vida; e da integridade e não-patrimonialidade do corpo humano⁶⁸. Antes de ser alçado ao nível constitucional, pelo Conselho Constitucional, o princípio já havia sido reconhecido como constante do sistema interno⁶⁹ do ordenamento jurídico francês por um acórdão da Corte de Cassação, que o havia identificado

como base de resolução de conflitos no campo da bioética. Com o tristemente célebre *Arrêt du lanceur de nains*, o “Acórdão do atirador de anões”, da Câmara de Contencioso Administrativo do Conselho de Estado⁷⁰, que será minuciosamente analisado, tornou-se o princípio da dignidade humana assente na jurisprudência de todos os tribunais superiores franceses.

Apesar de toda essa construção jurisprudencial, ainda não há acordo na doutrina francesa sobre se a dignidade humana é ou não um direito fundamental.

Para ROUSSEAU⁷¹, a dignidade humana é um princípio de inteligibilidade dos direitos fundamentais, não sendo, portanto, um deles. É o seu princípio fundante, que deles depende para a sua concretização.

Em sentido contrário, PAVIA⁷² defende que a dignidade é um direito fundamental, que, no entanto, é hierarquicamente superior aos demais, o que nega toda a contemporânea teoria dos direitos fundamentais, que não os escalona hierarquicamente. Para a autora, quando em choque com a dignidade, qualquer outro direito fundamental é afastado, não havendo aplicação do critério de proporcionalidade⁷³.

Essa última posição torna-se clara quando analisamos o “Acórdão do atirador de anões”. Em linhas gerais, o caso em tela pode

⁶⁶ Cf. Marie-Luce PAVIA, op. cit., p. 102.

⁶⁷ Dominique ROUSSEAU, op. cit., p. 63.

⁶⁸ Dominique ROUSSEAU, op. cit., p. 65.

⁶⁹ *Emprega-se aqui a expressão “sistema interno” no sentido que lhe é proposto por Karl LARENZ, Metodología de la Ciencia del Derecho, pp. 465-482.*

⁷⁰ C. E. Ass., 27.10.1995. Disponível na Internet, na íntegra, em www.travelnet.com.br.

⁷¹ Dominique ROUSSEAU, op. cit., pp. 68-69.

⁷² Marie-Luce PAVIA, op. cit., p. 112.

⁷³ Devo a Humberto Bergmann ÁVILA, “A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade”, a definição de proporcionalidade como critério, e não como princípio, como costuma ser denominado.

ser assim relatado: duas prefeituras departamentais francesas baixaram decretos proibindo a apresentação de um novo tipo de diversão pública, o qual constituía-se num jogo em que o público era convidado a atirar, utilizando-se de um canhão de pressão, um anão à distância. Aquela que conseguisse arremessá-lo a uma distância maior, ganhava o jogo. A motivação de ambos os decretos era a proteção da dignidade da pessoa do anão, que era tida por aviltada, e não no risco de vida que poderia representar, uma vez que todos os requisitos de segurança eram respeitados.

No entanto, os promotores do jogo, em litisconsórcio com o anão que nele atuava, buscaram, pela via do contencioso administrativo, a anulação dos decretos, com base na proteção do livre exercício profissional. Apesar de derrotados na primeira instância, que outorgou ao anão uma pensão mensal no valor do salário que recebia para partici par do espetáculo, como forma de compensar a proibição de sua atividade profissional, este recorreu ao Conselho de Estado. Fundamentava o pedido de revisão da sentença de primeiro grau no fato de que não desempenhava aquela profissão apenas pela necessidade financeira, mas porque gostava do que fazia e sua atividade era um instrumento de socialização. Ou seja, no direito ao livre desenvolvimento de sua personalidade.

No entanto, o Conselho de Estado confirmou a sentença de primeiro grau. Patrick FRYDMANN, *commissaire du gouvernement*,

escreveu literalmente nos autos: “o respeito da dignidade humana, conceito absoluto que é, não poderia cercar-se de quaisquer concessões em função de apreciações subjetivas que cada um possa ter a seu próprio respeito. (...) Por sua natureza mesma, a dignidade da pessoa humana está fora do comércio”⁷⁴.

Incensando esse acórdão, escreveu ROUSSEAU que “a pessoa humana é um princípio que escapa à vontade, à apreciação ou ao julgamento da pessoa humana”⁷⁵ e, indo mais além, que “a pessoa não é livre para apreciar o que é ou não é digno dela e para ela, (sendo) necessário que a definição de sua dignidade lhe seja dada desde o exterior por uma autoridade”⁷⁶. E arremata: “o princípio da dignidade é, talvez, como a felicidade das pessoas: ele corre freqüentemente o risco de querer concretizar-se sem o seu concurso”⁷⁷.

As afirmações da jurista francesa lembram, por sua sobreposição da comunidade, politicamente organizada através do Estado, à pessoa do indivíduo, Karl LARENZ. Refiro-me ao primeiro LARENZ, freqüentemente esquecido. Aquele que escreveu:

“Decisivo para a posição jurídica do indivíduo não é mais basicamente sua condição de ser pessoa, senão sua condição concreta de membro da comunidade”;
“Quem está fora da comunidade não possui direitos, ele não é camarada”⁷⁸ em sentido

⁷⁴ Le respect de la dignité humaine, concept absolu s'il en est, ne saurait s'accomoder de quelconques concessions en fonction des appréciations subjectives que chacun peut porter à son sujet. (...) De par sa nature même, la dignité de la personne humaine est hors commerce”. Apud Marie-Luce PAVIA, op. cit., p. 108. Grifei.

⁷⁵ “La personne humaine est un principe qui échappe à la volonté, à l'appréciation ou au jugement de la personne humaine”. Dominique ROUSSEAU, op. cit., p. 67. Grifei.

⁷⁶ “La personne n'est pas libre d'apprécier ce qui est ou non digne d'elle et pour elle, il faut que la définition de sa dignité lui soit donnée de l'extérieur par une autorité”. Dominique ROUSSEAU, op. cit., p. 68. Grifei.

⁷⁷ “Mais le principe de dignité est, peut-être, comme le bonheur des gens: il est souvent risqué de vouloir le faire sans eux”. Dominique ROUSSEAU, op. cit., loc. cit.

⁷⁸ Sobre a criação, pela teoria do Direito nacional-socialista, do conceito de “camarada”, em substituição ao de pessoa, ver Hans HATTENHAUER, op. cit., pp. 24-26.

jurídico. Todavia muitas vezes é, e pode, o estrangeiro, na condição de convidado, ser colocado em várias relações jurídicas em situação de igualdade e a um camarada”;
“Camarada, em sentido jurídico, é apenas quem é camarada do povo: camarada do povo é apenas quem possui sangue alemão”⁷⁹.

Portanto, o mínimo que se pode dizer desse tipo de posicionamento é que ele é totalitário, em uma de suas piores acepções possíveis: o nazismo⁸⁰.

Acusar a decisão do Conselho de Estado francês, e toda a doutrina que o ampara, de totalitarismo, é negar expressamente o seu fundamento de constitucionalidade, uma vez que a tutela da dignidade da pessoa humana, como vimos, surge, no ordenamento jurídico daquele país, como de resto em todos, justamente como instrumento posto pelo Direito com o escopo de proteger o indivíduo dos totalitarismos.

No entanto, amparo esse posicionamento em Celso LAFER, e sua notável análise do fenômeno totalitário, A reconstrução dos di-

reitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. Para LAFER,

“o totalitarismo representa uma proposta de organização da sociedade que almeja a dominação total dos indivíduos. (...) Trata-se de um regime que não se confunde com a tirania, nem com o despotismo, nem com as diversas modalidades de autoritarismo, pois se esforça por eliminar, de maneira historicamente inédita, a própria espontaneidade – a mais genérica e elementar manifestação da liberdade humana”⁸¹.

O totalitarismo rompe, portanto, com a tradição, que tem sua origem na “invenção”, pelo Iluminismo, dos direitos humanos, e busca negar o valor da pessoa humana como “valor-fonte” da ordem jurídica⁸², fazendo com que os indivíduos tenham apenas deveres frente à comunidade, destruindo por completo a esfera privada⁸³.

Segundo LAFER⁸⁴, o totalitarismo tem sua origem na emergência social do final do século XIX, “que diluiu a clássica distinção entre o público e o privado”. Foi nesse contexto “que surgiu a descoberta e a posterior tutela, no

⁷⁹ Karl LARENZ, “Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe”. A seleção dos trechos e a tradução devo ao Prof. MSc. Itiberê de Oliveira RODRIGUES, da Universidade Federal de Pelotas. Sobre a teoria jurídica nacional-socialista de Karl LARENZ, ver, entre outros, Massimo LA TORRE, Nostalgia for the homogeneous community: Karl Larenz and the national-socialist theory of contract.

⁸⁰ “A respeito do papel da autoridade exterior regrado o comportamento das massas, escreveu Adolf HITLER, em Minha Luta, p. 277: “Essa organização (da coletividade pelo Estado) não deve impedir que os valores individuais surjam no seio das massas, mas, ao contrário, por uma ação consciente, deve promover essa evolução facilitando-a por todos os meios possíveis. Deve partir do princípio de que a prosperidade nunca é devida às massas, mas às cabeças criadoras, que, por isso, devem ser vistas como benfeitoras da espécie. Facilitar-lhes a mais vasta influência está no interesse da coletividade. Esse interesse nunca será atendido pela dominação das massas incapazes, mas unicamente pela direção das almas privilegiadas pela Natureza”. Um intelectual não deve jamais desprezar a importância do que escreve, de sua obra, para uma sociedade, e todas suas implicações. A esse respeito, ver Adriana Rodríguez PÉRSICO: “Intelectuales hoy: ni anfitriones ni turistas”.

⁸¹ Celso LAFER, op. cit., p. 117.

⁸² Cf. Celso LAFER, op. cit., p. 133.

⁸³ Cf. Celso LAFER, op. cit., p. 245.

⁸⁴ Cf. Celso LAFER, op. cit., p. 263. Grifei.

âmbito do privado, do valor da intimidade como a maneira de fugir do mundo para o interior da subjetividade, algo que não é um dado, mas um construído". A tutela da intimidade, que deu origem ao desenvolvimento de toda a teoria da personalidade, surge, portanto, "como reação ao conformismo nivelador da sociedade, que exige que seus membros se comportem como se fossem membros de uma grande família, com uma só opinião e um único interesse". Ou seja, como resposta ao conteúdo potencialmente totalitário do nivelamento social de uma democracia de massas.

O princípio básico dessa esfera, como vimos, é o da exclusividade. Como escreve Hannah ARENDT:

"O princípio da exclusividade briga com o conformismo social. Um casamento misto (...) é um desafio à sociedade, mas é uma escolha válida que significa que os cônjuges preferiram optar pela felicidade pessoal, com

base no princípio da exclusividade, relegando para segundo plano o ajustamento ao social. Têm, conseqüentemente, direito à sua intimidade, cabendo garantir a tutela do *right to be let alone*⁸⁵.

O *right to be let alone*, o direito de livre desenvolvimento da personalidade, isento de interferência dos julgamentos morais⁸⁶, por parte da opinião pública, ou de restrição estatal, é elemento constitutivo e essencial da dignidade humana, fundamento do Direito privado e do Estado de Direito. Não pode ser nunca relativizado, a não ser caso interfira diretamente em direitos de terceiros⁸⁷, sob pena de, pela busca do bem absoluto, cairmos no terror. Parece-me ter sido exatamente esse o caso, quando do julgamento do Conselho de Estado.

Há, todavia, ainda duas outras linhas pelas quais seria possível condenar o posicionamento da jurisprudência francesa. A primeira seria a representada pela dialética concreta de Orlando de CARVALHO⁸⁸. A segun-

⁸⁵ Hannah ARENDT, *Reflections on Little-Rock*, apud Celso LAFER, op. cit., p. 268.

⁸⁶ Diz Bruno OPPETIT, op. cit., pp. 137-138: "a interdição endereçada à moral de se imisqüir na esfera do jurídico foi reforçada, na época contemporânea, pela preocupação de abandonar, em nome da liberdade da pessoa, a aplicação da moral à apreciação de cada consciência individual. (...) Assistimos desde alguns anos a um forte retorno da moral ao primeiro plano das preocupações de nossa época sob a forma da ética. No entanto, a ética não pretende nenhuma verdade absoluta, ela não julga a ação dos homens e dos grupos sociais através de um sistema de valores transcendentais, ela se quer amoral, crítica e não-normativa" ("L'interdiction adressée à la morale de s'immiscer dans la sphère du juridique a été renforcée, à l'époque contemporaine, par le souci d'abandonner, au nom de la liberté de la personne, l'application de la morale à l'appréciation de chaque conscience individuelle (...) On assiste depuis quelques années à un retour en force de la morale au premier plan des préoccupations de l'époque sous la forme de l'éthique. Certes, l'éthique ne prétend à aucune vérité absolue, elle n'entend pas juger l'action des hommes et des groupes sociaux à la mesure d'un système de valeurs transcendantales, elle se veut amoral, critique et non normative").

⁸⁷ Esse limite é expressamente proposto por Hannah ARENDT, apud Celso LAFER, op. cit., p. 268.

⁸⁸ Para Orlando de CARVALHO, op. cit., p. 8, não há standard possível para a dignidade, uma vez que ela não pode ultrapassar um sujeito determinado: "a personalidade jurídica não é algo que subsista por si mesma, mas algo que subsiste somente enquanto exista uma personalidade humana real" ("la personnalité juridique n'est pas quelque chose qui subsiste par soi même, mais quelque chose qui subsiste tant qu'il existe une personnalité humaine réelle."). Uma outra possível chave de leitura é a de que a dignidade da pessoa humana, enquanto princípio, é, no sentido hegeliano, um conceito geral concreto, e não um conceito geral abstrato.

da, a do racionalismo de KANT⁸⁹, ou neokantiano, que identificamos em Léon HUSSON⁹⁰. O que é difícil, efetivamente, é não condená-lo.

3. A dignidade humana e o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo: a CRFB-88, o chamado "Direito Civil Constitucional" e o Projeto do Novo Código, em especial a questão da disponibilidade do corpo humano.

Tendo analisado a tutela do princípio da dignidade da pessoa humana nos ordenamentos jurídicos alemão, cuja doutrina o desenvolveu, e francês, cujo exemplo nos alerta para os perigos de sua má utilização, resta discutir sobre o tratamento a ele reservado no Brasil. Se está em vigor, hoje, um Código Civil que não contempla a tutela aos direitos da per-

sonalidade, a Constituição, como veremos, alça a dignidade humana ao centro do sistema jurídico, dando ensejo a uma ampla esfera de "direitos civis constitucionais"⁹¹. Da mesma forma, há uma série de leis esparsas que versam sobre o tema, como é o caso da Lei de Transplante de Órgãos (Lei federal n. 9434/97). Por outro lado, encontra-se em votação no Congresso Nacional o Projeto do novo Código Civil, de 1975, que busca dar um tratamento sistemático à questão. Assim sendo, apreciar-se-á, primeiramente, a situação atual do ordenamento jurídico brasileiro, para, num segundo momento, vermos como o Projeto propõe-se a sistematizá-la. Em um terceiro momento, utilizar-se-á a problemática da disponibilidade do corpo humano, uma das mais controversas questões atinentes à tutela da dignidade humana, para verificar-se qual o tratamento a ela reservado pela articulação entre a Constituição e o Código Civil e o que poderia mudar a partir da aprovação do Projeto.

⁸⁹ Immanuel KANT, op. cit., p. 297, afirma que a consciência moral "não é dada (ao indivíduo) objetivamente pela razão teórica, mas unicamente de forma subjetiva pela razão prática, obrigando-se ela mesma a agir em conformidade consigo própria" ("ne lui est pas donnée objectivement par la raison théorique, mais uniquement de façon subjective par la raison pratique s'obligeant elle-même à agir conformément à elle").

⁹⁰ "O que confere direitos aos homens é, como proclama justamente a Declaração das Nações Unidas, que eles constituem, ou ao menos constituem-se uma vez que se desenvolvam, pessoas, pois são dotados de uma inteligência capaz de reflexão, que os torna aptos não somente a estabelecer-se fins, formar projetos, e descobrir ou inventar meios de realizá-los, mas também a tomar consciência do seu ser, a interrogar-se sobre seu destino, e a conceber um ideal, bem como de uma vontade capaz de controlar seus impulsos e de regular seu comportamento transformando-o em conduta. Essas características conexas permitem-lhes assumir unilateralmente a responsabilidade de seu destino, o que lhes qualifica na linguagem filosófica como pessoas. É o respeito a essa personalidade que funda seus direitos" ("Ce qui confère des droits aux humains, c'est, comme le proclame justement la Déclaration des Nations Unies, qu'ils constituent, ou tout au moins sont appelés à devenir en se développant, des personnes, parce qu'ils sont doués d'une intelligence capable de réflexion, qui les rend aptes non seulement à se proposer des fins, former des projets, et découvrir ou inventer les moyens de les réaliser, mais aussi à prendre conscience de leur être, à s'interroger sur leur destinée, et à concevoir un idéal, ainsi que d'une volonté capable de contrôler leurs impulsions et de régler leur comportement en le transformant en conduite. Ces caractères connexes leur permettent d'assumer pour une part la responsabilité de leur destin, ce qui les fait qualifier dans le langage philosophique de personnes. C'est le respect de cette personnalité qui fonde leurs droits."). Léon HUSSON, "Droits de l'homme et droits subjectifs", p. 369.

⁹¹ Embora encontre-se, hoje, espalhado pela doutrina, o termo "Direito civil constitucional" é de raríssima infelicidade, pois ninguém seria capaz de conceber um Direito civil inconstitucional. Por isso, preferimos considerá-lo como normas de Direito civil constantes do texto constitucional.

A Constituição de 1988, já em seu artigo 1º, inciso III, eleva a dignidade da pessoa humana à condição de fundamento da República. O princípio, ali expresso, no entanto, informa todo o texto constitucional, emanando em uma série de outros dispositivos⁹².

É o caso da igualdade formal (art. 5º, inciso I), do direito geral de ação (art. 5º, inciso II), da liberdade religiosa (art. 5º, inciso IV), da liberdade de expressão (art. 5º, inciso IX), da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem (art. 5º, inciso X), da inviolabilidade do domicílio (art. 5º, inciso XI), do sigilo de correspondência e comunicações (art. 5º, inciso XII), do livre exercício profissional (art. 5º, inciso XIII), do sigilo processual (art. 5º, inciso LX), dos direitos sociais do art. 6º, dos princípios gerais da atividade econômica do art. 170, da usucapião constitucional dos arts. 183 e 191⁹³, do direito à saúde (art. 196), à educação (art. 205), à cultura (art. 215), ao desporto (art. 217) e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225), da proteção da família (arts. 226 a 230); e das tutelas da integridade física (art. 5º, inciso III) e do dano moral e à imagem (art. 5º, inciso V). O Projeto do novo Código Civil dedica aos direitos da personalidade o capítulo II, título I, livro I da Parte Geral. O elemento articulador

do sistema, proposto pelo Projeto, é a cláusula geral do art. 11, que versa:

“Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”⁹⁴.

Completa essa cláusula geral a do art. 12⁹⁵, que dispõe sobre a reparação dos danos. Nos arts. 13 a 15, normatiza o Projeto a tutela à integridade física; nos arts. 16 a 19 o direito ao nome e sua utilização, e no art. 20 a preservação da imagem. Embora evoluindo em qualidade em relação ao Código em vigor, ganharia o Projeto se tivesse dado um tratamento em separado à patrimonialização dos direitos de personalidade, que é feito em conjunto, como no caso do art. 18, que dispõe sobre a cedência do nome próprio para fins de propaganda comercial. Essa melhor técnica legislativa facilitaria a articulação com a cláusula geral do art. 11, permitindo estabelecer claramente parâmetros gerais para a limitação voluntária dos direitos da personalidade.

Aliás, cabe discutir a constitucionalidade da irrenunciabilidade e intransmissibilidade dos direitos de personalidade prevista no dispositivo

⁹² A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem aplicado o princípio, como no caso do Habeas Corpus n. 76060-SC, relatado pelo Ministro Sepúlveda Pertence, e que reconheceu ser inexigível o constrangimento de réu à realização de exame de DNA, em processo de investigação de paternidade, por atentatório à dignidade pessoal. In: *DJ* de 15.05.1998, p. 44.

⁹³ A respeito das relações entre dignidade humana e teoria da posse, ver Laura Beck VARELA, Posse, conceito unitário, entre abstração e autonomia.

⁹⁴ O alcance da cláusula geral aqui exposta foi bastante prejudicado pela adição ao Projeto, quando de sua primeira tramitação pela Câmara dos Deputados, da cláusula geral do art. 21, a partir de emenda do então deputado federal Tancredo Neves. Versa o dispositivo, à semelhança do Código Civil suíço de 1907, que “a vida privada da pessoa física é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma”. Enquanto o art. 12 prevê a possibilidade de que o lesado, de mão própria, ou seja, sem a necessidade de recurso ao judiciário, interpele o agressor para fazer cessar o dano ao seu direito de personalidade, o art. 21 faz com que, no caso da tutela à vida privada, torne-se necessária a intervenção do judiciário.

⁹⁵ Versa o texto: “Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei”.

referido. Não colidiria essa previsão legislativa com o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade, nos casos em que a patrimonialização do direito não ofendesse direitos de terceiros? Ademais, essa é mais uma razão para que a reserva de um capítulo à questão da patrimonialização dos direitos da personalidade seja desejável.

Pode-se ter uma melhor visualização das implicações, no campo prático, da adoção de uma ou de outra posição a partir da análise de um dos mais controversos e importantes debates do Direito contemporâneo: a disponibilidade do corpo humano.

Conforme muito bem ressalta HERMITTE, hoje constituímos “uma sociedade que organiza de maneira racional o comércio do corpo humano”⁹⁶. Afinal, com o desenvolvimento da medicina, hoje tanto a transfusão de sangue quanto o transplante de órgãos são atividades cotidianas, e o Direito, à reboque da ciência, é chamado a regular uma série

de novas realidades: clonagem, barrigas de aluguel, destinação de embriões fertilizados *in vitro* e terapias gênicas. Frente aos fatos, o “constrangimento (da sociedade) vem mais da dificuldade de escapar à constatação final de que o corpo humano tornou-se, por motivos geralmente respeitáveis, uma matéria prima ou meio de produção”⁹⁷.

Durante muito tempo⁹⁸, buscou-se reafirmar a disponibilidade do corpo humano a partir do conceito de bem fora do comércio, embora isso constitua um verdadeiro absurdo. Segundo o art. 69 do Código Civil, “são coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis”⁹⁹. Ora, se o corpo humano é inapropriável e inalienável enquanto totalidade, uma vez que isso seria permitir a escravidão, o que é inadmissível frente ao ordenamento jurídico, nada obsta a apropriação e alienação¹⁰⁰ de suas partes¹⁰¹. Muito antes pelo contrário: a doação de sangue e de órgãos é, inclusive, incentivada como um dever de solidariedade (CRFB, art. 199, § 4º), e, no

⁹⁶ “Nous sommes arrivés à une société qui organise de manière rationnelle le commerce du corps humain”. Marie-Angèle HERMITTE, “Le corps hors du commerce, hors du marché”, p. 323.

⁹⁷ “La gêne venant plutôt de la difficulté d’échapper au constat final selon lequel le corps humain est devenu, pour de motifs généralement respectables, une matière première ou un outil de production”. Marie-Angèle HERMITTE, op. cit., loc. cit.

⁹⁸ Segundo José Antônio Peres GEDIEL, em “Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano”, pp. 64-65, essa tendência se afirma desde o século XIX. Para Marie-Angèle HERMITTE, op. cit., p. 326, a primeira decisão nesse sentido foi prolatada pela Corte de Cassação francesa, em 27.06.1913. No entanto, ressalta, a doutrina francesa rechaça esse entendimento desde, pelo menos, 1933, quando da publicação do artigo de Andrée JACK, “Les conventions relatives à la personne physique” (op. cit., pp. 327 e ss.), persistindo, apenas, no que chama de “vulgata jurídica” (op. cit., p. 325).

⁹⁹ O Projeto do novo Código Civil, sabiamente, não traz um conceito de bem fora do comércio. Se algo é insuscetível de apropriação, é juridicamente irrelevante. Se tudo o que não é expressamente considerado pelo ordenamento jurídico como inalienável pode ser alienado, não há porque fazer constar isso do Código. O art. 69 é, por isso, perfeitamente inútil.

¹⁰⁰ Define Augusto TELXEIRA DE FREITAS, em Vocabulário Jurídico, alienação como sendo “troca de título por causa”, ou seja, a alienação não tem, necessariamente, caráter oneroso.

¹⁰¹ A esse respeito, diz Clóvis BEVILÁQUA, na sua *Theoria Geral do Direito Civil*, pp. 267-268: “Assim é que o homem tem a posse do próprio corpo, mas não pôde validamente dispor de uma parte d’ele, (...) nem da própria vida. Pôde, entretanto, alienar aquillo que deixou de ser parte de seu organismo vivo, como, por exemplo, os cabellos”. Escrivendo bem antes da era dos transplantes, não podia nosso jurista pensar em exemplo menos singelo.

último caso, obrigatória salvo disposição em contrário, por força da Lei federal n. 9434/97. Tornar o corpo humano indisponível equivaleria, por exemplo, a negar a legalidade da cirurgia plástica, uma vez que não se pode, no caso das intervenções cirúrgicas de finalidade exclusivamente estética, concluir por um “estado de necessidade” que justificasse a violação de um “direito-dever” à integridade física. Por isso, “mesmo que pudéssemos encontrar um princípio de indisponibilidade do corpo humano, é provável que ele não servisse de grande coisa”¹⁰²; sendo um dado social, o Direito não pode negar a realidade.

Recentemente, como vimos na análise da jurisprudência francesa, tem-se buscado esse princípio de indisponibilidade do corpo humano na teia de direitos formativos da dignidade humana, uma vez que a integridade física é um dos mais importantes desses princípios. Conforme ressalta GEDIÉL, referindo-se à tecnociência, “o acesso e o uso de dados genéticos humanos, para fins de pesquisa e aplicação terapêutica, exigem, portanto, a revisão preliminar dos conceitos jurídicos clássicos, pessoa, coisa e propriedade, cuja análise se radica na formação do Direito Moderno e compreende, também, as noções jurídicas de indissociabilidade entre o sujeito e seu corpo, garantia de dignidade essencial da pessoa humana e autonomia corporal”¹⁰³.

A citação supra-referida chama a aten-

ção para um outro aspecto capital de nosso tema: a importância que teve a “lógica proprietária” na formação e na compreensão que os juristas têm da personalidade. Conforme ressalta MOULY, “o direito de propriedade foi (...) transposto das coisas (seu domínio natural) para as pessoas, para o seu estado civil, para a sua imagem, para as criações intelectuais”¹⁰⁴. O que faz com que a superação do conceito clássico de propriedade, fundado sobre a propriedade fundiária, dando lugar à idéia de que existem múltiplos tipos de propriedade¹⁰⁵, a alteração daquilo que GROSSI¹⁰⁶ denomina como sendo a nossa “mentalidade proprietária”, seja fundamental para uma correta compreensão das relações entre o homem e o seu corpo.

GEDIÉL ressalta que existem três diferentes formas de ver essas relações: a primeira delas considera homem e corpo como unidade indissociável; a segunda, tem o corpo como propriedade do sujeito; e a terceira corrobora essa relação de propriedade, considerando o corpo, no entanto, uma propriedade indisponível¹⁰⁷. Consoante todo o exposto até agora, a primeira dessas correntes parece ser a mais razoável. O corpo humano, enquanto suporte da pessoa, não pode ser considerado como propriedade dela. Por isso, a esfera da personalidade é claramente extra-patrimonial, não podendo ser alvo de limitação por parte do Estado, somente de tutela, sob pena de estar comprometido o direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade.

¹⁰² “Même si l’on avait pu trouver un principe d’indisponibilité du corps humain, il est probable qu’il n’aurait pas servi à grand chose”. Marie-Angèle HERMITTE, op. cit., p. 324.

¹⁰³ José Antônio Peres GEDIÉL, op. cit., p. 60.

¹⁰⁴ “Le droit de propriété fut (...) transposé des choses (son domaine naturel) aux personnes, à leur état civil, à leur image, à leurs créations intellectuelles”. Christian MOULY, “La propriété”, p. 475.

¹⁰⁵ Cf. Ana PRATA, A tutela constitucional da autonomia privada, p. 186.

¹⁰⁶ Cf. Paolo GROSSI, La propiedad y las propiedades: un analisis histórico, pp. 59 e ss.

¹⁰⁷ José Antônio Peres GEDIÉL, op. cit., p. 69.

Assim sendo, a decisão de patrimonializar ou não o próprio corpo diz respeito única e exclusivamente, desde que não atinja direitos de terceiros, ao livre arbítrio de cada um, no exercício de seu direito constitucional à autonomia. Por isso, contrariamente ao que versa o art. 11 do Projeto do novo Código Civil, o único tipo de limitação que pode ser dado a esse direito fundamental é o voluntário. Disso advém a inconstitucionalidade do dispositivo. Uma vez que o indivíduo tenha decidido pela patrimonialização de seu direito de personalidade, então pode, e deve, o Direito civil regulamentar o destino desse direito, tornado bem. É o que permite, dentro da visão plural de propriedade, propor, como faz HERMITTE, no artigo citado, a construção do conceito de “bem de origem e destinação humana”, que poderia ser positivamente considerado como “fora do mercado”¹⁰⁸, mas nunca fora do comércio.

Portanto, a dignidade humana não pode, de forma alguma, ser considerada como princípio de indisponibilização do corpo humano. Muito antes pelo contrário: é garante da liberdade de disposição. A necessidade de se regular o destino do direito patrimonializado é mais uma razão pela qual a normatização da patrimonialização dos direitos de personalidade é imperiosa.

CONCLUSÃO

O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do Direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, o é, também, do Direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre am-

bos: o vértice do Estado de Direito.

O seu reconhecimento, enquanto direito fundamental, leva à necessidade de questionamento de uma série de dogmas civilísticos, em especial aqueles que constituem seu núcleo central: a autonomia, os bens, o patrimônio, a pessoa e a propriedade. Leva, também, à necessidade de reconstrução do conceito de direito subjetivo, tema de extrema complexidade, e que não seria possível abordar neste texto, não podendo, no entanto, deixar de ser referido.

Porém, de suas relações com a autonomia e as teorias da pessoa e da personalidade, as quais foram abordadas com maior profundidade, pode-se, certamente, retirar algumas conclusões:

1. Os direitos da personalidade são direitos fundamentais do indivíduo, subsumidos no princípio da dignidade da pessoa humana, em si direito fundamental, e, devendo ser alvo da tutela do Estado, são campo de livre exercício da autonomia privada, dela constitutivo, não podendo ser limitados senão tendo em vista a salvaguarda de direitos de terceiros;
2. O respeito desses limites é condição *sine qua non* para a existência de um Estado democrático de Direito, e salvaguarda necessária ao totalitarismo;
3. Por essas razões, não pode o Estado determinar quaisquer padrões objetivos de exercício dos direitos da dignidade, através do estabelecimento de regras morais oficiais, sob pena de, por superposição do público ao privado, em nome do bem absoluto, conduzir ao terror totalitário;
4. Pode e deve o Direito, no entanto, regular a patrimonialização dos direitos de personalidade, indispensável que é à sociedade contemporânea.

¹⁰⁸ Para a autora, bem fora do mercado seria aquele que, estando no tráfego jurídico, não poderia ser alvo de alienação onerosa. Marie-Angèle HERMITTE, op. cit., p. 325.

BIBLIOGRAFIA

- ALPA, Guido. *Status e capacità: la costruzione giuridica delle differenze individuali*. Roma: Laterza, 1993.
- ALVES, Gláucia Corrêa Retamozo Barcellos. *Do nominalismo ao direito moderno: uma leitura de Michel Villey*. UFRGS/PPGD, Disciplina de Teoria Geral do Direito, monografia. Porto Alegre, 1999. datilografado.
- AUBRY ET RAU. *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. Paris: Marchal et Godde, 1917. tomo IX.
- ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Munique, 1999. datilografado.
- BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. *A descendência da dicotomia publicização do privado, publicização do público e a sua superação: a perspectiva de Ludwig Raiser*. PPGD/UFRGS, Disciplina de Teoria Geral do Direito Privado, monografia. Porto Alegre, 1999. datilografado.
- BETTI, Emilio. Storia e dogmatica del diritto. In: *Diritto, Metodo, Ermeneutica: scritti scelti a cura di Giuliano Crifò*. Milão: Giuffrè, 1991.
- BEVILÁQUA, Clóvis. *Em defesa do Projecto de Código Civil brasileiro*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1906.
- _____. *Theoria Geral do Direito Civil*. atualiz. Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1953.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na Ciência do Direito*. trad. Antônio Menezes Cordeiro. Coimbra: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Diritto Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.
- CARVALHO, Orlando de. Les droits de l'homme dans le Droit Civil portugais. In: *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n. XLIX, 1973, pp. 1-24.
- CORRÊA, André Rodrigues. *A obrigação como totalidade e como processo*. UFRGS/PPGD, disciplina de Teoria Geral do Direito Privado, monografia. Porto Alegre, 1997. datilografado.
- CORRÊA DE OLIVEIRA, José Lamartine. A teoria das pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas. Superção e permanência. In: SCHIPANI, Sandro, org. *Augusto Teixeira de Freitas e il Diritto Latinoamericano*. Pádua: CEDAM, 1988, pp. 347-370.
- CORTIANO JÚNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 31-56.
- CUNHA, Alexandre dos Santos. *A autonomia privada frente à dicotomia público vs. privado: algumas reflexões*. Monografia apresentada ao PPGD/UFRGS, quando do exame de seleção para ingresso em 1999. Porto Alegre, 1998. datilografado.
- _____. A teoria das pessoas de Teixeira de Freitas entre individualismo e humanismo. In: *Anais do VI Congresso Brasileiro de Filosofia*. São Paulo: Instituto Brasileiro de Filosofia, no prelo; Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, n.18. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- DWORKIN, Ronald. *Taking rights seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.
- GEDIEL, José Antônio Peres. Tecnociência, dissociação e patrimonialização jurídica do corpo humano. In: FACHIN, Luiz Edson. *Repensando os fundamentos do Direito Civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 57-86.
- GOMES, Orlando. Raízes históricas e sociológicas do Código Civil brasileiro. In: *Revista da AJURIS*, n. 9, 1979.
- GROSSI, Paolo. *La propiedad y las propiedades: un analisis histórico*. trad. Angel M. López y Lopez. Madri: Civitas, 1992.
- HABA, Enrique P. Droits de l'homme, concepts mouvants, idéologies. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 29, 1984, pp. 323-340.
- _____. Droits de l'homme, libertés individuelles et rationalité juridique. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 25, 1980, pp. 325-344.
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho Civil*. trad. Pablo Salvador Coderch. Barcelona: Ariel, 1987.
- HERMITTE, Marie-Angèle. Le corps hors du commerce, hors du marché. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 33, 1988.
- HESSE, Konrad. *Derecho Constitucional y Derecho Privado*. trad. Ignacio Gutiérrez y Gutiérrez. Madri: Civitas, 1995.
- HITLER, Adolf. *Minha luta*. trad. não indicado. São Paulo: Moraes, 1983.
- HUSSON, Léon. Droits de l'homme et droits subjectifs. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 26, 1981, pp. 345-380.
- KANT, Immanuel. *Métaphysique des moeurs*. trad. Alain Renaut. Paris: GF-Flammarion, 1994.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos Direitos Humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo, Companhia das Letras, 1998.
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil: parte general*. trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madri: Editorial Revista de Derecho Privado/EDERSA, 1978.
- _____. *Derecho justo: fundamentos de ética jurídica*. trad. Luis Díez-Picazo. Madri: Civitas, 1993.
- _____. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. trad. Marcelino Rodríguez Molinero. Barcelona: Ariel, 1994.
- _____. Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe. In: AA.VV., *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft*. Berlim: Junker und Dünnhaupt, 1934.
- LA TORRE, Massimo. *Nostalgia for the homogeneous community: Karl Larenz and the National-socialist theory of contract*. Florença: European University Institute Working Papers in Law, 1990.
- LOCKE, John. *Two treatises of government*. org. Peter Laslett. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
- MACPHERSON, C. B. *A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes a Locke*. trad. Nelson Dantas. São Paulo: Paz e Terra, 1979.
- MESSINETTI, Davide. Personalità (diritti della). In: *Enciclopedia Giuridica Giuffrè*. Milão: Giuffrè, 1984. verbete.
- MOULY, Christian. La propriété. In: CABRILLAC, Rémy et allii, orgs. *Droits et libertés fondamentaux*. Paris: Dalloz, 1997, pp. 475-491.
- NEGREIROS, Teresa. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- OPPETIT, Bruno. *Philosophie du Droit*. Paris: Dalloz, 1999.
- PAVIA, Marie-Luce. Le principe de dignité de la personne humaine: un nouveau principe constitutionnel. In: CABRILLAC, Rémy et allii, orgs. *Droits et libertés fondamentaux*. Paris: Dalloz, 1997, pp. 99-114.
- PÉRSICO, Adriana Rodríguez. Intelectuales hoy: ni anfitriones ni turistas. In: ANTELO, Raúl et allii, orgs. *Declínio da arte, ascensão da cultura*. Florianópolis: ABRALIC/Letras Contemporâneas, 1998.
- PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra: Almedina, 1982.
- RAISER, Ludwig. *Il compito del diritto privato*. trad. Marta Graziadei. Milão: Giuffrè, 1990.
- REICH, Norbert. *Mercado y Derecho*. trad. Antoni Font. Barcelona: Ariel, 1985.
- ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne humaine*. Paris: Montchrestien, 1998.
- SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. atualiz. José Serpa Santa Maria. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996, vol. VI.
- SÈVE, René. Déterminations philosophiques d'une théorie juridique: la théorie du patrimoine d'Aubry et Rau. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 24, 1979, pp. 247-258.
- TEIXEIRA DE FREITAS, Augusto. *Esboço*. Brasília: EdUnB/Ministério da Justiça, 1982. 2 volumes.
- _____. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Garnier, 1883.
- VARELA, Laura Beck. *Posse, conceito unitário, entre abstração e autonomia*. UFRGS/PPGD, Disciplina de Teoria Geral do Direito Privado, monografia. Porto Alegre, 1999. datilografado.
- VILLEY, Michel. La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'Occam. In: *Archives de Philosophie du Droit*, n. 9, 1964.

Imprensa e Violência Carioca¹

Bernardo M. Gomes Carneiro

Estudante de Jornalismo - UFRJ

INTRODUÇÃO

Vivendo-se em uma época na qual a violência está por toda a parte e já virou assunto cotidiano nas grandes cidades, muitas vezes não se consegue distinguir o importante papel da mídia na construção dessa realidade. A todo momento a TV, o cinema, os jornais e a música bombardeiam o público com manifestações ou interpretações da agressividade e do crime. Deve-se questionar qual é a verdadeira intenção mediática em fazer da violência o alvo de vários de seus veículos.

É fato que os índices de violência de um centro urbano populoso como o Rio de Janeiro atingem patamares bastante altos. A violência é, com certeza, um dos problemas sociais mais complexos e suas causas englobam inúmeros fatores, dentre eles a má distribuição de renda, a falta de políticas públicas eficientes de combate à violência, os resquícios de autoritarismo na polícia, etc.

Pois bem, independente dos índices de violência, podemos identificar ao longo da história certos momentos em que a mídia coloca a discussão sobre a questão da violência em foco. A abertura política da ditadura foi um destes

momentos². A partir de então a discussão sobre a violência vem se alternando na mídia de maneira mais ou menos intensa. No contexto político atual, podemos destacar uma intensificação desta discussão. Entretanto, sempre que a discussão sobre violência aparece na mídia ela é feita de maneira superficial, sem que se vá a fundo nas questões mais importantes.

As questões que consideramos relevantes e que consideramos serem ignoradas de certa forma pela mídia são, por exemplo, as práticas autoritárias das instituições policiais, o preconceito, a hierarquização da sociedade³. A função ainda política da polícia pouco é discutida.

Outro elemento da superficialidade desta discussão é a maneira como a mídia espetaculariza a violência. Seja de forma explícita, como é o caso do jornalismo (impresso ou televisivo) sensacionalista; seja de forma maquiada, como no caso do jornalismo dito sério. Faremos uma breve diferenciação entre o jornalismo sensacionalista e o jornalismo chamado sério ou tradicional.

Conseqüência direta da superexposição da violência pelo jornalismo sensacionalistas é a desrealização dos fatos por parte dos leitores

¹ A direção da revista decidiu publicar este artigo, considerando seu profundo conteúdo social e jornalístico e conseqüente vínculo à área jurídica.

² CERQUEIRA FILHO, Gisálio & NEDER, Gizlene. "A violência na boca do povo"

³ Tratada na perspectiva de pensadores como o antropólogo Roberto da Matta.

ou espectadores, ou seja, passa-se a confundir o que é real e o que é imagem mesmo tratando-se de notícias da cidade em que se vive. A cena reportada de violência deixa de produzir emoção, torna-se simplesmente mais um caso sangrento, quase como uma cena de cinema. A mídia, em geral, consegue muitas vezes coincidir real e imagem. Contudo, dentro da imprensa, tal poder não é saudável, pois limita a veracidade do jornalismo apresentado. Portanto, a abordagem da violência como espetáculo contínuo por certos veículos pode parecer “bom negócio” para aqueles que optam por um jornalismo sensacionalista, mas é extremamente prejudicial para a clara compreensão social da criminalidade.

Já na mídia tradicional (ou “não-sensacionalista”) o que marca o tratamento dado à violência, ao contrário do “voyerismo coletivo” visto anteriormente, é a manipulação dissimulada da notícia. De forma muito mais discreta que nos veículos já citados, estes setores da mídia utilizam-se de recursos como localização e disposição da material para dar o destaque desejado, segundo seus respectivos padrões, à questão da criminalidade. Cada uma das reportagens vem permeada de sentidos fora da própria notícia coerentes à ideologia do meio de comunicação no qual foi veiculado. A fotografia que acompanha a notícia, o ângulo em que esta foi clicada, o que se escreve nas legendas, a sessão em que foi posta a notícia, tudo pode, e é, manipulado para transmitir-se a idéia exata que se deseja de determinado assunto, principalmente se ele abordar a violência urbana. O mesmo ocorre com os diferentes ângulos de câmera, as formas de editar, os depoimentos favoráveis, quando falamos do jornalismo televisivo.

A espetacularização envolve, portanto, inúmeros fatores. Os mais evidentes são a criação de uma atmosfera maniqueísta (através da construção de uma figura do Outro, representa-

do pelo criminoso) e a ocultação de uma discussão sobre as raízes do problema. O que queremos dizer é que através desta espetacularização a mídia evita discutir, focar as raízes mais profundas do problema da violência. Ela não coloca o porquê de um ser humano agir violentamente. A violência é, na maioria das vezes, tratada como uma prática comum ao Outro, ao marginal, àquele que é considerado excluído da sociedade. É como se a sociedade se dividisse claramente entre inocentes (refêns, por exemplo) e os diferentes, marginais (criminosos em potencial).

VIOLÊNCIA NA MÍDIA ATUAL

Muito se fala sobre a cobertura da violência na mídia, e da responsabilidade sobre a veiculação de notícias de guerra, crimes ou desastres. Mesmo tendo conhecimento da relação interesse popular (portanto audiência/vendas) x violência (sensacionalismo e explicitação), há quem se ofenda com fotografias mais explícitas que ao mesmo tempo juntam transeuntes curiosos nas bancas ou com notícias que assustam pela banalidade com que tratam o absurdo. E há quem culpe a mídia por alimentar o círculo vicioso de violência (imprensa ou filmada) gerando mais violência (a se filmar ou imprimir). Além de todos aqueles que vibram com a violência exposta e alimentam o número de leitores e espectadores chamados *voyeurs*.

Para discutir a responsabilidade da mídia ao tratar da violência, usar-se-á aqui dois discursos proferidos nos dias 12 e 13 de junho próximo passado no 53º Congresso Internacional de Jornais organizado pela WAN, no Hotel Intercontinental do Rio de Janeiro. As palestras foram proferidas pelo governador do Rio de Janeiro Anthony Garotinho e pelo presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O pronunciamento de Garotinho ocorreu ao mesmo tempo em que duas emissoras (Record e Globo

News) de TV transmitiam ao vivo o desenlace de um seqüestro a um ônibus no bairro do Jardim Botânico, zona sul do Rio. O de FHC se deu no dia seguinte, após repercussão midiática e popular, e após declarações do próprio presidente na noite do ocorrido.

Os dois defendem pontos que se chocam. Garotinho acusava a mídia de ter atração pela violência e tratar o assunto distorcendo os fatos. Durante a palestra *Uma visão oficial da violência - como a mídia deve cobrir a violência*, ele mostrou números oficiais e muitos sorrisos otimistas. A mídia através de destaques criaria insegurança na população. Qualquer lugar poderia esconder um criminoso que a polícia não teria capacidade de prender. O governador explicou o funcionamento do sistema policial e os bons resultados conseguidos. Não explicou porque em uma situação de seqüestro, o Bope (Batalhão de operações especiais, tropa de elite da PM) e não a DAS (Divisão Anti-Seqüestro) se encarregou de agir, no Jardim Botânico⁴.

Na verdade, o governador não tinha como explicar. O seqüestro acontecia ao mesmo tempo em que seu otimismo acusava a mídia brasileira de criar síndromes. Garotinho só tomou conhecimento da tragédia quando a palestra terminou. Com um sorriso desmanchado no rosto o radialista e político num primeiro momento disse que estava com a polícia, e que a situação se contornaria. Ao fim do seqüestro, ele elogiou a ação policial, apesar da morte de uma refém. Só depois de saber que os agentes de elite do Bope haviam asfixiado o criminoso, resolveu tomar providências e reconhecer o papel do trabalho dos jornalistas: cobrir os fatos, não encobri-los. Policiais foram afastados, investigações estão sendo feitas e acena-se com a possibilidade (de efeito duvidoso) de contar com as Forças Armadas nas ruas.

Anthony Garotinho escreveu um livro para a campanha ao governo do Rio de Janeiro. Contou com a colaboração de Professores Acadêmicos, entre eles Luís Eduardo Soares mais tarde secretário de segurança de seu governo, para tratar da violência. Produziu um retrato detalhado em cima de estatísticas para mostrar o quadro da violência no Rio de Janeiro, principalmente na capital. Percebe-se que a fatia maior da criminalidade fluminense e carioca não é noticiada: violência doméstica. A mídia, portanto não estaria interessada em publicar ações preventivas (poucas e insuficientes) policiais preferindo as grandes prisões que provocam a rotatividade de grandes traficantes no comando do crime, grandes sequestradores de quadrilhas que não se desmontam, etc.

E o livro aponta uma solução com criação do Consep - Conselho de Segurança Pública - para monitorar o funcionamento de todas as instituições de alguma forma ligadas ao combate ao crime e da restauração da credibilidade policial junto às comunidades de alta e baixa renda. Tanto se daria com mudanças de postura policial, proximidade de ação preventiva e combate ao pânico e medo com presença física além de sujeição à avaliações por líderes comunitários. Em um ano e meio de governo nada de efetivo foi produzido para o sucesso destes projetos. O seqüestro do 174 talvez tivesse outro fim com a ação dos homens treinados em negociação com criminosos do DAS. O Consep saberia indicá-los.

A palestra do presidente Fernando Henrique apontou para outra direção, com um tom de divisão de responsabilidades entre população, mídia e governo. FHC defendeu que a imprensa tem o dever de informar, portanto tornar de conhecimento público os acontecimentos sem se esconder ou sem criar uma situação. O sociólogo revelou que busca através de seu

⁴ KRAMER, Dora. “Erro de pessoa” in *Jornal do Brasil (coluna Coisas da política)*, 17/06/2000.

governo e de seus relacionamentos viabilizar a construção de 'espaços democráticos'⁵ no Brasil. Por isso participou da palestra *Democracia na Era Digital* (havia outros membros à mesa debatendo a liberdade de imprensa). Também por isso defendia o trabalho dos jornalistas que cobraram melhor performance das políticas de segurança e a presença de uma polícia preparada para lidar com incidentes de risco para a sociedade.

O presidente lembrou que a Internet traz um número maior de pessoas à democracia. A mídia, enquanto responsável pela formação de opiniões, deve ter liberdade de ação e só pode ser criticada através de seus meios/veículos. Qualquer outra forma de crítica ou retaliação fere o processo democrático. O papel da população é de regular a imprensa, e interagir no processo de tomar decisões. No que se entende hoje como democracia, a mídia desempenha a função de divulgar e revelar questões em debate para todos os grupos sociais interessados, a fim de abranger a troca de idéias. Com a Internet, esse processo se abre ainda mais atravessando barreiras geográficas. Na nova ordem mundial, uma ditadura com controle de informações fura a lógica social. A imprensa (livre) fundamenta a democracia moderna.

A violência, portanto, precisa se noticiar para buscar a discussão da segurança pública, para avaliar questões sociológicas, psicológicas da contemporaneidade. Quando ela é simplesmente um atrativo com fins lucrativos, a sociedade deve reclamar através de outros meios de comunicação ou boicotar o produto. A publicidade influi também na produção e manutenção de programas jornalísticos (independente do meio) através de pesquisas que provam que a vinculação do produto com o teor e credibilidade das matérias pode não vender o produto. Isso já acontece: por exemplo, com a

reformulação recente do programa *Cidade Alerta* da TV Record, que viu-se obrigado a mudar o tom das notícias devido às quedas no índice de audiência. O programa continua 'popular', mas não utiliza mais a polícia como fonte e não permite mais que o apresentador Datena se exalte exigindo violência da polícia no combate ao crime. A mudança editorial de jornais como *O Dia* e mais recentemente *O Povo* reforça a tese.

Portanto, concluiu-se que a violência se encontra na mídia por necessidade (vivemos em uma democracia, ou pelo menos em busca de), mas que existem formas de abordagem melhores que outras. O sensacionalismo da violência não possui público fiel, então os veículos que escolhem adotá-lo acabam, com o tempo, tendo que mudar a linha editorial para se consolidar. E mesmo veículos já consolidados cometem erros. Analisar-se-á a seguir o caso Rodney King, ocorrido nos EUA, provocador de uma série de mudanças na cobertura jornalística americana e o caso recente do seqüestro do ônibus 174 no Rio de Janeiro, o primeiro com cobertura de um portal de Internet no país, e com diferentes coberturas por parte de um canal de TV aberta e um de TV a cabo. A Rede Globo optou por não cobrir o incidente ao vivo, apenas com plantões, para não mostrar um assassinato ao vivo em rede nacional, seguindo um diretor de jornalismo da emissora.

Rodney King

Através de uma câmera amadora, a população dos Estados Unidos tomou conhecimento em 1992 de um espancamento nas ruas de Los Angeles. Policiais brancos usavam de forte violência física contra um jovem negro, Rodney King. O vídeo amador, produzido por um cidadão comum, foi entregue a uma estação local que transmitiu as imagens,

retransmitidas por outras emissoras repetidamente. Inclusive a CNN teve acesso às imagens - tornando-as internacionais.

A situação foi muito explorada pelos meios de comunicação: um negro agredido covardemente por policiais brancos. O chefe de polícia de LA tinha grande popularidade e prestígio político. Tratava-se de uma grande situação para o trabalho da mídia, e para as finanças das empresas de comunicação.

No início, a repetição do vídeo e as cobranças faziam sentido, possuíam um propósito. No entanto, o discurso que se formou para tratar da questão R.King começou a ganhar ares de campanha contra a polícia de LA. Os jornais americanos criaram tensão na comunidade negra e passaram a pressionar autoridades policiais usando depoimentos muitas vezes desastrosos dos responsáveis.

Um caso que talvez não ganhasse repercussão ocorreu então em meio à situação, talvez em função do imaginário social de medo que se criou. Uma comerciante coreana atirou em uma menina negra de 15 anos, pensando que a menina tentava roubar alguma coisa. Condenada e julgada, a mulher recorreu e por não possuir antecedentes criminais e não representar ameaça à sociedade; ela teve a pena suspensa. Ela não foi para a cadeia, contrariando o veredicto das opiniões públicas e publicadas.

O resultado surgiu com revolta, principalmente por negros e jovens. Para complicar a situação, o julgamento dos policiais (a quem a mídia já condenara) concluiu que eles eram inocentes. Sob grande impacto, personalidades, políticos e líderes comunitários expuseram a insatisfação com a impunidade na mídia e inflaram a população a se posicionar diante do quadro produzido.

Em poucas horas as ruas ocuparam-se de distúrbios. À polícia não bastava acusar a mídia ou responsabilizar os quatro policiais envolvidos no espancamento do rapaz. O controle da situação se deu de forma muito problemática e difícil.

A análise dos fatos e da cobertura que receberam, mais tarde, apontou erros de todas as partes. A mídia agiu irresponsavelmente incitando manifestações populares e até fazendo emissões ao vivo de áreas sem policiamento, convocando (mesmo que involuntariamente) criminosos a agir livremente sem a presença do Estado e da lei. No entanto, contrastando as imagens de televisão e as fotografias de mídia impressa com os dados policiais, percebe-se que houve desvios. A polícia e a imprensa trataram dos distúrbios como sendo provocados unicamente por revolta à impunidade e à postura policial em relação aos negros. E as imagens mostram que os distúrbios com saques ocorreram no primeiro dia em bairros de classe média não necessariamente negra, em lojas de bebidas e cigarros. Só no segundo dia, depois de repercussão dos meios de comunicação, houve maior participação de latinos (classe mais pobre) e saques indiscriminados: maior tumulto. Portanto, a revolta da comunidade negra proporcionou distúrbios, mas não a maioria nem os primeiros. Rodney King não era a motivação dos tumultos.

Seqüestro ao 174

Já o caso da transmissão do seqüestro ao ônibus da linha 174 (Gávea-Central) feito por canais de televisão aberta e por assinatura. E transmitido ao vivo. Todos aqueles que estavam de frente para um aparelho televisor na segunda dia 12 puderam acompanhar simultaneamente o drama vividos pelas pessoas que estavam no ônibus. Quem viu ao vivo na TV o ocorrido pôde, sem dúvida, imaginar-se naquela situação.

⁵ Termo cunhado por Habermas.

Um dia antes do incidente ocorrido na rua Jardim Botânico, vinte mulheres sofreram ataques sexuais de um grupo de setenta a oitenta homens, porto-riquenhos, comemorando o dia de Porto Rico no Central Park, em Nova Iorque⁶. A polícia, mesmo nas ruas devido às comemorações do dia, demorou três horas para socorrer as vítimas e intervir na situação de pânico que se criou no local. A notícia ganhou grande destaque no dia seguinte. Uma semana depois, ninguém falava do assunto.

O seqüestro promovido por Sandro do Nascimento, ganhou destaque durante mais de uma semana, provocou mudanças nas políticas de segurança pública do Estado e do país e gerou discussões que ainda não terminaram a propósito da situação atual de violência nas grandes cidades.

Para entender a diferença entre os dois casos, basta analisar o comportamento da mídia nos dois acontecimentos. No caso nova-iorquino, a imprensa não criou vínculos entre as vítimas e os receptores. Não havia entre as mulheres atacadas, pelo menos não na abordagem dos meios de comunicação, uma Geisa: moradora da favela, professora de criancinhas, nordestina, com sonhos de crescer na vida. A imprensa também não pôde criar um supervilão desvairado, já que além de muitos, os criminosos pertenciam a uma minoria social (imigrantes porto-riquenhos). Não se consideraram garotos de rua minoria por que eles não têm discurso próprio, não têm representantes com poder formador de opinião. Consideraram-se excluídos.

Assim, apenas o caso carioca possui importância para uma análise de comportamento da imprensa no julgamento de um acontecimento. O seqüestro do ônibus foi espetacularizado, ganhou um tratamento digno de filme. Na TV Record, a cobertura jornalística ganhou trilha

sonora. No portal da Internet *Globo.com* a chamada do vídeo confundia-se com um anúncio de 'próximas atrações' de *Tela Quente*: "Assista aqui cenas ao vivo do seqüestro do ônibus no Jardim Botânico". O uso da câmera de vídeo em *closes* lentos com narrativas às vezes em *off* carregadas de emoção e nervosismo provocava suspense no espectador. O interesse na busca pela informação, devido à concorrência entre canais de comunicação provocou ênfase na audiência, na geração de um entretenimento macabro para quem estivesse acompanhando os fatos torcendo contra o bandido por um desfecho feliz.

Assim, o que pode-se observar é uma espetacularização da violência por parte da mídia. Esta espetacularização contribui com a superficialidade da discussão sobre violência promovida pela mídia, já anteriormente remarcada. Por exemplo, não se viu na mídia uma discussão sobre as condições sociais que levam uma pessoa a agir com Sandro do Nascimento agiu. Ao contrário, o que se viu foi uma insistência no ponto da estrutura policial (não menos válido).

E esta insistência também dá ao assunto um tratamento superficial, uma vez que deixa de lado várias outras questões talvez até mais importantes, tais como a falta de uma formação humana da polícia e o continuísmo de certas práticas do autoritarismo político. Quanto à formação humana, esta era essencial no caso do seqüestro, uma vez que a polícia militar não conta com negociadores especializados. Quanto às práticas do autoritarismo político, o melhor exemplo foi o assassinato de Sandro por parte dos policiais. Os policiais atuam como se eles ainda – isto porque na época da ditadura militar, o Bope atuava realmente acima da lei – estivessem a cima da lei.

⁶ *Estupro Coletivo*, in *Revista Istoé* nº1603 21/jun/2000. Pg.111 - Osmar Freitas Jr

A função política da polícia fica clara nesta situação. Ela não atua como mantenedora da segurança dos cidadãos. Sua função maior é manter o crime longe de bairros como o Jardim Botânico (onde, como já dissemos, o crime é uma anomalia). Mais do que isto, a polícia deve neutralizar os sujeitos capazes de gerar o crime, os considerados marginais. Isto abre precedentes para o preconceito e demonstra o autoritarismo que paira sobre nossa sociedade. Voltemos à questão do espetáculo jornalístico. O professor de Semiologia Umberto Eco descreve desta forma a estrutura desta espetacularização:

E os diários? Para se tornarem semanais aumentam o número de páginas, para aumentá-lo lutam por publicidade, para ter publicidade aumentam ainda mais as páginas e inventam suplementos, para ocupar todas essas páginas são obrigados a contar alguma coisa, para inventar algo devem ir além da notícia seca (que, aliás, já foi dada pela televisão) e, portanto, "semanalizam-se" cada vez mais e têm que inventar notícia, e transformar em notícia o que não é notícia⁷.

Pois bem, de uma maneira ou de outra, o caso do ônibus 174 é notícia. Por que? Isto envolve muitos fatores, que vão desde o fato de o caso ter ocorrido no Jardim Botânico, bairro de classe média-alta do Rio de Janeiro, até a curiosidade do público quanto ao desfecho do ocorrido.

Quanto ao local em que ocorreu o seqüestro, há ainda algumas considerações a fazer. Basicamente, são três os motivos que fazem a notícia merecer maior repercussão nos meios de comunicação. Primeiramente, ele ocorreu num bairro rico, de classe-média alta. Isto influi muito, ainda mais se levarmos em conta a forte hierarquização da sociedade brasileira. Esta

hierarquização faz com que os bairros onde moram as classes mais altas tornem-se "mundos à parte", onde o crime é considerado uma anomalia – diferentemente dos bairros mais pobres, onde o crime é uma normalidade.

O segundo motivo pelo qual o seqüestro ganha repercussão é de cunho geográfico. O Jardim Botânico é um dos muitos bairros no Rio que são chamados de bairros de passagem – e dentre estes bairros ele certamente ocupa destaque por ser a passagem das camadas mais altas da sociedade. Ora, o ocorrido na rua Jardim Botânico causou, como se viu, um grande caos no trânsito, ou seja, na circulação da área, atrapalhando a vida de muita gente – em sua maioria de classe média para cima – e aumentando a repercussão do caso.

O terceiro motivo para a grande repercussão que vamos ressaltar é menos evidente, mas ainda assim tem sua importância. O seqüestro ocorreu quase em frente do prédio das Organizações Globo, a maior empresa de mídia do país. Ou seja, para que este caso de violência fosse flagrado ao vivo, bastava aos cinegrafistas que descessem do prédio munidos de câmeras.

VIOLÊNCIA E SEGURANÇA PÚBLICA

A sociedade brasileira vive hoje dramático dilema: confia cada vez menos nos organismos policiais encarregados de protegê-la e, ao mesmo tempo, se sente cada vez mais ameaçada pela delinqüência urbana. Recentes episódios têm mostrado para milhões de telespectadores o que as pesquisas públicas já expressavam em números: menos de 10% da população confia na polícia.

As filmagens de espancamentos, mortes e humilhações indignam o país, onde existe o

⁷ Eco, Umberto. *A Ideologia do Espetáculo*, in *Sobre a Imprensa*, do livro *Cinco Escritos* Morais

consenso de que tais incidentes são rotineiros nos bairros pobres.

O problema é mais crítico num contexto em que a opinião pública reclama mais segurança contra a delinquência alimentada pela miséria, enquanto os governos contam com recursos cada vez menores.

Várias pesquisas são feitas, principalmente em cidades como o Rio de Janeiro e São Paulo, e revelam que mais de 70% dos entrevistados têm medo de ser assaltados, mas mais de 60% não avisariam a polícia se fossem, por temer serem presos. Conclusão: o povo não só tem medo de ladrão como de polícia também.

O porquê desse medo vem das mortes causadas pela polícia civil e militar, várias delas ocorrendo em casos de resistência a prisão e outras com direito a torturas.

Boa parte desses homicídios não acontece por acidente, em caso de legítima defesa ou em situação de enfrentamento, como depois aparece nos relatórios policiais, mas faz parte de uma estratégia ou método de "controle da criminalidade" adotado pelos nossos órgãos de segurança. Tanto é que, nos ditos confrontos, o número de mortos ou feridos entre os civis é cerca de dezesseis vezes maior do que as baixas policiais.

O pior é que nem todos os cidadãos mortos cometeram algum delito. Ao contrário, em sua maioria, estavam apenas tentando, e, em alguns casos, foram só considerados suspeitos em função da postura ou da aparência. Nesse último caso, as classes despossuídas e os negros são as maiores vítimas, já que fazem parte do segmento da população considerado criminalizável.

Surpreendentemente, num país que carrega os rótulos de bagunçado e desordeiro, a

cada dia cresce a eficiência do "crime organizado", ou seja, atividades de grupos com determinado grau de organização, especialização, tecnologia e poder ligados ao tráfico de drogas, jogo de bicho, roubo de carros, furto de armas, falsificação de documentos, tortura, assassinatos e desaparecimento de cadáveres.

Esse crime vem se apresentando como um fato tanto mais sério quanto mais se tem revelado, em seu meio, a participação de delegados, investigadores, escrivães de polícia e guardas de presídio, envolvidos também com os chamados "crime de aluguel", quando então se associam a criminosos comuns e matadores profissionais e cometem assassinatos em troca de dinheiro.

Nos meios de comunicação nem sempre se dá o devido destaque ao fato, aparecendo em primeiro plano os subordinados e testas-de-ferro civis mais do que os mandantes ou chefes policiais.

A população dos morros, em muitas ocasiões, vem se colocando mais favoravelmente ao lado dos marginais porque deles recebem benfeitorias, transportes em caso de emergência, apoio financeiro e, até mesmo (e isso mais parece ironia), proteção contra os policiais. Estes sim, muitas vezes, são vistos como inimigos.

"A alegação dos policiais é de que o disparo foi feito durante a perseguição. A família sustenta que houve execução". Notícias como essa tornaram-se frequentes nos jornais de hoje. É a palavra de uns contra a dos outros. Mas aqui vigora a lei da PM.

A impunidade tem se tornado uma regra ditada pelos policiais. Os inquéritos são feitos pelos próprios oficiais militares. É comum que as provas recolhidas sejam arquivadas, invalidadas ou desfiguradas. Há casos de PMs, que, quando foram conde-

nados já nem estavam mais vivos e outros em que os crimes acabaram prescrevendo e os acusados não puderam mais ser julgados. A inexistência de critérios rígidos de punição e a falta de controle sobre a tropa dão margem aos atos de corrupção e violência que colocam em xeque o atual modelo de polícia militar. Os crimes praticados por esses policiais são os mesmos cometidos por bandidos comuns. Para eles, boa parte da PM reclama a pena de morte. No entanto, quando os bandidos usam farda como manto passam a ser criminosos privilegiados.

As vítimas dessa polícia bandida são em sua grande maioria pessoas pobres. E os crimes têm como cúmplices a omissão da sociedade. Não chocam mais ninguém e as próprias famílias geralmente acabam aceitando o fato como o preço a pagar por viverem num país onde a falta de justiça parece crescer a cada dia.

As PMs são hoje forças autônomas, fora do controle dos governadores. Inquéritos são conduzidos para não dar em nada. Reconhecimentos são feitos sem qualquer proteção às vítimas.

Com a autoridade de quem já comandou os policiais, o ex-secretário de Segurança de São Paulo, Antônio Cláudio Mariz de Oliveira afirma que o problema reside no fato de a PM ser uma força incontrolável. "A Polícia Militar é um estado dentro do Estado".

O poder da PM é incontestável. Sabe-se que a corporação mantém um serviço secreto, a chamada P-2, que funciona como uma espécie de SNI. Mas a P-2 nunca divulga o que descobre a respeito da própria PM. As informações acumuladas pelo serviço secreto da Polícia Militar acabam se traduzindo em poder político.

Uma parte considerável das vítimas dos delitos não denuncia os policiais e, quando o faz, se arrepende por causa do tempo perdido e dos inconvenientes que a denúncia acarreta.

São comuns depoimentos como esses: "Desde que fiz a denúncia passei a ser ameaçada. Vivo com medo."; "Apanhei e agora não me sinto seguro sequer para dizer quem me bateu"; "A última coisa que um cidadão deseja é chamar a polícia, pois sabe que com ela chega também a insegurança".

Cenas de violência policial têm sido exibidas cada vez com mais frequência na tela de tevê comovendo os telespectadores. Muitas vezes que defendiam com veemência a truculência policial passaram a mostrar indignação com as barbáries cometidas por policiais e quebrar períodos de silêncio.

E para encorajar essas vozes, os meios de comunicação têm possibilitado que a população denuncie. Alguns mecanismos como o "Disque Denúncia" estão sendo criados e postos em prática. Através deles, as pessoas estão tendo a possibilidade de telefonarem denunciando suspeitos sem correrem o risco de serem identificadas. Além disso, propagandas estão sendo anunciadas o tempo todo pela mídia incentivando as denúncias.

Diante de tantas denúncias, o governo vê-se obrigado a tomar providências e apressar respostas à opinião pública. Várias questões já foram levantadas como: aumento de salários, integração da polícia com cada bairro, policiamento nas ruas, desarmamento policial, melhor formação dos policiais, desmilitarização da PM, julgamentos na justiça comum... Todos acham que a polícia deve mudar, mas não tem sido fácil chegar a um consenso sobre como torná-la eficiente e civilizada.

VIOLÊNCIA E IMAGINÁRIO SOCIAL

A violência está presente de maneira significativa no imaginário social da população brasileira, desconstruindo a falsa idéia de que o Brasil seria um país “pacífico por natureza”. No interior do jogo social, a violência é praticada de forma bruta, gerando o caos ao qual geralmente é associada a criminalidade.

Pelo menos três modulações da violência encontram lugar no imaginário social. A primeira destas modulações seria a violência, normalmente ignorada, dos poderes instituídos com base legitimada. Ela é a mais constante e, ao mesmo tempo, a menos visível. A Segunda modulação é a violência vista como perspectiva de perpetuação de algum fator social. Sob tal ótica, sua base é normativa e estruturadora, procurando garantir a sobrevivência de determinada ordem ou estrutura social. Ocorre também, a modulação “moralista” da violência, a qual é fundamentada na destruição, o que faz com que ela seja apontada como a catalisadora da criminalidade social. Geralmente, esta é a visão de violência a qual impera no imaginário social e é associada a pobreza.

Uma visão mais positivista da violência, no sentido de construir novos sentidos de alteridade, parece ainda estar adormecida no imaginário dos atores sociais brasileiros. Uma leitura a qual apontasse para a associação da violência à conflitos traria novos sentidos, - significados renovando assim, o imaginário social. Isto incitaria o desenvolvimento de um maior crivo crítico, por parte dos atores sociais em questão, a fim de não mais aceitar a estilização, especialmente a midiática, a qual a violência é submetida.

É interessante perceber que ao associar a violência à pobreza, uma grande parcela da população brasileira a realiza como algo pelo qual não se sente responsável, no sentido de

sentir-se culpada. Desta forma, assume o confortante papel de vítimas.

Tal parcela da população, a qual não se encaixa no perfil da pobreza, possui no imaginário coletivo a premissa de que a sociedade moderna contemporânea está calcada no mito de que somos uma sociedade pacífica. A violência é por eles enxergada com um sentido negativo, de destruição, responsável pela deturpação desta sociedade, na qual impera a paz. É necessário ressaltar que nesta visão a violência é aprendida em sua modulação mais banalizada, na qual a luta é pensada como uma fato prejudicial a sociedade, quando esta luta é o fundamento de qualquer relação social. A violência “destrutiva” é a manifestação da afirmação individual no imaginário coletivo.

Cabe, então, a pergunta: como teria se formado este imaginário social coletivo sobre a violência? A ênfase da cobertura mediática de seus episódios somada ao intenso debate sobre a natureza e as conseqüências deste aumento teriam gerado um excesso de tematização o qual teve o efeito de construir o citado imaginário.

CONCLUSÃO

Daí, o que se pode concluir é que a problemática da violência é algo muito mais complexo. O tratamento dado pela mídia à questão geralmente faz vista grossa a esta complexidade. A violência é algo tratado como uma simples questão de repressão, uma simples questão de polícia. Quando na verdade estamos lidando com algo muito mais profundo, que envolve questões políticas, de intolerância e preconceito, de estrutura social.

Quanto às políticas de combate à violência e à criminalidade, devemos sempre ressaltar a importância do papel da mídia neste processo. A mídia deve unir a sociedade em

torno de políticas que atuem mais fundo na reestruturação das polícias, que devem ter seu papel político debatido sem tabus para que possamos construir uma nova polícia e um novo aparelho judicial. Estas reestruturações são essenciais para que a sociedade brasileira dê um passo em direção de uma cidadania mais completa. Enquanto antigas práticas políticas de privilégios e hierarquias forem mantidas em nossa sociedade, o combate à violência e aos demais problemas sociais será complicado.

É também essencial que façamos reestruturações quanto à forma como a violência é tratada, não somente na mídia, mas em nossa sociedade com um todo. Historicamente, a sociedade brasileira tem uma tendência a se ver como um povo pacífico. Ultimamente – sem dúvida devido, em grande parte, a influência da mídia – a sociedade brasileira tem se visto como uma das mais violentas do mundo. A violência, com certeza, está na ordem do dia.

Esta mudança na maneira de se olhar dá a impressão de que a violência é um fenômeno recente, coisa dos dias de hoje. Este mito deve ser dissolvido. Por isto nossa sociedade precisa fazer também um reexame histórico, com a participação ativa da mídia, onde possamos buscar as raízes que moldaram nossa estrutura social atual. Precisamos mesmo fazer um exame de consciência que traga à tona todo o sangue derramado em vão em nossa violenta história.

Infelizmente, perdeu-se recentemente uma grande oportunidade de se fazer este reexame. O tratamento dado pela mídia ao aniversário de 500 anos do descobrimento do Brasil foi péssimo. Resolveu-se comemorar algo que nada tem de positivo. A mídia não abriu espaço algum para um discurso capaz de criticar esta posição, um discurso que demonstrasse todas as marcas violentas da dominação portuguesa que restam até os dias de hoje.

Cabe a nós ter a esperança de que num futuro não muito longínquo estas questões possam todas ser repensadas em conjunto. Só assim seremos capazes de construir uma sociedade realmente nova, onde finalmente poderemos implementar o tal do Estado democrático de direito, que infelizmente hoje está só na teoria. Tais processos são fundamentais para que o combate à violência seja feito de uma maneira séria e para o benefício de todos.

BIBLIOGRAFIA

- CERQUEIRA, Carlos Magno Nazareth. “O Comandante de uma Polícia Brasileira” in *Mídia & violência urbana*. Rio de Janeiro, FAPERJ, 1994.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio & NEDER, Gizlene. “A violência na boca do povo” in *Direito e Avesso*. Ano II, nº 3, Brasília, Edições Nair, janeiro/julho 1983.
- CERQUEIRA FILHO, Gisálio. “Estado de (in)segurança” in *Folha de São Paulo*, 20 de setembro de 1981.
- “Violência fora do vídeo” in *Folha de São Paulo*, 16 de agosto de 1981.
- ECO, Umberto. *Cinco Escritos Morais*. Rio de Janeiro, Ed. Record, 1998.
- FAUSTO NETO, Antônio. “Mídia tribunal - A construção discursiva da violência: o caso do Rio de Janeiro”.
- GAROTINHO, Anthony. *Violência e Criminalidade no Estado do Rio de Janeiro - Diagnóstico e propostas para uma política democrática de segurança pública*. Rio de Janeiro. Ed Hama. 1998
- GASCON, David. “A Polícia de Los Angeles e os Distúrbios de Rua” in *Mídia & violência urbana*, ibidem.

MEFFESOLI, Michel. *A dinâmica da violência*. São Paulo, Vértice, 1987.

MOTTA, Dilson & MISSE, Michel. *Crime: o social pela culatra*. Rio de Janeiro, Achiamé, 1979.

RONDELLI, Elizabeth. "As imagens da violência"

KRAMER, Dora. "Erro de pessoa" in *Jornal do Brasil* (coluna *Coisas da política*). 17/06/2000.

Revista Veja. São Paulo, Abril. Número 1654 – 21 de junho de 2000.

Revista Istoé. São Paulo, editora Três. Número 1603 – 21 de junho de 2000.

WWW.GLOBO.COM do dia 12 de junho de 2000.

OUTRAS FONTES

ABREU, Patrícia de. "Ver para crer" in *Jornal do Brasil* (coluna *Âncora*). 16/06/2000.

Discursos de Anthony Garotinho e Fernando Henrique Cardoso no 53. Congresso de Jornais, realizado no Rio de Janeiro entre 10 e 14 de junho de 2000.

O Projeto que Institui o Novo Código Civil Brasileiro

Carlos Silveira Noronha

Professor Titular de Direito Civil da UFRGS

Doutor em Direito pela USP

Transcorridos mais de três séculos de vigência, no Brasil, das Ordenações Filipinas, promulgadas pelo Reino de Portugal em 1.603, os estudos para a edição de uma codificação nacional própria, destinada a reger as relações civis, tiveram início com o anteprojeto Teixeira de Freitas a cerca de cento e cinquenta anos, em 1859. Sucederam-no mais quatro tentativas de codificação (Nabuco de Araújo, em 1872; Felício dos Santos, em 1881; Coelho Rodrigues, em 1893), que desaguarão no anteprojeto Clóvis Beviláqua, editando-se, com a aprovação deste, o atual Código, com a Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, que vem regendo a vida da Nação a partir de 1º de janeiro de 1.917.

Embora sem seguir exatamente a sua estrutura sistemática, a codificação civil moderna que mais influenciou o primeiro estatuto nacional foi a inaugurada com o Código Napoleão, de 1.804. O Código Civil Brasileiro de 1.916, tem sua estrutura sistemática composta de uma Parte Geral, dividida em três livros (pessoas, bens e fatos jurídicos) e de uma Parte Especial, dividida em quatro Livros (na seqüência, Direitos de Família, das Coisas, das Obrigações e das Sucessões). Este notável documento jurídico, complementado e modificado por uma abundante legislação extravagante, regeu com plena eficácia e proficiência as relações privadas dos súditos da Nação por qua-

se todo o século XX, até que as profundas, radicais e positivas modificações na cultura política e jurídica pátrias, e bem assim as sensíveis alterações na organização social e no modelo econômico, submetidas, todas, a constante questionamento, não como sinal de crise, senão como indicativo da vitalidade da Nação, passaram a exigir uma profunda mudança na ordem civil.

Daí adveio a necessidade de renovar as instituições civis pátrias, que teve seu marco inicial no Governo João Goulart, por intermédio do seu Ministro da Justiça, João Mangabeira, encarregando o professor Orlando Gomes para elaborar um Projeto de Código Civil e o professor Caio Mário da Silva Pereira para projetar um Código de Obrigações.

Abandonando o critério da dualidade e optando pelo da unificação do direito privado, que teve início, entre nós, por Teixeira de Freitas, seguido por Carlos de Carvalho, Coelho Rodrigues, Inglez de Souza, Lacerda de Almeida e outros, o Governo retirou do Congresso Nacional, em 1966, os dois anteprojetos referidos (Pronunciamento do Senador Josaphat Marinho, Edição do Senado, 1997, págs. 20-21).

Em seguida, foi criada uma Comissão de eminentes juristas, sob a coordenação geral do Professor Miguel Reale, da Universidade de

São Paulo, para preparar um novo Projeto de Código Civil, abrangendo toda a matéria pertinente à ordem civil e privada, sendo a mesma constituída pelos Professores José Carlos Moreira Alves, Ministro do Supremo Tribunal Federal, encarregado de redigir a Parte Geral; Agostinho Arruda Alvim, da PUC – São Paulo, a quem coube a redação do Direito das Obrigações; Silvio Marcondes, da U.S.P., encarregado de redigir a parte do Direito de Empresa; Ebert Vianna Chamoun, da U.E.R.J. – Rio, a elaboração da parte referente ao Direito das Coisas; Clóvis Veríssimo do Couto e Silva, da U.F.R.G.S., para redigir a parte concernente ao Direito de Família; e Torquato Castro, da Faculdade do Recife, para projetar a parte do Direito das Sucessões.

Na estrutura sistemática, o Projeto segue, com fidelidade, dois dos principais códigos modernos, o da Alemanha (BGB) e o de Portugal, estando as matérias concernentes à ordem civil e privada distribuídas em seis Livros, mantida a Parte Geral, seguindo-se, na ordem, a Parte Especial, constituída do Direito das Obrigações, do Direito de Empresa, do Direito das Coisas, do Direito de Família e do Direito das Sucessões.

Na Parte Geral, no Livro I, que trata das *peçoas*, foi alterado para 18 anos a idade para a aquisição da capacidade civil plena (art. 1º), introduzindo o Projeto Capítulo próprio, para reger os *direitos da personalidade* (arts. 11 a 21), bem como foi transferido para esta sede o instituto que trata da ausência, regulando seus efeitos na sucessão provisória e definitiva (arts. 22 a 39), no sistema anterior disciplinado no Livro do Direito de Família. Quanto às *peçoas jurídicas*, está delineada a distinção das associações e fundações em relação às sociedades, incluídas no campo das primeiras as de natureza civil, tais as piedosas, religiosas, morais, científicas, culturais, esportivas e de assistência (arts. 53 a 69), reservando às segundas as de

natureza empresarial, com fins lucrativos, comerciais e industriais (arts. 981 a 985). Foi acolhida a *despersonalização da pessoa jurídica* “disregard doctrine”, para responsabilizar os administradores ou sócios da pessoa jurídica por desvio da sua finalidade ou pela confusão patrimonial, caracterizadas como abuso na condução dos seus negócios, quando causadores de prejuízo a terceiros, instituto esse que já vinha sendo adotada na doutrina e na jurisprudência nacionais (art. 50).

Ainda na Parte Geral, no Livro III, que se ocupa dos fatos jurídicos, o Projeto deu ênfase à categoria dos *negócios jurídicos*, com mais cuidadosa determinação de sua constituição, defeitos e invalidade, estabelecendo aí as regras gerais para a disciplina específica do instituto no âmbito do Direito das Obrigações, de modo a arrear as indeterminações que sobre esse tema grassavam no estatuto anterior (arts. 104 a 137). Nessa sede, contemplou o Projeto o princípio da *boa-fé*, como cláusula geral destinada a exornar e qualificar de credibilidade aprioristicamente todos os negócios jurídicos. Entre os defeitos que inquinam de invalidade o negócio jurídico, foram incluídos no Projeto o *estado de perigo* (art. 156) e a *lesão enorme* (art. 157), institutos adotados em outros códigos modernos, salientando-se a presença do último no Código Napoleão (art. 1.118 e arts. 1.774 e segs.), mas sem presença expressa no nosso estatuto anterior. Por critério de exclusão, foram diferenciados os atos jurídicos lícitos dos negócios jurídicos (art. 185) e entre os atos ilícitos, terá agora definição clara e direta o *abuso de direito* (art. 187), tendo como fonte o artigo 334 do Código de Portugal, bem como o *dano moral* (art. 186), já acolhido pela Constituição Federal (art. 5º, V) estando a sua reparabilidade regulada no artigo 927 do Projeto, sanando, assim, a omissão do Código atual, no seu artigo 159.

Por fim, dentre as alterações figuradas na Parte Geral do Projeto, consta a que distingue

os institutos da prescrição e da decadência, reduzindo os prazos para a ocorrência da primeira e bem assim suprimindo a omissão da codificação vigente. Ainda, no Título que regula a prova, está dispensada a autenticação de documentos comprobatórios dos atos jurídicos, salvo se alguém impugnar a sua autenticidade (art. 225).

Na Parte Especial, Livro I, que rege o Direito das Obrigações, proclama o Projeto a *função social do contrato*, reconhecendo a liberdade de contratar e repelindo o individualismo ensejado na dinâmica da codificação de 1916 (art. 421), submetendo, todavia, os contratantes ao princípio da probidade, compartilhado com o da boa-fé, acolhido como cláusula geral no artigo 113.

O respeito à palavra empenhada foi e continua a ser o fundamento ético da teoria contratual. E de tal modo o foi, no passado, que os romanistas construíram, para justificá-lo, o princípio “*pacta sunt servanda*”. Posteriormente, a majestade do contrato, abrigada nos códigos individualistas, sofreu os influxos das transformações sociais e econômicas, tendo sido abrandada por uma cláusula geral implícita a que se chamou cláusula “*rebus sic stantibus*”, notadamente nos contratos de execução continuada ou diferida, quando a prestação de uma das partes se tornasse excessivamente onerosa, com vantagem desproporcional à outra, estabelecendo desequilíbrio entre o direito dos contratantes em razão de acontecimento extraordinário e imprevisível. Para o Projeto, ocorrendo onerosidade excessiva, poderá o devedor postular, sob este fundamento, a resolução do contrato (arts. 478 a 480).

Seguindo na esteira do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90), o Projeto resguarda a posição do aderente nos contratos de adesão, não só adotando a interpretação mais favorável ao devedor das cláusulas ambíguas ou contraditórias (art. 423), como também decla-

rando nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada a direito do aderente (art. 424).

O Projeto alinha no elenco dos contratos nominados várias modalidades contratuais não contempladas na codificação de 1916, mas de uso comum no nosso meio. Tais são o contrato de comissão (arts. 693 a 701), contrato de agência e distribuição (arts. 710 a 721), contrato de corretagem (art. 722 a 729), contrato de transporte (arts. 730 a 756), incluindo nessa categoria a transação (arts. 840 a 850) e o compromisso (arts. 851 a 853), e bem assim, arrolando entre os atos unilaterais o enriquecimento sem causa (arts. 884 a 886).

No Livro II, da Parte Especial, está contemplado o Direito de Empresa, que implica revogação da primeira parte do Código Comercial de 1º de junho de 1850, unificando o direito das obrigações e praticamente o direito privado. Essa opção da Comissão Elaboradora do Projeto vem sendo considerada um avanço por parte da doutrina, porquanto destaca o comerciante como empresário voltado para a atividade econômica, como o vêm caracterizando os tempos modernos.

Nesta sede, o Projeto define a figura do empresário, substituindo a de comerciante tradicionalmente caracterizada no Código Comercial (art. 966) e a capacidade para exercer a atividade (art. 972). A seguir contempla e regula todos os tipos de sociedade, salvo a porções, cuida de sua constituição, liquidação (arts. 1.102 a 1.112), transformação, incorporação, fusão e cisão (arts. 1.113 a 1.122) e bem assim a autorização governamental para o seu funcionamento (arts. 1.123 a 1.141), espandendo, por fim, a confusão entre empresa e estabelecimento (arts. 1.142 a 1.149). O estudo desse assunto já foi particularizado, com muita propriedade e exatidão, pelo Professor Norberto Costa Caruso Mac Donald, sob o título “O Projeto de Código

Civil e o Direito Comercial”, (in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Vol. 16, pp. 139-160, Editora Síntese, Porto Alegre).

No campo do Direito das Coisas, constante do Livro III, da Parte Especial, o Projeto não traz, no geral, grandes modificações em relação à codificação de 1.916. Todavia, proclamada e elevada à hierarquia de princípio pela Constituição (art. 170, III), a *função social da propriedade* é posta em relevo pelo Projeto, ao estabelecer disposições normativas para torná-la efetiva, seja mediante a modernização de institutos tradicionais no setor, seja criando novas opções que na vida prática venham a se colocar em consonância com as condutas econômicas e sociais, aspiradas pela coletividade nos dias atuais. E na persecução desse objetivo, demonstra o Projeto a preocupação em também preservar o equilíbrio da natureza em geral e, em particular, a pureza das águas e do ar, em prol da vida.

Assim é que a proposta de nova codificação civil conserva, em parte, a posição do estatuto ainda vigente, em relação à *desapropriação* da propriedade privada por necessidade, utilidade pública ou interesse social, bem como a *requisição* da mesma, pelo poder público, em caso de “perigo público iminente” (art. 1.228, § 3º). É de se salientar, todavia, que relativamente a essa hipótese de requisição, o Projeto avança demais na limitação ao direito de propriedade, porquanto não está a mesma especificamente autorizada no texto constitucional, que só a permite em caso de estado de sítio (Const., art. 139, VII). Poderá, portanto, ser considerada inconstitucional essa disposição da nova lei civil. Ainda na visão do Projeto poderá o proprietário ser privado da coisa, consistente em extensa área, em razão de posse coletiva, por mais de 5 anos, por considerável número de pessoas, que nela realizem obras e serviços considerados de interesse social e econômico relevante, mediante justa indenização (art. 1.228, § 5º).

4º e 5º). Este último dispositivo do Projeto, no entanto, está em consonância com o princípio constitucional que proclama a função social da propriedade (Constituição, art. 170, III).

Na esfera infraconstitucional, o Projeto mantém o *usucapião ordinário* e o *extraordinário*, clássicos institutos de fonte romana, reduzindo o prazo do segundo para quinze anos, ou para dez anos, se o possuidor tiver fixado no imóvel a sua moradia habitual ou nele realizado obras de caráter produtivo (art. 1.238 e parágrafo único). Quanto ao usucapião ordinário, foi o prazo reduzido para dez anos, ou para cinco, no caso de aquisição onerosa do imóvel usucapiendo, pelo possuidor, ainda que insubsistente a transferência da propriedade no registro imobiliário e observados os demais requisitos que ensejam a diminuição do prazo para implementar o usucapião extraordinário (art. 1.242 e parágrafo único). São mantidos, obviamente, o *usucapião rural especial*, (art. 1.239) criado pela Constituição (art. 191), bem como o *usucapião urbano especial* (art. 1.240), também criado pela Lei Maior (art. 183), fundados na posse-trabalho ou posse-pro-labore e obedecidos os demais requisitos constitucionais exigidos para aquisição desses tipos de propriedade social. De igual modo, reduzidos foram os prazos para a aquisição de coisa móvel, por usucapião, devendo ser de três anos e de cinco anos, respectivamente para as formas ordinária e extraordinária (arts. 1.260 e 1.261).

Foi transportado da lei especial (Lei nº 4.591/64) para a nova codificação a disciplina normativa do *condomínio edilício* (arts. 1.331 a 1.358), cominando sanções mais pesadas ao condômino que descumprir as regras reguladoras da convivência condominial (arts. 1.336 e 1.337 e §§). A par disso, o Projeto limita a 2% a multa aplicável ao condômino que descumprir a obrigação “*propter rem*” de pagar em dia as cotas condominiais (art. 1.136, § 1º).

Ainda no âmbito do Direito das Coisas, o Projeto acolheu o *direito de superfície*, (arts. 1.369 a 1.377), já contemplado em outras codificações modernas, como nos códigos francês (art. 553), alemão (§§ 1.012 a 1.017), português (arts. 1.524 a 1.542), havendo abandonado o instituto da *enfiteuse*, obedecida, obviamente, a transitoriedade estabelecida para a extinção parcial da mesma no artigo 49 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

No Livro IV, da Parte Especial do Projeto, pertinente ao *Direito de Família*, é a sede em que residem as propostas de mudanças mais profundas da nova codificação, a maior parte delas resultantes do comando do artigo 226 da Constituição Federal. É assim que o Projeto começa a contemplar a família, caracterizada pela comunhão plena de vida, emergente do *casamento civil e religioso* (arts. 1.511 e 1.512), situando ao lado e similar a ela a entidade familiar, consubstanciada na *união estável*, de fato, entre o homem e a mulher (art. 1.723), omitindo-se, porém, quanto à *entidade familiar monoparental* também reconhecida pela Constituição Federal (art. 226, § 4º). Pela primeira vez, no direito pátrio, é definido, ainda que laconicamente, o *concubinato*, como a união de fato entre o homem e a mulher que tenham impedimentos para o casamento (art. 1.727).

Entre as principais alterações no concreto do Direito de Família figuram as de natureza pessoal, que implicam a igualdade absoluta dos cônjuges, quanto aos direitos e deveres no exercício da sociedade conjugal (art. 1.511); igualdade dos filhos consangüíneos havidos no casamento ou fora dele, em qualquer circunstância, inclusive os adotivos, proibidas quaisquer discriminações, como já proclamavam leis anteriores e agora também a Constituição (art. 227, § 6º); nova classificação dos impedimentos matrimoniais, extensivos à união estável, em dirimentes públicos ou absolutos (arts. 1.521 e 1.522) e em relativos ou impeditivos, caracterizados

como causas suspensivas do casamento (arts. 1.523 e 1.524), ambos em harmonia simétrica com regras sobre a invalidade do matrimônio (arts. 1.548 *usque* 1.564).

Por não se compadecer com a nova realidade social, propõe-se a exclusão da anulação do casamento por anterior defloração da mulher, ignorado pelo marido, disposição essa ainda presente na codificação em vigor (C. Civil, art. 219, IV), e bem assim a não contemplação do adultério como causa de impedimento para o matrimônio, constante até agora do artigo 183, VII, da codificação vigente.

As relações de parentesco, na linha colateral, esgotam-se no quarto grau (art. 1.592), posição que está em consonância com o direito sucessório, segundo o qual, na sucessão legítima, o direito de suceder dos colaterais estende-se até o quarto grau (art. 1.839), enquanto se projeta ao infinito na linha reta, embora esta situação não se verifique na prática, pela efêmera duração da vida humana.

No que respeita à *adoção*, o Projeto trata, no Capítulo IV, Subtítulo II, do Livro IV, apenas da adoção plena (arts. 1.618 a 1.629), seguindo as linhas gerais do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90, arts. 39 a 52), excluída a adoção simples ou restrita, constante na codificação vigente (C. Civil, arts. 368 a 378). É de registrar-se que, na oportunidade da segunda apreciação do Projeto pelo Senado, em outubro/novembro de 2000, houve manifestações de Senadores, notadamente por parte do Relator, Senador José Fogaça, de que o instituto da adoção deveria ser retirado da codificação civil e restar regulado exclusivamente pelo ECA. Essa proposição, todavia, não foi aprovada.

O Projeto faz coro com o ECA, permitindo sejam adotantes não só os cônjuges, mas também os conviventes em união estável (arts.

1.618, parágrafo único e art. 1.622) e, ainda, os concubinos, como faz supor a regra do parágrafo único, do artigo 1.626, naturalmente com maiores cautelas do que as exigidas pelas demais pessoas legitimadas, antes referidas. É reduzida pelo Projeto, para 16 anos, a diferença de idade entre adotante e adotado (art. 1.619). Quanto ao mais, a proposta de nova codificação civil segue as linhas diretivas do ECA.

Relativamente aos *efeitos patrimoniais* decorrentes do casamento, propõe o Projeto modificações no *regime de bens*, excluindo o regime dotal e admitindo o regime da participação final nos aqüestos (arts. 1.672 a 1.686), este já adotado por outros sistemas, notadamente o francês (Code Civil, arts. 1.569 a 1.581), mas conserva a nova proposta legislativa a manutenção dos demais regimes tradicionalmente acolhidos na lei pátria. É atenuada a rigidez da imutabilidade do regime de bens, com a permissão de sua alteração parcial, em casos específicos, mediante autorização judicial (art. 1.639, § 2º), situação que já vinha sendo enfrentada pela jurisprudência, se bem que timidamente.

Ainda no tocante às situações patrimoniais ocorrentes no âmbito do Direito de Família, o Projeto contemplou o *bem de família* (arts. 1.711 a 1.722) deslocando-o da sede anterior, na parte geral da codificação vigente (C. Civil, arts. 70 a 73), para o Livro do Direito de Família, que é, segundo boa parte da doutrina, a localização mais adequada para o instituto. Os requisitos para a instituição do bem de família estão modificados quanto à pessoa dos instituidores, podendo-o ser por terceiros, além dos cônjuges (art. 1.711, parágrafo único); quanto ao objeto, deve limitar-se a um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição (art. 1.711, "caput"), podendo abranger, além de bem imóvel, também valores mobiliários (arts. 1.712 e 1.713); quanto à forma, pode sê-lo por escritura pública, testamento ou doação, segundo os mesmos dispositivos referidos.

A lei nº 8.009/90 ampliou sobremodo a tutela de outros bens patrimoniais da família, sob o enfoque do bem de família, isentando-os de penhora e dispensando, inclusive, as formas exigidas pela codificação civil para a sua instituição, acima referidas. Aprovado o Projeto e mantidas as regras atuais nele contidas, poderão surgir conflitos de interpretação quanto à aplicação da nova codificação ou da lei especial extravagante, anterior àquela.

Tendo em vista que mais de duzentas emendas e subemendas, no Livro do Direito de Família, foram introduzidas pelo Senado e na segunda e última passagem do Projeto pela Câmara dos Deputados, muitas outras alterações sobre o casamento, sua celebração, efeitos e invalidade, e bem assim sobre parentesco, filiação, poder familiar, regime de bens, alimentos, adoção e união estável deixam de ser aqui referidas, devido o caráter sumário deste trabalho.

No Livro V, da Parte Especial, segue o Projeto a tradição do *Direito das Sucessões*, que está assegurado no artigo 5º, inciso XXX, da nossa Constituição e vem marcando presença em todos os sistemas jurídicos ligados ao bloco europeu-constitucional, considerado tronco da chamada família "Civil law". Situa-se o direito sucessório entre os ramos da civilística que vem experimentando as maiores mutações no andar dos tempos. Mas essas inovações contidas no Livro V, não o são por impulso exclusivo do direito das sucessões, senão que recebem o estímulo de regras gerais e princípios contidos na Parte Geral e na Parte Especial deste Projeto de codificação, não sendo demais afirmar-se que este campo da ordem civil constitui-se no receptáculo assegurador da continuidade do direito de propriedade, e mais ainda, recolhe o direito sucessório toda a sua dinâmica e fundamentação projetadas pelas instituições do direito de família. Destarte, as mudanças que o Projeto traz no âmbito do Direito das Sucessões, mais que inovações "*per se*" deste ramo, são

projeções de outros setores da civilística moderna. E nessa perspectiva, o Direito das Sucessões repousa na necessidade de proteger a família e o patrimônio que a ela deve permanecer unido, na expressão de MAZEAU (Leçons, tomo IV, p. 01).

Começa o Projeto por regular a situação transitória da herança, abrangente do período que transcorre entre a abertura da sucessão e a instauração do inventário, com o compromisso do inventariante, estabelecendo modos de administrá-la, segundo as normas do condomínio, pelo cônjuge supérstite, pelo herdeiro que estiver na posse dos bens, pelo testamenteiro ou por pessoa de confiança do juiz, com o objetivo de assegurar a sua integralidade até a partilha e entrega dos quinhões hereditários aos herdeiros (arts. 1.791, parágr. único e 1.797), situação essa não muito bem definida no estatuto vigente.

Propõe o Projeto alterações na *ordem da vocação hereditária*, para incluir o cônjuge sobrevivente como herdeiro necessário (art. 1.829), se ao tempo da morte não estava do outro separado judicialmente ou de fato, há mais de dois anos (art. 1.830), hipótese em que concorre com descendentes do falecido, cabendo-lhe quinhão igual ao dos descendentes por cabeça, não podendo sua quota hereditária ser inferior à quarta parte da herança, se ascendente dos herdeiros com que concorrer (art. 1.832). Também concorrerá na herança com ascendentes do falecido o cônjuge supérstite (art. 1.836) e se com ascendente de primeiro grau, tocar-lhe-á um terço da herança, cabendo-lhe a metade do morte-mor líquido, se houver um único ascendente ou se mais afastado for o grau de parentesco afim, na linha reta ascendente (art. 1.837). Caberá ao cônjuge sobrevivente a totalidade da herança, na falta de herdeiros necessários do falecido, nas linhas descendente e ascendente (art. 1.838).

Participará da sucessão do outro o companheiro ou a companheira, quanto aos bens adquiridos na vigência da união estável, em condições semelhantes às do cônjuge e em similitude com o que dispõe a Lei nº 8.971/94, mas na concorrência com filhos comuns (art. 1.790, "caput"), não lhe cabe a quota mínima de um quarto da herança, tal como é deferida ao cônjuge supérstite (art. 1.790, I). Concorrendo o companheiro ou a companheira com herdeiros só do autor da herança, toca-lhe a metade do couber a cada um daqueles (art. 1.790, II); se concorrer com outros parentes sucessíveis, inclusive ascendentes e colaterais, terá direito a um terço da herança (art. 1.790, III); e terá direito à totalidade do patrimônio do companheiro ou companheira falecido, se não houver parentes sucessíveis, em qualquer linha e em qualquer grau de parentesco (art. 1.790, IV).

No âmbito da *sucessão testamentária*, há modificações mais acentuadamente de ordem formal. Na ordem substancial, é de se salientar, entre as modalidades especiais de testamento, arroladas em "*numerus clausus*" (art. 1.886, "caput", apenas o acolhimento do *testamento aeronáutico* (arts. 1.886, II e 1.889 *usque* 1.891), à semelhança do testamento marítimo, que vinha sendo contemplado no nosso direito (arts. 1.886, I e 1.890 *usque* 1.892), sendo conservada pelo Projeto, quanto ao testamento militar, como subespécie do mesmo, a forma nuncupativa (art. 1.896 e parágr. único).

Quanto às modalidades comuns, foram conservados pelo Projeto os testamentos público, cerrado e particular (art. 1.862), mantendo a proibição do testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo (art. 1.863). É de notar que a nova proposta de codificação institui modalidade simplificada de testamento particular, não prevista na codificação vigente, autorizando, em circunstâncias excepcionais, a serem declaradas na cédula, a realização de

próprio punho desse ato de última vontade do testador, sem testemunhas, que poderá ser confirmado a critério do juiz, no ato de publicação e registro judicial do testamento (art. 1.879).

Na ordem formal, o Projeto simplifica, sem comprometer a validade do ato, os requisitos exigidos pela codificação de 1.916. As três modalidades de testamento comum podem ser escritas manual ou mecanicamente, esta por qualquer instrumento mecânico, inclusive por digitação, desde que todas as páginas sejam numeradas e autenticadas com a assinatura do testador ou por quem a seu rogo o escrever (arts. 1.864 e 1.868, respectivos parágrafos únicos e art. 1.876, § 2º). Os testamentos cerrado e particular podem ser escritos em língua estrangeira, naturalmente se o testador e as testemunhas forem versadas na língua escolhida (arts. 1.871 e 1.880).

Quanto ao número de testemunhas que devem obrigatoriamente estar presentes no ato, o Projeto as reduziu para duas, no testamento público e no cerrado, as cinco testemunhas exigidas pelo Código vigente (arts. 1.864, I e

1.868, I) e para três, pelo menos, no testamento particular (art. 1.878, § 1º), quando para esta modalidade são também exigidas cinco no estatuto de 1.916. Para a modalidade especial de testamento marítimo são exigidas duas testemunhas, como na codificação anterior e para a outra modalidade especial do testamento aeronáutico, ora criada, as mesmas duas testemunhas (art. 1.888), enquanto que, para a modalidade especial do testamento militar, são mantidas as duas testemunhas exigidas no estatuto anterior, ou três, se o testador não puder ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma das testemunhas (art. 1.893).

Aqui, nesta breve exposição, apresentada de maneira sumária por exigência de espaço no período em que será publicada, traz-se a notícia dos novos institutos da ordem civil moderna, acolhidas pelo Projeto, e bem assim as principais modificações e supressões dos contemplados na codificação de 1.916, com o escopo de substituí-la em sua integralidade por um novo estatuto consentâneo com as conquistas humanas, sociais, culturais e econômicas da Nação.

Relações de Consumo na pós-modernidade: Em defesa de uma interpretação finalista dos Artigos 2º e 29 do CDC¹

Claudia Lima Marques

Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul,
Doutora em Direito pela Universidade de Heidelberg, Alemanha.
Mestre em Direito pela Universidade de Tübingen e Especialista em Integração Européia pelo Europa-Institut, Saarbrücken, Alemanha

INTRODUÇÃO

Neste belo encontro sobre os Desafios do direito atual, gostaria de aprofundar a análise do campo de aplicação do CDC,² concentrando-me em dois aspectos ainda polêmicos das relações de consumo e que me parecem decisivos na prática: no campo de aplicação subjetivo do CDC, a ainda viva discussão sobre o sujeito de direito consumidor, e, em especial, so-

bre quais os critérios usados para a identificação deste sujeito tutelado na doutrina e na jurisprudência, mister, pois, analisar este novo sujeito pós-moderno de direitos, o consumidor, destacar sua pluralidade, fluidez e finalismo impostos pela técnica do CDC, propondo critérios, ao mesmo tempo, atualizados e sólidos para sua identificação nas relações de consumo (Parte I)³ e, no campo de aplicação material do CDC, útil parece-me uma reflexão mais detida sobre

¹ Versão atualizada da palestra apresentada no Seminário "Desafios do Direito Contemporâneo" do Mestrado em Direito da Faculdade de Campos (RJ), 1999. A autora agradece à Profª. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi e ao Prof. Dr. Gustavo Tepedino as instigantes discussões sobre o tema e o agradável e estimulante trabalho conjunto na cadeira "Relações de consumo" no Mestrado Acadêmico de Campos.

² Em meu artigo, "Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor - A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente", publicada em *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 79 a 122, analisei as relações de consumo, com especial ênfase nas prestações envolvendo de serviços, analisando seus elementos intrínsecos, a nova noção de obrigação, total e cooperativa, a idéia de vinculação própria por atos pré-negociais e os seus elementos externos, os sujeitos (consumidor e fornecedor), o objeto, e a finalidade destas relações de consumo como reguladas pelo Código de Defesa do Consumidor.

³ Esta parte da exposição será desenvolvida também para o V Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, a acontecer em Belo Horizonte, de 2 a 5 de maio, a ser publicada em seus anais com o título: "Direitos básicos do consumidor na sociedade pós-moderna de serviços: o aparecimento de um sujeito novo e a realização de seus direitos", ainda inédito.

as relações de consumo envolvendo serviços, em especial o seu objeto e finalidade, uma vez que tratam-se hoje de relações complexas, com múltiplas e conexas prestações, e que se analisadas superficialmente, poderiam até ser consideradas relações gratuitas frente ao consumidor-vítima, apesar do serviço ser em si “remunerado”, direta ou indiretamente, como exige o CDC para sua aplicação (Parte II).⁴

A relação de consumo é intrinsecamente “relacional”,⁵ isto é, depende da presença simultânea de dois agentes especiais interagindo, um consumidor e um fornecedor,⁶ e é “finalística”, pois concretiza-se na sua causa, causa inicial e final, na sua finalidade, que é naturalmente de consumo. Segundo ensina Nelson Nery Júnior, o objeto “de regulamentação pelo Código de Defesa do Consumidor é a relação de consumo, assim entendida a relação jurídica existente entre fornecedor e consumidor tendo como objeto a aquisição de produtos ou utilização de serviços pelo consumidor.... São elementos da relação de consumo, segundo o CDC: a) como sujeitos, o fornecedor e o consumidor; b) como objeto, os produtos e serviços; c) como finalidade, caracterizando-se como elemento teleológico das relações de consumo, serem elas celebradas para que o consumidor adquira produto ou se utilize de serviço ‘como

destinatário final’ (Art. 2º, caput, última parte, CDC).⁷

Em resumo, na relação de consumo estão presentes, relacionando-se, atores econômicos específicos, agentes que a lei denomina de “fornecedor”, o profissional que fornece produtos ou serviços e “consumidor”, o outro, aquele destinatário final do produto ou do serviço (Art. 2 do CDC) ou aqueles a ele equiparados (Parágrafo único do Art. 2º, Art. 17 e Art. 29 do CDC). O campo de aplicação do CDC é, portanto, especial, no que se refere aos sujeitos (*ratione personae*) e geral, no que se refere aos contratos em espécie (*ratione materiae*), incluindo as relações envolvendo serviços em geral, e as especialmente mencionadas atividades de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, excluídas apenas as relações de caráter trabalhista (Art. 3º § 2º do CDC). Analisariamos neste artigo, pois, dentre os elementos externos das relações de consumos, nos sujeitos da relação, apenas o consumidor (Parte I), o objeto e a finalidade da relação de consumo envolvendo serviço (Parte II), deixando de analisar o sujeito fornecedor, o objeto das relações de fornecimento de produtos e o elemento forma.⁸

A opção pela estudo apenas das relações de consumo envolvendo serviços é oportuna, pois permite uma análise pós-moderna.⁹

⁴ Sobre este tema, iniciamos as reflexões no referido artigo, Proposta de uma teoria geral dos serviços com base no Código de Defesa do Consumidor - A evolução das obrigações envolvendo serviços remunerados direta ou indiretamente, que nos servirá de base.

⁵ Assim concorda Antonio Janyr DALL'AGNOL, citando Fábio Ulhoa COELHO, in Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros - Aplicação do CDC nas atividades bancárias, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27 (1998), p. 9.

⁶ Veja nossa obra MARQUES, Cláudia Lima, *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 3. ed., 1999, p. 140 e seg.

⁷ NERY, Nelson Júnior, *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor - Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, Ada Pellegrini Grinover et al., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 342.

⁸ Nestes pontos, remeto-me às análises já realizadas em nosso artigo, Proposta de uma teoria geral dos serviços, vol. 33 (2000), p. 79 a 122.

⁹ Esta análise pós-moderna é uma homenagem ao mestre orientador de Doutorado, Prof. Dr. Dr.h.c. Erik Jayme, da Universidade de Heidelberg, que em seu brilhante curso de Haia lançou sua teoria dos reflexos da pós-modernidade no direito que agora trazemos para o direito civil e expandimos, com a devida vênia. Veja JAYME, Erik, *Identité culturelle et intégration: Le droit international privé postmoderne* - in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, pg. 36 e seg.

Hoje o economicamente relevante, na sociedade atual, é prioritariamente, o imaterial, os fazeres e serviços complexos do novo mercado brasileiro.¹⁰ Seria inútil, porém, analisar estas relações de consumo fora de seu contexto atual (pós-moderno). Eis, porque, queremos analisá-las no contexto da sociedade brasileira deste final de século XX, pois como afirma o título deste conclave, este é o desafio do direito atual, em uma década evoluímos da

“modernidade” dos parques industriais fordistas¹¹ para a “pós-modernidade” das relações virtuais,¹² desmaterializadas,¹³ cada vez mais fluidas e instáveis, para a globalização niveladora das culturas¹⁴, para a riqueza especulativa pós-fordista,¹⁵ para o renascimento das identidades,¹⁶ e ainda convivemos com a “idade média” das favelas,¹⁷ tudo na mesma sociedade, inter-agindo entre tolerância e radicalismo, exclusão¹⁸ e setores de excelência.¹⁹

¹⁰ Veja minha obra *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*, 3. ed., São Paulo, Ed. RT, 1999, p. 89 e seg. Nesta, defendo a idéia que a crise da pós-modernidade no direito advém também da modificação dos bens economicamente relevantes, que na idade média eram os bens imóveis, na idade moderna, o bem móvel material e que na idade atual seria o bem móvel imaterial ou o desmaterializado “fazer” dos serviços, do soft ware, da comunicação, do lazer, da educação, da saúde, do crédito. Se são estes bens imateriais e fazeres que são a riqueza atual, os contratos que autorizam e regulam a transferência destas “riquezas” na sociedade também têm de mudar, evoluir do modelo de dar da compra e venda para modelos novos de serviços e dares complexos, adaptando-se a este desafio desmaterializante “pós-moderno”.

¹¹ Sobre o fordismo do “consumismo” e da produção de bem móveis em massa, veja Gherzi, Carlos Alberto, *La Postmodernidad jurídica*, Ed. Gowa, Buenos Aires, 1995, p. 53.

¹² Sobre o tema veja a interessante análise do jus-filósofo argentino Cúro Caldani, Miguel Angel, *La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo*, in *Investigación y Docencia*, nr. 28 (Rosário, Ed. FJJ), 1997, p. 33 e seg.

¹³ Veja sobre “desmaterialização” nosso livro, *Contratos*, p. 89 e seg. Os sociólogos preferem estudar o fenômeno na mudança dos meios de produção: pré-industrial, industrial e pós-industrial ou informacionalismo (*informationalism*), veja Castells analisando os ensinamentos de Tourraine, Castells, Manuel, *The rise of the network society*, vol. I, *The Information age: economy, society and culture*, Blackwell, Massachusetts, 1996/1999, p. 14 e seg.

¹⁴ Escolhemos a expressão “nivelamento” para denominar esta nova forma de universalismo cultural despersonalizador causado ou potencializado pela globalização e não homogeneização, em virtude das críticas de Featherstone, Mike, “Cultura global: Introdução”, in Featherstone, Mike (Org.), *Cultura Global, Vozes, Petrópolis*, 1994, p. 8: “O pós-modernismo é ao mesmo tempo um símbolo e uma poderosa imagem cultural do desvio da conceptualização da cultura global, menos em termos dos alegados processos de homogeneização (por exemplo, teorias que apresentam um imperialismo cultural, americanização e uma cultura de consumo de massa como cultura proto-universal que se propaga às expensas da dominação econômico-política do Ocidente), e mais em termos de diversidade, de variedade e da riqueza dos discursos populares e locais, dos códigos e das práticas que resistem e produzem a sistematização e a ordem.”

¹⁵ Sobre o pós-fordismo dos serviços, dos fazeres e “dares” de bens imateriais, veja Gherzi, *La posmodernidad*, p. 48 a 55.

¹⁶ Sobre o significado nova da “identidade” na “network society”, veja os ensinamentos de Castells, Manuel, *The Power of Identity*, vol. II “The information age: economy, society and culture”, Blackwell, Massachusetts, 1997, p. 6: “By identity, as it refers to social actors, I understand the process of construction of meaning on the basis of a cultural attributes, that is/are given priority over other sources of meaning.” Sobre identidade cultural como instrumento de renascimento do direito, veja Jayme, p. 56 e seg.

¹⁷ Veja comparando a hierarquia feudal e violenta da idade média às áreas pobres latino-americanas, Calderón, Fernando, *Latin American Identity and Mixed Temporalities; or How to Be Postmodern and Indian at the Same time*, in *The Postmodernism Debate in Latin America*, Duke University Press, Durham, 1995, p. 56 e seg.

¹⁸ Sobre exclusão e marginalidade como conseqüências de nosso tempo, veja a socióloga gaúcha Soares, Maria Suzana Arroza, *Editorial do número especial “Modernidade” da Revista Cadernos de sociologia/UFRGS*, nr. 5, vol. 5, 1993, p. 1.

¹⁹ Para uma análise mais econômica da mudança do paradigma fordista para o pós-fordista e seus reflexos no direito e na sociedade de consumo, veja o mestre argentino Gherzi, *La posmodernidad*, p. 27 e seg. e sobre os reflexos no contrato, do mesmo autor, *Tercera Via - Âmbito jurídico*, Gowa, Buenos Aires, 2000, p. 49 e seg.

Mister, pois, analisar estas relações de consumo conscientes da crescente crise da pós-modernidade,²⁰ do perigo de desconstrução de nossa ciência do Direito²¹, de desregulamentação e de deslegitimação de nossas instituições,²² da necessidade da re-construção de uma doutrina e de uma prática mais adaptada aos desafios atuais da sociedade “desmaterializada”, “despersonalizada” e globalizada dos serviços.²³

A crise da pós-modernidade que vivenciamos é uma crise social. Não é diretamente crise do direito, mas tem reflexos em to-

das as ciências, em especial na nossa ciência que é o Direito.²⁴ Mesmo que a ousadia de escrever sobre a pós-modernidade possa ser motivo de críticas,²⁵ parece-nos útil, se pudermos com ela identificar, e eventualmente comprovar, se o sistema do CDC está adaptado aos desafios atuais das relações contratuais de serviços, típicas da sociedade pós-moderna.²⁶ Mister que o aplicador da lei, atualizado e atento, tenha consciência da potencialidade e da eficiência sistemática do CDC.²⁷ Mister também que esteja consciente do perigo de deturpação ou de má-utilização deste sistema protetivo dos mais

²⁰ Assim um dos grandes filósofos da pós-modernidade, escrevendo sobre “Postmodernism and consumer society”, Jameson, Frederic, *The cultural Turn - Selected Writings on the Postmodern, 1983-1998*, Verso, Londres, 1998, p. 1 a 20.

²¹ Sobre a crise da ciência do direito, veja Rosenau, Pauline Marie, *Post-modernism and the social sciences*, Princeton University Press, Princeton, 1992, p. 71 e seg.

²² *Desconstrução é a palavra do momento, o reflexo mais visível do discurso e da filosofia pós-moderna* (Veja textos de bolso dos filósofos franceses, Postmoderne und Dekonstruktion, Texte französischer Philosophen der Gegenwart, Ed. Reclam, Stuttgart, 1990) inclusive no direito, veja sobre a geração “desconstrucionista” da escola norte-americana *Critical Legal Studies*, Minda, Garry, *Postmodern Legal Movements- Law and Jurisprudence at Century's end*, New York University Press, New York, 1995, p. 116 e seg.,. Veja sobre os reflexos na pesquisa e na ciência do direito, meu artigo *A crise científica do Direito na pós-modernidade e seus reflexos na pesquisa*, in *Cidadania e Justiça-Revista da AMB*, ano 3, nr. 6 (1999), p. 237 e seg. (republicado na *Revista Arquivos do MJ* e pela editora da UFRGS).

²³ O alerta mais contundente é de Rosenau, p. 50,91 e 124: “Post-modernists in almost every field of the social sciences have been experimenting with a subjectless approach in their inquiries...Post-modernists reduce social science knowledge to the status of stories... The post-modern revision from within aims openly to fragment these disciplines altogether...It is far from evident that replacing conventional social science methodology with post-modern methods of interpretation and deconstruction constitutes any improvement in the social sciences”

²⁴ Assim Rosenau, p. 124: “Legal theory is an arena where post-modern views of epistemology and method have created one of the most serious intellectual crises, questioning the very legitimacy of judicial systems and the integrity of legal studies.”

²⁵ Como explica Featherstone, p. 17, qualquer referência à pós-modernidade imediatamente expõe o autor a críticas, críticas de estar “na moda”, de estar “ultrapassado” pelo pós-pós-modernismo, de usar “palavra sem sentido”, de defini-la de forma “errada”, de “exagerar” seu uso, de “menosprezar” seu uso, enfim, críticas de todos os sentidos e matizes. (Featherstone, Mike, *Cultura de Consumo e pós-modernismo*, Trad. Júlio Assis Simões, Studio Nobel, São Paulo, 1995, p. 17)

²⁶ Esta reação “afirmativa” e de “reconstrução” já defendemos em dois artigos, *A crise...*, in *Cidadania e Justiça-Revista da AMB*, ano 3, nr. 6 (1999), p. 237 e seg.

²⁷ Segundo Pauline Marie Rosenau (ROSENAU, Pauline Marie, *Post-modernism and the social sciences*, Princeton Univ. Press, Princeton, 1992, p. 53 e 57), com a atual crise das ciências sociais, dois tipos de reações estão acontecendo, há os que desconstruem as teorias antes gerais, criticam severamente as soluções universalistas, mas acabam paralisados, minoritários, a utilizar os mesmos instrumentos jurídicos dos séculos passados, agora subjetivados ao extremo (p. 53, “the skeptical's post-modern individual”). Há os que, saudosos de algumas certezas da modernidade, procuram reconstruir as teorias em novas narrativas, frisam o diálogo de fontes, constata a existência de novos paradigmas e verdades, verdades que mesmo mais tolerantes, fluidas, menos universais e agora microsistêmicas, povoam de sentido o ordenamento atual (p. 57, “affirmative post-modernists”). Aos primeiros, denominou a autora pós-modernos cépticos, os segundos, pós-modernos afirmativos, e fotografou assim a crise atual de nossa ciência; concluindo que somente após retomar ao estudo do objeto (que poderia ser, em nosso caso, a Justiça ao consumidor de serviços no Brasil) é que aabalada ciência, o Direito, poderia, enfim, revitalizar-se (p. 57).

fracos na sociedade de consumo, daí a importância do estudo do sujeito tutelado, o consumidor. Esta consciência e receio é que devem guiar-nos para uma interpretação, concreção e aplicação do CDC cada vez mais voltadas para a realização dos seus princípios motores e dos ideais antigos e atuais de igualdade material de desiguais, de liberdade racional e informada, de solidariedade e Justiça distributiva no mercado.²⁸ Apesar da complexidade das relações atuais e do sistema do Direito, há que prevalecer uma ética reconstrutiva,²⁹ uma dogmática renovada³⁰ e uma interpretação protetiva e útil para este agente econômico privilegiado, o consumidor, modo a tornar eficaz o CDC e o Direito do Consumidor.

I - AS PLURAIS DEFINIÇÕES DE CONSUMIDOR NO CDC: ENTRE PÓS-MODERNIDADE E INTERPRETAÇÃO FINALISTA

O novo do CDC é ter identificado este

sujeito de direitos, o consumidor e ter construído um sistema de normas e princípios orgânicos para protegê-lo e efetivar seus direitos.³¹ A identificação deste novo sujeito de direitos, deste grupo de não-iguais, de vulneráveis parece-me ter fortes conotações pós-modernas.³² No caso brasileiro, trata-se da realização de um direito fundamental (positivo) de proteção do Estado³³ para o consumidor (Art. 5, XXXII da CF/88). O consumidor foi identificado constitucionalmente (Art. 48 do ADCT) como agente a ser necessariamente protegido de forma especial.

A. Crise da pós-modernidade e a pluralidade de sujeitos

Se desejamos verificar se o consumidor, se este sujeito de direitos “novo”, possui as qualidades de um sujeito de direitos pós-moderno, e estaria adaptado ao atual pluralismo de sujeitos e de leis, mister analisar a crise da pós-modernidade e seus reflexos no direito. Para conduzir esta análise iremos nos basear na teo-

²⁸ Em sua obra *Beyond Interpretation*, Gianni Vattimo propugna a volta da hermenêutica a seus ideais antigos, como forma de reconstruir a filosofia e as ciências sociais: “The task of contemporary hermeneutics seems to be that of articulating in an ever more complete and explicit form this original inspiration...” (Vattimo, Gianni, *Beyond Interpretation - The Meaning of Hermeneutics for Philosophy*, Stanford University Press, Stanford, 1997, p. 111).

²⁹ Assim propugna também Leonard, Peter, *Postmodern Welfare- Reconstructing an Emancipatory Project*, Sage Publications, Londres, 1997, p.164: “If we are to pursue the idea that welfare has an emancipatory potential as yet only half-revealed in the modern welfare state, then we must consider how we are to navigate our way through the turbulent waters produced by two moral obligations which in practice have often stood in conflict with each other: to difference and to solidarity.”

³⁰ Assim também Ladeur, Karl-Heinz, Superamento della complessità attraverso la capacità di apprendimento del diritto. L'adeguamento del diritto alle condizioni del Postmoderno. Una critica alla teoria giuridica del discorso di Jürgen Habermas, in *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV série, V. LXXXIII, n. 3, 1996, p. 480 a 511.

³¹ Veja sobre o tema, menção de Azevedo, Antonio Junqueira de, *O Direito pós-moderno e a codificação*, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 33 (2000), p. 124.

³² Assim identifica Minda, p.74, o início da desconstrução da “modern jurisprudence” e dos “postmoderne legal movements” justamente na decisão da Suprema Corte americana no caso *Brown*, sobre direitos iguais das pessoas de raças diferentes: “In *Brown*, the Supreme Court rejected the theory of separate but equal because legal analysis had failed to take into account inequality arising from cultural context, and because the theory itself failed to take account of the role law played in reinforcing the cultural values of race discrimination.”

³³ Sobre o tema do direito à alguma coisa (Rechte auf etwas), no caso uma ação positiva (Rechte auf positive Handlungen), veja Alexy, p. 179 e seg.

ria de Erik Jayme³⁴ sobre os reflexos da cultura pós-moderna no direito atual.

Como afirmamos anteriormente, o pós-modernismo é uma crise de desconstrução,³⁵ de desdogmatização do Direito,³⁶ para outros, é um fenômeno de pluralismo e relativismo cultural arrebatador a influenciar o Direito,³⁷ que aumenta a liberdade dos indivíduos,³⁸ mas diminui o poder da crítica, da evolução histórica³⁹ e da verdade no Direito,⁴⁰ fenômeno contemporâneo à globalização⁴¹ e à perda da individualidade moderna⁴², mas que assegura novos Direitos individuais à diferença⁴³ e aumenta o radicalismo⁴⁴ das linhas tradicionais. A pós-modernidade é um jogo de palavras, um con-

ceito aberto, para alguns até mesmo inexistente, uma moda, "postis" como afirma Habermas.⁴⁵ Particularmente, parece-me ser apenas uma tentativa, uma denominação sucinta para descrever a crise deste final de século nas artes, na cultura, nas ciências⁴⁶ em geral e no Direito em especial, e as modificações contrárias ou "posteriores" aos ideais do Direito moderno de igualdade, liberdade e fraternidade. É uma tentativa de descrever o grande ceticismo, o fim do racionalismo, o vazio teórico, a insegurança jurídica que se observam efetivamente na sociedade, no modelo de Estado, nas formas de economia, na ciência, nos princípios e nos valores de nossos povos nos dias atuais.⁴⁷ Os pensadores europeus estão a denominar este momento de rom-

³⁴ *Veja Curso de Haia, p. 36 e seg. Veja do mesmo autor seu artigo sobre Direito Comparado pós-moderno, publicado na Revista dos Tribunais nr. 759, janeiro 1999, p.24 a 40, Visões para uma teoria pós-moderna do Direito Comparado. Veja também de minha autoria, utilizando sua teoria, os artigos, in Revista Direito do Consumidor, vol 22, pg. 64-86, Contratos de time-sharing e a proteção dos consumidores: crítica ao direito civil em tempos pós-modernos e in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, pg. 19-38, Contratos bancários em tempos pós-modernos- primeiras reflexões.*

³⁵ *Assim CARTY, Anthony (Ed.), Post-Modern Law, Edimburg, Univ. Press, 1990, p. viii: "Pos-modernism as a method of legal deconstruction can as well be applied to the English and other legal orders."*

³⁶ *SANTOS, Boaventura de Souza, Introdução a uma ciência pós-moderna, Ed. Graal, Rio, 1989, p. 17.*

³⁷ *Assim, JAYME, p. 36 e seg. Veja sobre cultura e Direito LOPES, José Reinaldo de Lima, Direito e Transformação Social, Belo Horizonte, Ed. Nova Alvorada, 1997, p. 77. Veja também nosso Artigo Cem anos de BGB e o Código Civil Brasileiro, in Revista dos Tribunais vol. 741, p. 21 e seg.*

³⁸ *FRIEDMAN, Lawrence, The Republic of Choice, Cambridge, Harvard University Press, 1994, p. 61.*

³⁹ *VATTIMO, Gianni, O fim da modernidade- nihilismo e hermenêutica na cultura pós-moderna, São Paulo, Martins Fontes, 1996, p. XII.*

⁴⁰ *FOUCAULT, Michel, La verdad y las formas jurídicas, Ed. Gedisa, 4 R., Barcelona, 1996, p. 80.*

⁴¹ *JAYME, Curso, p. 36.*

⁴² *GHERSI, La posmodernidad, p. 56, menciona relações econômicas sem sujeito, relações de grupos.*

⁴³ *JAYME, Curso, p. 37.*

⁴⁴ *GELLNER, Ernest, Pós-modernismo, Razão e Religião, Instituto Piaget, Lisboa, 1992, p. 11.*

⁴⁵ *Como afirma Habermas, reconhecer, nomear ou denominar um fenômeno, como se faz com o pós-modernismo, significa se distanciar suficientemente deste e, mesmo, decretar o seu fim. Habermas não se considera pós-moderno, está comprometido com os ideais da modernidade, chega a ironizar a freqüente utilização na literatura atual desta denominação, "pós", mas, por fim, reconhece a importância destes pensadores como sensíveis indicadores do "Zeitgeist", do pensamento e espírito atual a indicar uma mudança, assim HABERMAS, Jürgen, Nachmetaphysisches Denken, Ed. Suhrkamp, Frankfurt, 1992, p. 12.*

⁴⁶ *Veja HARVEY, David, The Condition of Postmodernity - An enquiry into the Origins of Cultural Change, Cambridge/Massachusetts 1994, p. 3 a 42 e KAUFMANN, Arthur, Grundprobleme der Rechtsphilosophie, München, Beck, 1994, p. 224 e seg.*

⁴⁷ *Como explica Vattimo em sua introdução, "O pós de pós-moderno indica, com efeito, uma despedida da modernidade...", veja VATTIMO, 1996, p. VII.*

pimento (*Umbruch*), de fim de uma era e de início de algo novo, ainda não identificado.⁴⁸ Chame-se como desejar o momento atual de crise e de mudança, a sua realidade supera qualquer expectativa⁴⁹ e seus reflexos no Direito⁵⁰ não podem mais ser negados.

1. O aparecimento de um novo sujeito e a interpretação de sua codificação especial

Interessante observar que as primeiras análises dos reflexos da crise da pós-modernidade na sociedade de consumo⁵¹ indicavam que a despersonalização das relações, iniciada com as relações massificadas de adesão e métodos mecânicos de contratação, levaria ao nascimento de "contratos sem sujeito"⁵² ou mesmo de uma decantada "morte do sujeito"⁵³, em uma desconstrução total deste sujeito.⁵⁴ Certo é que

as noções de indivíduo e sujeito mudaram,⁵⁵ mas também mudou nosso direito e nossa maneira de ver o sujeito: o sujeito de direitos está lá, não morreu, nem desapareceu, foi "resignificado".⁵⁶ Parece-nos que, ao contrário, este sujeito qualificou-se com direitos,⁵⁷ multiplicou-se, hoje são muitos sujeitos individuais, sujeitos homogêneos, coletivos e difusos, em um novo pluralismo de sujeitos que não impede que recebam e exerçam - diretamente ou através de representantes- seus direitos. Aceita esta premissa, interessa-nos, a afirmação de Erik Jayme que o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade, qualifica-se quando recebe direitos fundamentais e acaba por modificar as instituições em que está.⁵⁸

Sobre este sujeito novo de direitos, que é o consumidor poderíamos inicialmente frisar que como sujeito de direitos apareceu não faz muito tempo. Surgiu nos anos 60-70, identifica-

⁴⁸ *Veja LYOTARD, Jean-François, Das postmoderne Wissen - Ein Bericht, [Aus dem Französischen von Otto Pfersmann], Viena, Ed. Passagen, 1994, p. 13.*

⁴⁹ *TOURRAINE, Alain, Uma Visão Crítica da Modernidade, in Cadernos de Sociologia/ UFRGS, vol. 5, 1993, 1995, pg. 37.*

⁵⁰ *GHERSI, La posmodernidad, pg. 27.*

⁵¹ *Como ensina Tourraine, Alain, Crítica da Modernidade, Instituto Piaget, Lisboa, 1994, p. 304, a sociedade de consumo e a sociedade de informação "fizeram nascer um individualismo que se opõe mais eficazmente, hoje em dia, à idéia de sujeito do que o antigo poder absoluto da razão".*

⁵² *A expressão é criação de Ghersi, La postmodernidad, p. 56.*

⁵³ *A expressão "the death of the subject" é usada por Jamenson, p. 5, mas no sentido-não de objeto/tema- mas de sujeito ou de "end of individualism as such".*

⁵⁴ *Veja, muito crítico quanto à veracidade histórica deste decantado (e cínico) discurso pós-moderno de desconstrução, Bewes, Timothy, Cynism and Postmodernity, Verso, London, 1997, p. 45 e seg.*

⁵⁵ *Esta é a conclusão de Jamenson, p. 6 e Ghersi, La postmodernidad, p. 56.*

⁵⁶ *Na literatura estrangeira, veja o tomo 34 dedicado ao tema (Le sujet de droit) dos Archives de Philosophie du Droit, Sirey Ed, Paris, 1989.*

⁵⁷ *Esta é a interessante proposta da Leonard, p. 32 e seg, de reconstrução do sujeito através de um projeto que chama de "antecipatório", como a protegê-lo das pressões do mundo atual, como a qualificar sua autonomia de vontade, agora informada e protegida, como a garanti-lo dos riscos múltiplos e complexos de nossa sociedade para que possa nela bem (e racionalmente...) contratar. sobre autonomia racional (tese de Chardin), veja nosso artigo Os contratos de crédito e a legislação brasileira de proteção do consumidor, publicado na Revista Direito do Consumidor, vol 18, pg. 53-76.*

⁵⁸ *Esta foi a afirmação básica de seu curso "Direito Patrimonial de Família na pós-modernidade", em 1996, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, ainda inédito. Veja também, no mesmo sentido geral, sobre respeito ao indivíduo e seus direitos humanos, Jayme, Curso, p. 49 e seg.*

do então entre os contratantes, como cliente, como comprador, como aquele que é o transportado, o locatário, o mutuário, enfim, aquele cliente bancário e securitário, beneficiário, contratante ou terceiro-vítima.

Do seu aparecimento nos Estados Unidos levou certo tempo para “surgir” legislativamente no Brasil, apesar de ter conquistado facilmente a Europa e todos os países capitalistas da época.⁵⁹ Dai a importância da Constituição de 1988 ter reconhecido este novo sujeito de direitos, assegurado sua proteção (Art. 5, XXXII e Art. 170, inciso V da CF/88) e mandado (*Gebof*) legislar sobre seus direitos (Art. 48 dos ADCT). O artigo 5º estabelece como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseada na livre iniciativa (*caput*), mas limitada pelos direitos subjetivos do consumidor (inciso V). Hoje, ter direitos constitucionais assegurados é ter liber-

dades e garantias especiais.⁶⁰

A Constituição de 1988 é, pois, a origem da codificação tutelar dos consumidores no Brasil. Esta lei protetiva é uma micro-lei, lei privilegiadora, microsistema⁶¹ que acaba por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertencia o “novo” sujeito, o Direito Privado. Trata-se da necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerável, o mais fraco.⁶² Note-se que a lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de Igualdade.⁶³

Segundo Erik Jayme,⁶⁴ os direitos humanos seriam as novas “normas fundamentais”⁶⁵ e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito civil, a ponto do Direito assumir um novo papel social, como limite, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos.⁶⁶ A teoria elaborada por Erik Jayme é coinciden-

te com a de muitos autores do primeiro mundo⁶⁷ O mestre de Heidelberg ensina: o instrumento reequilibrador (re-personalizante, diria eu) do atual Direito Contratual são os direitos humanos.⁶⁸ Iremos reconstruir a abalada ciência do Direito Privado através da valorização dos direitos do homem, da Igualdade que está nessa idéia.⁶⁹

Interessante observar que também Jayme procura na Constituição a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados.⁷⁰ Historiadores do direito, como Bartolomé Clavero na Espanha, afirmam que para uma nova codificação⁷¹ é necessário uma crise social, mesmo uma revolução, a qual imponha uma nova Constituição, uma lista nova de direitos fundamentais. Da crise nascerá a resposta. No caso concreto, essa lista de direitos está na nossa Constituição Fede-

ral de 1988. Depois da crise da ditadura militar, veio a “revolução” democrática e a lista de direitos presente na Constituição Federal de 1988 foi capaz de forçar o Estado a mudar seu ordenamento jurídico interno.⁷² É o que parece ter acontecido no Brasil, onde a Constituição de 1988 prima pela lista de direitos fundamentais, dentre os quais se destaca o definido pelo inciso XXXII do art. 5: “*O Estado promoverá na forma da lei a defesa do consumidor.*” O art. 48 das Disposições Transitórias da Constituição Federal de 1988 ordenou ao legislador ordinário organizar um Código de Defesa do Consumidor, em plena era da descodificação.⁷³

Assim, desta lista de direitos fundamentais nascerá a legislação infraconstitucional, os novos códigos, uma codificação já diferente.⁷⁴ É a reconstrução através de nova microcodificação.⁷⁵ O Código de Defesa do Consu-

⁶⁷ Veja ARNAUD, André-Jean, O Juiz e o auxiliar judiciário na aurora do pós-modernismo, in *Revista AJURIS* vol. 53 (1991), p. 223 e seg. . Em seu recente livro, ARNAUD, André-Jean, O direito entre modernidade e globalização, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 201 e 202. Veja nos Estados Unidos, partindo de idéias economicistas a análise de MINDA, Garry, Postmodern Legal Movements- Law and Jurisprudence at Century's end, New York University Press, New York, 1995 e, na Alemanha, KAUFMANN, Arthur, Grundprobleme der Rechtstphilosophie, München, Beck, 1994, p. 224 e seg.

⁶⁸ Veja JAYME, Curso, p. 247 e seg.

⁶⁹ Sobre as dificuldades para efetivar e concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, veja CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas, Os direitos econômicos, sociais e culturais no início da década de noventa, in *Revista Jurídica Mimeira*, vol. 104, nov/dez. 1993, p. 24 e seg.

⁷⁰ Jayme, Curso, p. 36 e seg.

⁷¹ Assim a definição de Nolde: „La Codification pourrait être définie comme la création de „système“ de règles de droit logiquement unifiées“, citado por Erik Jayme, „Considerations historiques et actuelles sur la codification du Droit International Privé“, in *Recueil des Cours de l'Académie de la Haye*, n. 177 (1982, IV), p. 23. Pela sobrevivência da idéia de codificação no Brasil, veja Andrade, Fábio Siebeneichler de, Da Codificação-Crônica de um Conceito, Ed. Livraria dos Advogados, Porto Alegre, 1997, p. 172.

⁷² Clavero, Bartolomé, Codificación y Constitución: Paradigmas de un binomio, in *Quaderni Fiorentini*, Nr. 18 (1989), p. 81 e 82.

⁷³ A expressão constitui o título da famosa obra de 1979 do italiano Natalino Irti [L'età della decodificazione], na qual previa o fim das codificações que marcaram os sécs. XVIII e XIX. Os códigos superados pelas leis esparsas passariam a fonte residual do direito privado. Apesar de realista a observação, contra ela levantaram-se autorizadas vozes, no XI Congresso da „Académie de Droit Comparé“, em 1982, em Caracas, alertando que legislar em forma de Código trazia em si muitas vantagens.

⁷⁴ Defendendo uma codificação diferenciada, souple e especializada em tempos neo-liberais, Nusdeo, Fábio, Fundamentos para uma Codificação do Direito Econômico, Ed. Revista dos Tribunais, 1995, p. 169 e seg.

⁷⁵ Segundo Filomeno, p. 19, o CDC é um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar, Filomeno, José Geraldo Brito, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 19.

⁵⁹ Sobre a evolução no direito comparado e a tramitação do projeto no Brasil, veja a introdução de Ada Pellegrini Grinover e Antônio Herman Benjamin, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos Autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 1 a 13.

⁶⁰ Na expressão de Alexy, estes direitos asseguram/garantem/estimulam a efetivação da Dignidade do Homem, sua Liberdade e Igualdade (“...was die Verwirklichung von Menschenwürde, Freiheit und Gleichheit fordert”), ALEXY, Robert, Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Frankfurt, 1996, p. 15.

⁶¹ Segundo Filomeno, o CDC é um microsistema jurídico de caráter inter e multidisciplinar, FILOMENO, José Geraldo Brito, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto, Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 19.

⁶² Veja ALEXY, p. 357 e seg., sobre o direito de igualdade e o mandamento de tratamento desigual dos desiguais, p. 371 e seg.

⁶³ Veja ALEXY, p. 410 e seg., sobre o direito à uma ação positiva (e protetiva) do Estado.

⁶⁴ JAYME, Erik, Identité culturelle et intégration: Le droit internationale privé postmoderne - Cours général de droit international privé 1995, in: *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1995, II, p. 37.

⁶⁵ Assim LORENZETTI, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 249 e seg.

⁶⁶ Neste sentido, veja belíssima passagem sobre a força normativa do Direito Constitucional Brasileiro, no voto do eminente autor e Juiz Almeida Melo, in *RJTAMG* 69, p. 369, em caso de empréstimo bancário envolvido pessoa física e Banco, em que esta foi equiparada a consumidor ex vi Art. 29 do CDC por sua vulnerabilidade, APC 246.629-5, j.11.11.97, em benefício de Emanuel C. M., Rel. Juiz Almeida Melo.

midor, Lei 8.078/90, nasce, pois, da Constituição brasileira. O artigo 5º estabelece como direito fundamental do cidadão brasileiro, a defesa dos seus direitos como consumidor. O artigo 170 estabelece que a ordem constitucional econômica do nosso mercado será baseada na livre iniciativa (*caput*), mas limitada pelos direitos do consumidor (inciso V). E por fim, o artigo 48 das disposições transitórias, determina elaborar lei tutelar exatamente em forma de código: um todo construído, conjunto de normas sistematizado por uma idéia básica, a da proteção deste sujeito especial. O instrumento de renovação teórica, o instrumento de renovação dos direitos fundamentais do cidadão, estava dada, estava posto na Constituição.

Em outras palavras, em tempos pós-modernos este sujeito identificado pelo Direito reivindicará sua própria lei, leis especial subjetiva, lei geral para todas as relações que atua como consumidor. Esta lei protetiva é uma micro-lei, lei privilegiadora, microsistema que acaba por abalar ou pelo menos modificar o sistema geral a que pertencia o sujeito, no caso, o Direito Civil. Trata-se, porém, de uma necessária concretização do Princípio da Igualdade, de tratamento desigual aos desiguais, da procura de uma igualdade material e momentânea para um sujeito com direitos diferentes, sujeito vulnerá-

vel, mais fraco.⁷⁶ A lei especial e os direitos a ele assegurados são aqui instrumentos de Igualdade.⁷⁷

Podemos, pois, comprovar a hipótese de que a identificação constitucional deste sujeito⁷⁸ importou na declaração de seus direitos, que por sua vez levou à micro-codificação tutelar. Cabe agora examinar se o aparecimento deste sujeito, com sua lei especial tutelar, realmente teve o condão de abalar a teoria contratual existente e de rejuvenescer os ramos do direito em que há a presença deste sujeito de direitos novo. Isto é, tentaremos estudar o consumidor como sujeito de reconstrução ou como nas palavras belíssimas do desembargador Antônio Janyr Dall'Agnol, um sujeito de "oxigenação", de reconstrução do Direito Civil como um todo.

2. Sujeito qualificado por direitos fundamentais e o Princípio da Igualdade

Em suas aulas na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, explicitou o Prof. Erik Jayme que este sujeito de direitos pós-moderno é um sujeito qualificado, identificado com direitos constitucionais fundamentais,⁷⁹ direitos humanos básicos⁸⁰ e

⁷⁶ Veja Alexy, p. 357 e seg., sobre o direito de igualdade e o mandamento de tratamento desigual dos desiguais, p. 371 e seg.

⁷⁷ Veja Alexy, p. 410 e seg., sobre o direito à uma ação positiva (e protetiva) do Estado.

⁷⁸ Veja Alexy, p. 177 e seg., sobre direitos fundamentais como direitos subjetivos.

⁷⁹ Sobre as dificuldades para efetivar e concretizar os direitos econômicos, sociais e culturais, veja Camargo, Ricardo Antônio Lucas, Os direitos econômicos, sociais e culturais no incício da década de noventa, in *Revista Jurídica Mimeira*, vol. 104, nov/dez. 1993, p. 24 e seg.

⁸⁰ A teoria de Jayme é baseada nos direitos humanos, pois foi concebida para o direito internacional privado, a sua "nacionalização" teria como correspondente os direitos fundamentais, no caso brasileiro aqueles recebidos pela CF/88, a qual, porém, apresenta (à semelhança do art. 7º do CDC) uma interface aberta para os demais direitos humanos reconhecidos em Tratados Internacionais que o Brasil seja parte (Art. 5º 2 da CF/88). Criticando Habermas por usar apenas os direitos fundamentais em seu capítulo sobre paradigmas do Direito na teoria do discurso, veja HÖFFE, Otfried. "Una conversione della teoria critica sulla teoria del diritto e del estado di Habermas" in *Rivista Internazionale de Filosofia del Diritto*, IV série, v. LXXI, n.1, 1994, p. 285.

que, por isso, mesmo é o sujeito novo a ser protegido, tutelado pelo Direito.⁸¹ Para Erik Jayme o *Leitmotive*, isto é, o fio condutor do direito na pós-modernidade, do direito do século XXI serão os direitos humanos.⁸² Uma afirmação bastante forte no momento em que são justamente esses direitos humanos menosprezados em tantas guerras, violências, barbarismo, tanto individualismo, tanto egocentrismo realmente na nossa sociedade. Por vezes, parecemos uma sociedade darwiniana, onde somente os fortes sobreviverão, deixando os outros pelo caminho. Na teoria de Jayme, o *revival* dos direitos humanos é proposto como elemento guia, como novos e únicos valores seguros a utilizar neste caos legislativo e desregulador, de codificações e microsistemas, de leis especiais privilegiadoras e de leis gerais ultrapassadas, de *soft law* e da procura de uma equidade cada vez mais discursiva do que real. Os direitos fundamentais seriam as novas "normas fundamentais"⁸³ e estes direitos constitucionais influenciariam o novo direito privado, a ponto do direito civil assumir um novo papel social, como limi-

te, como protetor do indivíduo e como inibidor de abusos. A teoria elaborada por Jayme é coincidente com a de muitos autores do primeiro mundo⁸⁴ O mestre de Heidelberg insiste: o instrumento reequilibrador (re-personalizante, diria eu) do atual direito são os direitos humanos. Iremos reconstruir a abalada ciência do direito através da valorização dos direitos do homem, da Igualdade que está nessa idéia.

Realmente identificar no outro um sujeito de direitos fundamentais, de direitos humanos básicos é uma idéia de igualdade. Reconhecer que o outro é totalmente pessoa, tem os mesmos direitos do que eu, logo, os meus direitos não podem sobressair, abafar, diminuir, impedir o exercício e a efetividade dos direitos do outro, é a base do igual. Como pregam os doutrinadores da *Law and Economics*, assegurar direitos a um agente é limitar o exercício dos direitos e das escolhas possíveis do outro...tem custos e externalidades.⁸⁵ Aqui asseguram-se direitos humanos de proteção a um. Para o mestre de Heidelberg a solução de

⁸¹ Esta foi a idéia básica de seu curso "Direito Patrimonial de Família na pós-modernidade", em 1996, ainda inédito. Veja, defendendo conclusões similares, seu Curso de Haia, Jayme, Curso, p. 49 e seg.

⁸² Jayme, Curso, p. 37.

⁸³ Assim Lorenzetti, Ricardo Luis, Fundamentos do Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 249 e seg.

⁸⁴ Veja Arnaud, André-Jean, O Juiz e o auxiliar judiciário na aurora do pós-modernismo, in *Revista AJURIS* vol. 53 (1991), p. 223 e seg. . Em seu recente livro, Arnaud, André-Jean, O direito entre modernidade e globalização, ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1999, p. 201 e 202 resume esta superação destacando: "...minhas teses são as que seguem: 1º) que a pós-modernidade em direito se caracteriza por uma preocupação de superação dialética do paradigma "moderno" fundado sobre um feixe de conceitos englobando abstração e axiomatização do direito, subjetivismo, simplicidade e segurança das relações jurídicas, separação da sociedade civil e do Estado, universalismo e unidade da razão jurídica; 2º) que a crise contemporânea do Estado, do direito e da justiça...bem poderia ter como causa um esgotamento das raízes de nossas instituições...;3º) que a globalização bem poderia, pelo menos em parte, coincidir intelectualmente com um pensamento jurídico pós-moderno...um direito pós-moderno...se caracterizaria por uma vontade de pragmatismo e derelativismo, pela aceitação do descentramento do sujeito, por uma pluralidade das racionalidades, pelo risco que lhe é inerente, pelo retorno da sociedade civil e pela apreensão das relações jurídicas na complexidade das lógicas bruscamente estilhaçadas." Veja nos Estados Unidos, partindo de idéias economicistas a análise de Minda, Garry, Postmodern Legal Movements- Law and Jurisprudence at Century's end, New York University Press, New York, 1995 e Mercurio, Nicholas e Medema, Steven, Economic and the Law- from Posner to post-modernism, Princeton University Press, Princeton, 1997, na Alemanha, ZIMA, Peter, Moderne/ Postmoderne, UTB, Francke, Tübingen, 1997.

⁸⁵ Assim ensina acriticamente Mercurio/Medema, p. 115 a 117.

antinomias e da complexidade das relações atuais está na interpretação guiada e hierarquizada pelos direitos humanos.⁸⁶ Se os direitos humanos recebidos nas Constituições são direitos fundamentais, serão esses direitos fundamentais (normas constitucionais péticas e básicas) que permitirão a interpretação do direito do novo milênio, que terá justamente (e necessariamente) base constitucional.⁸⁷

Este *revival* dos direitos humanos, e nos países do direito civil constitucional, tem uma explicação simples. O direito civil perdeu em importância científica. Se nós na pós-modernidade já não acreditamos na ciência em geral, nem na ciência do direito, nem mesmo que o direito positivado do tipo germânico-romano seria um sistema fechado, se trabalhamos hoje com a possibilidade que seja um sistema aberto, aberto a fatores antes externos como a ideologia e a economia para que lhe sirvam de verdadeiros legitimadores...se coisas que estavam fora do Direito, que não eram juridicamente relevantes, passam a ser juridicamente relevantes.⁸⁸ Bem, neste sistema de vazio dogmático e científico, de incertezas e probabilidades, será justamente através da interpretação

constitucional dos direitos humanos, reconhecidos nas constituições dos países, que encontraremos nós a linha para reconstruir o Direito.⁸⁹ A igualdade é uma das grandes meta-narrativas da modernidade⁹⁰, mas a pós-modernidade tende a destacar o que há de “diferente” e “privilegiador” nestes novos direitos humanos⁹¹, permitindo a desigualdade formal para atingir a igualdade material.⁹² No caso do CDC, asseguraram-se direitos ao consumidor para alcançar a igualdade material dos desiguais, garantem-se direitos de escolha, reflexão, informação e transparência para proteger sua abalada liberdade ou autonomia de vontade dos consumidores nos contratos. Difícil dizer se esta seria uma qualidade pós-moderna, pois a autonomia da vontade domina tanto o direito moderno quanto pós-moderno.

Segundo Brilmayer⁹³ tanto a modernidade, quanto a pós-modernidade são baseadas no discurso dos direitos, a primeira no discurso dos direitos adquiridos, na segurança (institucional), a segunda, nos direitos qualificados por sua origem, no discurso dos direitos fundamentais como resultados de um objetivo de política legislativa (narrativa), de um interesse

⁸⁶ Veja Jayme, Curso, p. 247 e seg.

⁸⁷ Assim também conclui Lorenzetti, Ricardo, *El juez y las sentencias difíciles- Colision de Derechos, principios y valores*, in *La Ley*, 25.02.1998, p. 1 e seg.

⁸⁸ Trilhando outros caminhos, assim conclui Menezes Cordeiro, Antônio, “Ciência do Direito e Metodologia Jurídica”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 48, Dez. 1988, p. 75, ao concluir que o sistema presente do direito é “aberto, móvel, heterogêneo e cibernético.”

⁸⁹ Veja Rizzatto Nunes, Luiz Antonio, Comentários ao CDC, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 2 a 69, que examina o CDC a partir dos direitos fundamentais presentes na CF/88.

⁹⁰ Defendendo que a isonomia de tratamento é uma das conquistas da modernidade, manifesta-se Lima, Paulo Roberto de Oliveira, Isonomia entre os sexos no sistema jurídico nacional, Ed. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1993, p. 14.

⁹¹ Assim Brilmayer, Lea, Post-modernism in American Choice of Law, in *Liber Memorialis François Laurent*, Bruxel, 1989, p. 702 e 705.

⁹² Também a modernidade permite a desigualdade formal para atingir a igualdade material, a pergunta é de grau, de qualificação, de tonalidades mais seguras (moderno) ou mais caóticas, inseguras, desreferenciadas (pós-moderno).

⁹³ Assim Brilmayer, p. 702 e 705.

ou de um discurso social. Neste sentido, o sistema do CDC coaduna-se mais com a pós-modernidade, à procura da efetivação dos direitos humanos... direitos do consumidor no mercado atual. Certo é que o direito à igualdade é um dos primados do direito moderno, mas são em sua maioria direitos “negativos” de igualdade (*Abwehrrechte* - direitos de defesa, direitos a uma conduta negativa - *Rechte auf negative Handlungen*).⁹⁴ Pós-moderno é o direito a ser (e continuar) diferente⁹⁵ (*droit à la différence*),⁹⁶ é o direito à igualdade material (e tópica) reconstruída por ações positivas (*Rechte auf positive Handlungen*)⁹⁷ do Estado em pró do indivíduo identificado com determinado grupo.⁹⁸

Assim, podemos concluir que a análise de Jayme traz duas contribuições importantes: 1) fornecer base científica para a concentração hoje existente no sujeito de direito consumidor, como o mais vulnerável no mercado de consumo. É aquele sujeito a merecer especial proteção do direito, principalmente no que se refere ao exercício de seus direitos e em caso de conflito eventual de interesse com outros agentes (fornecedores etc.); 2) destacar a hierarquia dos direitos ora em conflito, no caso, direitos humanos, direitos fundamentais do consumidor, a exigir maior cuidado do aplicador da lei. A exigir capacidade para dar *efeito útil* para este mandamento constitucional, realizando um verda-

deiro *diálogo de fontes*. Em outras palavras, aplicar a lei infraconstitucional sobre os direitos do consumidor, o CDC, não pode mais ser um exercício programático, deve ser um exercício efetivo de concretização destes direitos no mundo dos fatos, uma vez que esta lei envolve direitos e garantias constitucionais dos mais fracos na sociedade e deve realizar sua finalidade legislativa de proteção efetiva. O CDC não é um discurso pós-moderno, é um instrumento.

Mister, pois, analisar o CDC como sistema, como contexto construído, codificado, organizado de identificação do sujeito beneficiado. Isto porque o CDC brasileiro não é um Código de “consumo”, como a consolidação legal francesa denominada *Code de la Consommation*, nem é uma lei geral sobre contratos de adesão comerciais e civis, concentrada no método do uso das cláusulas contratuais gerais, como lei alemã de 1976, *AGBGesetz*.⁹⁹ O CDC brasileiro concentra-se justamente no sujeito de direitos, visa proteger *este sujeito*, sistematiza suas normas a partir desta idéia básica de proteção de apenas um sujeito “diferente” da sociedade de consumo: o consumidor. É *Código* (todo construído sistemático) de *Proteção* (idéia básica instrumental e organizadora do sistema de normas oriundas de várias disciplinas necessárias ao reequilíbrio e efetivação desta defesa e tutela especial) do *Consumidor!*

⁹⁴ Veja as lições de Alexy, p. 174.

⁹⁵ O retorno ao sentimento busca resgatar um conceito de ‘felicidade individual’ em todas as searas jurídicas, especialmente em matéria de Direito de Família. Como bem destaca Carlos Alberto Ghersi, “es necesario antes de desarrollar estos derechos derivados, marcar o insistir en algo previo: el concepto posmodernista de la felicidad, pues condiciona y explicita toda esta temática de recreación de derechos individuales desde el derecho personalísimo. (...) Esto comienza a ser la base de la nueva felicidad, el placer y el vivir sin culpa. Se presenta como algo realista, que corregía utopías, se exaltaba la calidad de vida, por sobre la vida” (in *La posmodernidad jurídica*, Ed. Gowa, 1995, p. 33).

⁹⁶ Jayme, Cours, p. 251.

⁹⁷ Veja sobre estes direitos subjetivos, Alexy, p. 179.

⁹⁸ Veja Sarlet, Ingo W., A eficácia dos direitos fundamentais, *Livraria dos Advogados*, Porto Alegre, 1998, p. 48.

⁹⁹ Sobre Direito Comparado, veja Nery, Nelson Jr., Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do Anteprojeto Ed. *Foresense Universitária*, Rio de Janeiro, 6.ed., 1999, p. 429 e seg.

Eis porque identificar este sujeito protegido, sujeito de direitos especiais, agente escolhido para receber um microsistema tutelar legal é a pedra de toque do CDC. Os direitos básicos positivados são “do consumidor”, assim definido pelo CDC e de ninguém mais. Dai hoje as constantes discussões judiciais de agentes econômicos, especialmente pessoas jurídicas comerciantes querendo ser identificadas como consumidores. Esta “vontade” de ser identificado como consumidor apenas comprova que o regime imposto no CDC é um regime de excelência, funcional e funcionando com certo sucesso no direito brasileiro.

O aplicador da lei tutelar deve relembrar-se, porém, que os direitos básicos do CDC foram assegurados somente aos consumidores, motivo pelo qual todos querem esta “posição”, este papel, este *status*, único que assegura a subjetivação destes direitos, a entrada destes “interesses”/“expectativas” em seu patrimônio, que assegura o acesso aqueles instrumentos efetivos e práticos de proteção e realização dos direitos impostos e criados pelo CDC. Hoje todos querem ser consumidores do CDC. Este, porém, não é o sistema do CDC, que visa proteger só ao “consumidor”, aquele que ele mesmo define de forma estrita (Art.2 do CDC) ou aqueles que ele equipara a consumidor (Art. 2,§ único, Art. 17 e Art. 29 do CDC), sempre com base em sua norma objetivo¹⁰⁰ do Art. 4,inciso I do CDC: a proteção do vulnerável.

¹⁰⁰ Veja sobre normas-objetivo em geral, Grau, Eros Roberto, “Interpretando o Código de Defesa do Consumidor: algumas notas”, in *Direito do Consumidor* 5, p. 183 e seg.

¹⁰¹ Veja CAMARGO, p.24 e seg.

¹⁰² Veja, neste sentido, decisão de líder da 5ª Câmara Cível do TAMG concedendo a desconsideração da personalidade da pessoa jurídica com base no Art. 28 do CDC, justamente em benefício de consumidores pessoas físicas lesadas por um fornecedor. (5ª Câmara Cível, Ap. Civ. 114.409-4, rel. Juiz Aloysio Nogueira, j. 12.03.92, publicado in *Revista Jurídica Mineira*, vol. 102, julho/agosto de 1993, p.108-120). Em belíssimo e erudito voto vencedor, este leading case supera (do italiano, superamento) os dogmas comercialistas para proteger os mais vulneráveis, pessoas físicas, face à sucessão de empresas e a fraude à execução.

B. As várias definições de consumidor no CDC e pluralismo de sujeitos

1. A definição de consumidor *destinatário final*: por uma interpretação finalista e superadora da proteção apenas do contratante

O CDC define consumidor *stricto sensu* no Art. 2º como “*toda aquela pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatária final.*” Tive a oportunidade de afirmar que esta definição é bastante objetiva, mas que sua interpretação pode e deve ser finalística.¹⁰³ Parece-me uma boa oportunidade tecer algumas considerações em defesa desta interpretação finalista do conceito indeterminado “destinatário final” do Art. 2º do CDC.

a. Necessária utilização conjunta dos métodos de interpretação

Interpretar é estabelecer o sentido e o alcance da norma (“ação cujo evento útil é entender”).¹⁰⁴ Subsumir o caso à lei e interpretar esta são atividades normais do aplicador da lei,¹⁰⁵ sempre submetidas aos métodos de interpretação clássicos: interpretação gramatical, lógico-sistemática e teleológica.¹⁰⁶ Eis porque me sinto muito a vontade para defender uma interpretação finalística, sistemática e teleológica do Art. 2º do CDC, que denomino em minha obra de interpretação “finalista” da definição de consumidor *stricto sensu*.

¹⁰³ Veja nosso livro, *Contratos*, p. 141.

¹⁰⁴ MIRANDA, Custódio da Piedade Ubaldino, *Interpretação e Integração dos Negócios Jurídicos*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1989, p. 88 (citando Emílio Betti)

¹⁰⁵ MIRANDA, *op. cit.*, p. 109.

¹⁰⁶ Assim, incluindo a interpretação histórica e evolutiva, REALE, Miguel, *Lições Preliminares de Direito*, Ed. Saraiva, 16.ed., São Paulo, 1988, p. 277 e seg., e também MIRANDA, *op. cit.*, p. 121 e seg.

Tendo em vista a importância desta definição principal de consumidor do Art. 2º do CDC, parece-me que o conceito indeterminado “destinatário final” não comporta apenas interpretação literal como querem os maximalistas, bastando a destinação final fática da prestação de serviços, por exemplo a prestação securitária, de assunção/transfêrencia de riscos e de pagamento da indenização pelo valor do seguro. Esta interpretação simplista é inadaptada em caso de serviços, cuja prestação é imaterial e sempre “final” por essência. Por esta interpretação apenas gramatical, por exemplo, todo contrato de seguro, nacional ou internacional, profissional ou popular estaria submetido ao CDC. Não haveria mais seguro profissional e de grande porte que não fosse regulado pelo CDC, a deixar sem finalidade o direito comercial de seguros, por exemplo, seguros marítimos, seguros dos contratos internacionais, etc. Repito, face a importância do Art. 2º do CDC, mister utilizar simultaneamente os outros critérios normais de interpretação das leis. Certamente, ser destinatário final é retirar o bem de mercado (ato objetivo), mas e se o sujeito adquire o bem para utilizá-lo em sua profissão, adquire como profissional (elemento subjetivo), com fim de lucro, também deve ser considerado “destinatário final”? Se a definição do Art. 2º do CDC sozinha não responde à pergunta, é necessário interpretar a expressão “destinatário final” conforme os métodos antes mencionados.

Em outras palavras, este conceito indeterminado ou expressão legal “destinação final” merece também interpretação na lógica e no sistema do CDC, que é micro sistema

protetivo, de origem constitucional, sistema tutelar apenas do consumidor. Consumidor “destinatário final” do serviço securitário é neste sistema tanto o consumidor-contratante, como o consumidor-beneficiário do seguro. Interpretação sistemática esta que deve cumprir - ou considerar - (sempre) os princípios impostos pelo Art. 4 do CDC, especialmente, o princípio da vulnerabilidade de seu inciso I. O sistema do CDC construiu-se com esta idéia base de proteção do vulnerável, de tratamento protetivo e desigual do desigual, do mais fraco na sociedade de consumo; logo, a expressão “destinação final” contém a idéia base de seu sistema: regulação e re-equilíbrio (Art. 4,III do CDC). Por fim, para realizar a Justiça no caso concreto, o Art. 2º do CDC deve ser interpretado conforme a sua *ratio legis*, sua finalidade atual, como ensina o método de interpretação teleológica defendido pelo grande jurista Jhering.¹⁰⁷ A *ratio legis* de todas as normas do CDC está positivada, narrada, esclarecida no art. 4º do CDC,¹⁰⁸ que impõe respeito, lealdade, transparência e harmonia nas relações de consumo, atendido o princípio do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor, da boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores.

Ao interpretar o Art. 2º do CDC, segundo este métodos simultaneamente, parece-me não bastar mais a “destinação final” fática do produto ou serviço. Se bastasse todos os contratos que envolvessem dinheiro, como os contratos bancários, financeiros e securitários submeter-se-iam sempre ao CDC, uma vez que faticamente alguém (contratante ou terceiro)

recebe, em algum momento, uma quantia. Assim também, em todos os serviços absolutamente imateriais (fazer economicamente relevantes, como informações), seria difícil identificar um consumidor, destinatário final fático. Mister interpretar “destinatário final” como destinatário final econômico e fático, permitindo assim uma melhor identificação deste sujeito a proteger na complexidade e imaterialidade das relações contratuais atuais.

Segundo ensina um dos autores do CDC, José Geraldo Brito Filomeno, o conceito de adotado pelo Art. 2º é “*exclusivamente de caráter econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial.*”¹⁰⁹ Este abalizado autor conclui que no CDC: “*entendemos por consumidor, qualquer pessoa física ou jurídica que, isoladamente ou coletivamente, contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a aquisição ou a locação de bens, bem como a prestação de um serviço.*”¹¹⁰

Eis porque, como declarada “finalista”,¹¹¹ considero que a definição de consumidor do Art. 2º do CDC deve ser interpretada “restritivamente” dentro do sistema e da *ratio legis* de proteção dos vulneráveis. Trata-se do pilar que sustenta a tutela especial, agora concedida aos consumidores, e esta tutela só existe

¹⁰⁷ Veja Reale, *op. cit.*, p.286.

¹⁰⁸ Segundo Eros Roberto Grau trata-se de “norma objetivo”, norma guia do sistema, veja GRAU, Roberto, Interpretando o código de Defesa do Consumidor: algumas notas, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 5, p. 183 e seg.

¹⁰⁹ FILOMENO, *op. cit.*, pg. 26.

¹¹⁰ FILOMENO, *op. cit.*, p. 27.

¹¹¹ MARQUES, *Contratos*, p. 149.

porque o consumidor é a parte vulnerável nas relações contratuais no mercado, como afirma o próprio CDC no Art. 4.º, inciso I. Logo, convém delimitar claramente quem merece esta tutela e quem não a necessita, quem é o consumidor e quem não é. Proponho, então, que se interprete a expressão “destinatário final” do Art. 2º de maneira restrita, como destinatário final fático e econômico¹¹², como requerem os princípios básicos do CDC, expostos no Art. 4º e 6º.

Parece-me que “destinatário final é aquele destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa jurídica ou física. Logo, segundo esta interpretação teleológica não basta ser destinatário fático do produto, retirá-lo da cadeia de produção, levá-lo para o escritório ou residência, é necessário ser destinatário final econômico do bem, não adquiri-lo para revenda, não adquiri-lo para uso profissional, pois o

bem seria novamente um instrumento de produção cujo preço será incluído no preço final do profissional que o adquiriu.

O destinatário final é o *Endverbraucher*, o consumidor final, o que retira o bem do mercado *ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático)*, aquele que coloca um fim na cadeia de produção (*destinatário final econômico*) e não aquele que utiliza o bem para continuar a produzir, pois ele não é o consumidor-final, ele está transformando o bem, utilizando o bem,¹¹³ incluindo o serviço contratado no seu, para oferecê-lo por sua vez ao seu cliente, seu consumidor, utilizando-o no seu serviço de construção, no seus cálculos do preço da licitação, como insumo da sua produção.¹¹⁴ Neste sentido já decidiu a jurisprudência brasileira,¹¹⁵ excluindo

¹¹² *Contra esta posição, considerando que “não cabe ao intérprete distinguir onde o legislador não distinguiu”...porque “subverter-se-ia a estrutura do sistema, transformando-se o aplicador da lei em legislador, o que não pode ser infenso à críticas”, ROBERTO SENISE LISBOA, Contratos Difusos e Coletivos, Ed. RT, São Paulo, 1997, p. 300 e 301.*

¹¹³ *Assim decisão da 4ª Câmara Cível, AI 172.292-9, Rel. Juiz Jarbas Ladeira, j. 23.05.1994, que em nenhum momento considerou o comerciante, que alugava o espaço em shopping center como parte necessária da sua profissão, como consumidor. Publicado na íntegra, in Revista Jurídica Mineira, vol. 115, setembro/outubro de 1995, p.162-165. A ementa é a seguinte: “LOCAÇÃO COMERCIAL - SHOPPING CENTER - ALUGUEL - TEORIA DA IMPREVISÃO - REVISIONAL. Em face das peculiaridades da locação em shopping center, cujo aluguel é fixado em porcentagem sobre o faturamento das empresas, com estipulação mínima, a redução acentuada do movimento comercial da locatária, em decorrência da crise econômica, implica fato imprevisível que modifica o equilíbrio existente entre as partes, hipótese em que o reajuste excessivo de aluguéis configura periculum in mora, a justificar a concessão de liminar para fixação provisória daqueles, podendo eventual diferença ser exigida ao término da ação revisional.”*

¹¹⁴ MARQUES, *Contratos*, p. 146.

¹¹⁵ CONTRATO DE FINANCIAMENTO-PESSOA JURÍDICA-FINANCIAMENTO DESTINADO AO INCREMENTO DAS ATIVIDADES DA EMPRESA - INEXISTÊNCIA DE PROVA DA VULNERABILIDADE E DO DESEQUILÍBRIO CONTRATUAL - RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA - INAPLICABILIDADE DE LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. A pessoa jurídica, que tome recursos no mercado financeiro para incrementar atividade econômica não caracteriza destinatária final, que o CDC quer proteger, qual seja o efetivo destinatário final, ou seja, o destinatário econômico, não mais do serviço bancário, mas do produto ou serviço cujo fomento se deu pelo aporte de recursos tomados junto às instituições financeiras. Tratando-se de pessoa jurídica, cabe-lhe o ônus de provar sua vulnerabilidade perante o banco agravado, demonstrando, assim, o desequilíbrio contratual entre as partes, situação que depende da instauração da relação processual, afastando a aplicação, de ofício, das normas do Código de Defesa do Consumidor.” *Ementa do Acórdão da 3ª Câmara Cível, TAMG, AI 0276419-8, rel. Juiz Edilson Fernandes, j. 28.04.1999, decisão unânime. Fonte www.ta.mg.gov.br/consulta Acórdão 22971*

do contratantes bancários com finalidade de repasse (aquisição de bens de capital) da definição de consumidor *stricto sensu*.¹¹⁶

b. Importância do princípio da vulnerabilidade

Daí a importância do elemento vulnerabilidade na interpretação finalista do Art. 2º do CDC. Com base no princípio da vulnerabilidade do consumidor, disposto no Art. 4º, inc. I do CDC, identificamos em nossa obra três tipos de vulnerabilidade: 1. a *vulnerabilidade técnica* (falta de conhecimentos específicos e técnicos sobre o objeto que está adquirindo o serviço necessário, suas características, sua utilidade, seus riscos), 2. a *vulnerabilidade jurídica* (como é o caso do consumidor pessoa física leiga ou do profissional liberal frente a uma instituição bancária ou financeira) e 3. a *vulnerabilidade fática* (neste caso, o ponto de concentração é o possível parceiro contratual, a posição monopolista de fato ou de direito, a especialidade ou a redução da oferta, o seu grande poder econômico).¹¹⁷

Em se tratando de pessoa física, milita *ex vi lege* uma presunção de sua vulnera-

bilidade, vulnerabilidade esta que é bastante importante em se tratando de contratos bancários com pessoas físicas e que leva a aplicação do CDC aos contratos bancários em geral, concluídos com pessoas físicas, até prova em contrário. O mesmo se pode afirmar em se tratando de contratos de seguros concluídos ou beneficiando consumidores-pessoas físicas.¹¹⁸ Aceita esta presunção, esta inverte a lógica da prova da destinação final a favor do consumidor pessoa física, protegendo mais eficazmente o vulnerável nestas relações desequilibradas. A pessoa jurídica, ainda mais quando atua na sua área de atividade profissional, não se beneficia da presunção geral de vulnerabilidade do Art. 4º, I do CDC (válida somente para pessoas físicas), mas pode provar sua vulnerabilidade *in concreto*, sempre que destinatário final-econômico do produto ou serviço (Art. 2º do CDC).¹¹⁹

Grande parte da doutrina concorda também com estas ponderações,¹²⁰ pois esta interpretação considera que consumidores *stricto sensu* são aqueles mais fracos, os leigos, os não-empresários, ou como afirma o pioneiro do consumerismo no Brasil, Konder Comparato são aqueles “que não dispõem de controle sobre os bens de produção e, por conseguinte, devem se submeter ao poder dos titulares destes.”¹²¹

¹¹⁶ APELAÇÃO...MÚTUO. PESSOA JURÍDICA. RELAÇÃO DE CONSUMO INOCORRENTE...3. Consumidor, nos termos da Lei 8.078, de 1990, é o destinatário final do produto ou serviço. 4. A pessoa jurídica que se dedica à atividade mercantil não é destinatária final de capital mutuado, pois este é meio para a execução da mencionada atividade. A aplicação da Lei 8.078, de 1990, resta afastada. *Ementa de Acórdão da 2ª Câmara Cível, TAMG, APC 0288088-4, j. 14/09/99, Rel. Juiz Manuel Saramago. No mesmo sentido, Acórdão da 2ª Câmara Cível, APC 0279609-4, j. 05/04/99, Rel. Juiz Manuel Saramago. Decisões unânimes. Fonte www.ta.mg.gov.br/consulta Acórdão 26918 e 27290.*

¹¹⁷ MARQUES, Contratos, p. 147 e 148.

¹¹⁸ Assim nos manifestamos, MARQUES, Contratos, p. 155.

¹¹⁹ Assim nos manifestamos, MARQUES, Contratos, p. 155.

¹²⁰ Veja FILOMENO, José Geraldo Brito, in Código de Defesa do Consumidor - comentado pelos Autores do Anteprojeto, 5.ª Ed., Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1998, p. 27 e seg.

¹²¹ COMPARATO, Fábio Konder, A proteção ao consumidor: Importante Capítulo do Direito Econômico”, in RDM, 15/16, 1974 apud FILOMENO, op. cit., p. 27.

A interpretação finalista aqui defendida restringe conscientemente a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família. Consumidor seria o não profissional, pois o fim do CDC é tutelar de maneira especial um grupo da sociedade que é mais vulnerável. Considero que restringindo o campo de aplicação do CDC àqueles que necessitam de proteção, ficará assegurado um nível mais alto de proteção para estes, pois a jurisprudência será construída em casos, onde o consumidor era realmente a parte mais fraca da relação de consumo e não sobre casos em que profissionais-consumidores reclamam mais benesses do que o Direito Comercial já lhes concede.¹²² O sistema do CDC foi construído para este fim, e sua origem constitucional deve ser a guia de sua interpretação: um direito do consumidor efetivo que concretize direitos fundamentais, direitos subjetivos para o mais fraco que mereceu receber esta tutela especial constitucional, o consumidor pessoa física. Nas relações inter-comerciantes, o direito do consumidor serve apenas de orientação da conduta profissional, limite à própria liberdade de iniciativa e autonomia privada.

Em dezembro de 1999, o Supremo Tribunal Federal, no caso TEKA v. AIGLON,¹²³ apoiou esta visão finalista do campo de aplicação do CDC, em decisão que merece nossa atenção

Neste caso entre duas grandes empresas, a Tecelagem brasileira comprara algodão para fazer seus produtos e fora condenada a pagar certa quantia por laudo arbitral estrangeiro. No momento da homologação da sentença arbitral pelo STF, alegou a pessoa jurídica brasileira ser

“consumidora” do algodão e que, como tal, não teria o contrato seguido os cuidados necessários de destaque das cláusulas limitadoras de direitos do consumidor (Art. 54 do CDC), assim como os deveres de informação frente ao consumidor não teriam sido cumpridos (Art. 18, 30, 46, 54 do CDC), que tal cláusula de eleição do foro (no caso, do árbitro) seria nula, uma vez que não se aplicam a consumidores por força do Art. 51 VII do CDC (instância “compulsória”).

Neste *leading case*, o STF deixou bem claro que os bens e serviços usados diretamente na produção de outros bens e serviços, estes sim destinados ao consumidor final, assim como comércio internacional de produção não está abrangido pelo CDC e que a destinação final exigida pelo Art. 2º do CDC deve levar em conta as circunstâncias do caso:

“De igual forma, o laudo exarado pela Liverpool Cotton Association Ltd. nada tem a ver com o Código Nacional de Defesa do Consumidor, para escusar-se a devedora da obrigação assumida, por não se aplicar à empresa importadora de produto destinado ao consumidor final, conforme prevê o art. 2º, que define o consumidor como toda “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.”¹²⁴

O Item 5 da referida ementa chega a afirmar, mais do que finalisticamente: “HOMOLOGAÇÃO DE LAUDO ARBITRAL ESTRANGEIRO... INAPLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR... 4. O CÓDIGO DE PROTEÇÃO E DEFESA DO

¹²² MARQUES, Contratos, p. 142.

¹²³ SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.847-1, Acórdão promulgado em 01.12.1999, Rel. Min. Maurício Corrêa.

¹²⁴ Frase de fls. 253 do original. SENTENÇA ESTRANGEIRA CONTESTADA Nº 5.847-1, Acórdão promulgado em 01.12.1999, Min. Maurício Corrêa.

CONSUMIDOR, CONFORME DISPÕE SEU ARTIGO 2, APLICA-SE SOMENTE A PESSOA FÍSICA OU JURÍDICA QUE ADQUIRE OU UTILIZA PRODUTO OU SERVIÇO COMO DESTINATÁRIO FINAL

Se a todos considerarmos “consumidores”, a nenhum trataremos diferentemente, e o direito especial de proteção imposto pelo CDC passaria a ser um direito comum, que já não mais serve para reequilibrar o desequilibrado e proteger o não-igual. E mais, passa a ser um direito comum, nem civil, mas sim comercial, nacional e internacional, o que não nos parece correto. A definição do Art. 2º é a regra basilar do CDC e deve seguir seu princípio e sua *ratio legis*. É esta mesma *ratio* que incluiu no CDC possibilidades de equiparação, de tratamento analógico e de expansão, mas não no princípio, sim na exceção. O direito é a arte de distinguir e a *ratio legis* do CDC não pode ser desconsiderada de forma a levar a própria destruição do que representa, logo, da própria *ratio legis* de proteção preferencial dos mais fracos, mais vulneráveis no mercado. Defendemos, pois, a necessária a conjunção de fatores finalísticos, destinação final fática e econômica do serviço, com base no Art. 4, I do CDC (*ratio* de vulnerabilidade).

c. A destinação final como superação do status de “contratante”

Note-se que, mesmo finalista, a interpretação do Art. 2º do CDC inclui muitos e muitos

fragmentados e plurais sujeitos. Segundo o art. 2º do CDC consumidor nos contratos de serviço na sociedade atual é tanto o contratante, como o terceiro. A definição básica do caput do art. 2 do CDC conecta na característica da destinação final do serviço, não na relação contratual, eventualmente direta, de consumo. Isto permite a primeira pluralidade da definição de consumidor do CDC: o destinatário final do serviço pode ser um terceiro no contrato, um beneficiário qualquer, um utilizador gratuito, um participante fortuito, um menor de idade, um incapaz absolutamente e mesmo assim é consumidor, desde que seja o destinatário final (fático e econômico) do serviço.¹²⁵

Quando o destinatário final é contratante, mister destacar também que pode haver uma multiplicidade de vínculos contratuais de serviços e o consumidor estar ligado apenas a um deles, sendo terceiro nos outros, mas se destinatário final destes serviços, consumidor será. Também podem existir, nesta pluralidade de vínculos de serviços, alguns que não sejam de consumo, mas se a expectativa legítima, o interesse, a pretensão, aquilo que movimenta o contratante é o consumo, bastará que um destes vínculos conexos seja de consumo, que o contrato serviço que é destinatário final será considerado de consumo e o sujeito consumidor por conexidade.¹²⁶

A segunda pluralidade daí oriunda é a fragmentação do sujeito.¹²⁷ O sujeito que paga não é o sujeito que se beneficia. Alguém enri-

¹²⁵ Sobre a superação do status de terceiro, veja nosso artigo “Proposta”, revista direito do Consumidor, vol. 33, p. 94 a 98.

¹²⁶ O exemplo mais interessante foi o das linhas telefônicas, onde antigamente o consumidor, para ter este serviço, acabava acionista da empresa. hoje, o consumidor é muitas vezes levado a ser “cooperativado” ou sócio de uma empresa só para consumidor ou ter lazer.

¹²⁷ A própria utilização da expressão “sujeito” (ator) no lugar da antiga denominação indivíduo (quid) já indicia esta pluralidade. Sobre fragmentação do sujeito, veja, citando Stuart Hall, Doll, Johannes, Avaliação na pós-modernidade, in Paiva, Maria da Graça Gomes e Bruggali, Marlene (Org.), Avaliação- Novas Tendências -novos Paradigmas, Ed. Mercado Aberto, Porto Alegre, 2000, p. 33: “Na modernidade, o indivíduo - a tradução latina desta palavra significa “o que não pode ser dividido” - é conceituado como um ser inteiro e integrado que possui uma identidade própria, um núcleo existencial. Em uma perspectiva pós-moderna, este núcleo existencial não existe, o “indivíduo” pode ser dividido, fragmentado até o ponto em que um lado deste pode ser considerado morto, enquanto o outro continua vivo...”

quece ou, na linguagem do CDC, é remunerado pelo serviço, mas a lei não exige que alguém empobreça a pagar diretamente este serviço (pobre, no sentido, que suporta a onerosidade do serviço). A remuneração pode ser indireta e por terceiro...¹²⁸ O serviço de consumo é que deve ser “remunerado”, não se exige que o consumidor o tenha remunerado diretamente. Mesmo serviços gratuitos são regulados pelo CDC (Art. 39 regula as amostras grátis), pois remunerados indiretamente no negócio principal, na fidelidade daí oriunda e no marketing usado, enfim no preço final do serviço ou produto colocado no mercado por aquele fornecedor. Assim, se a sogra de um empregado de fábrica é a destinatária final de um serviço médico organizado por uma operadora de saúde é esta sogra consumidora, mesmo se sequer o empregado “pagou” algo à organizadora da cadeia (a operadora do plano de saúde), mas esta teve seu serviço remunerado pela empresa (consumidora indireta), que por sua vez não cobrou do empregado, nem da sogra. O serviço de consumo é que é remunerado, não se exige a remuneração pelo consumidor direto (destinatário final), mas sim por alguém, consumidor indireto ou por seu representante, consumidor-equiparado.

B. A equiparação a consumidor: técnica adaptada à fragmentação do sujeito e à complexidade das relações de serviços

Quanto às definições de consumidor equiparado, são elas por excelência plurais e

uma das mais interessantes tentativas do CDC de adaptar-se à complexidade material das relações de fornecimento de serviços e produtos no mercado e à crescente pluralidade de sujeitos dos tempos pós-modernos. São consumidores equiparados *ex vi* o parágrafo único do art. 2º do CDC a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo na relação de serviço, *ex vi* o Art. 17 do CDC, todas as vítimas dos fatos do serviço, por exemplo, os passantes na rua quando avião cai por defeito do serviço e *ex vi* o Art. 29 do CDC, todas as pessoas determináveis ou não expostas às práticas comerciais de oferta, de contratos de adesão, de publicidade, de cobrança de dívidas, de bancos de dados, sempre que vulneráveis *in concreto*.

1. Superação da destinação final na equiparação

Segundo leciona um dos pais do Código de Defesa do Consumidor, Antônio Herman Benjamin, em matéria de “equiparação” à consumidor o requisito da “destinação final” do produto ou serviço é irrelevante.¹²⁹ Efetivamente, na técnica do CDC de “equiparação” de pessoas “*intervenientes em relações de consumo*” (§ único do Art.2º), pessoas “*vítimas*” de fato do produto ou serviço (Art. 17) e pessoas “*expostas às práticas nele previstas*” (Art. 29) à consumidor, o essencial não é o requisito da “*destinação final*” do produto ou serviço. Ao contrário, a lei tutelar equipara pessoas que não são necessariamente destinatários finais fáticos e econômico do serviço ou produto incluindo-as

¹²⁸ Interessante observar que as leis da Argentina, Uruguai e Paraguai todas preferem a expressão “onerosidade do serviço”, dando a entender que deve haver *umminis*, pois na origem da palavra está o ônus ou “peso”, uma efetiva transferência de riqueza entre parceiros identificados, enquanto a lei brasileira é a única que conecta no “*plus*”, no fato do fornecedor não fazer este serviço em ação benemérita, mas sim *negocial*, em lucrar ele (*plus*) direta ou indiretamente com este serviço, isto é, no fato de haver enriquecimento de um, mesmo sem empobrecimento do outro na prestação efetiva deste serviço principal ou acessório, simples ou complexo, que foi colocado no mercado de consumo brasileiro e usado por consumidores.

¹²⁹ BENJAMIN, Antonio Herman, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Coord. Juarez Oliveira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 81.

excepcionalmente, por sua característica de fraqueza ou vulnerabilidade, como “consumidor equiparado”.¹³⁰

Parte da doutrina,¹³¹ considera que o Art. 29 do CDC protege apenas o consumidor “potencial”. Protegeria apenas aqueles “destinatários finais” típicos do produto ou serviço, mas como estes ainda não teriam contratado (potencialidade) mereceriam proteção “abstrata” contra abusos através do Art. 29 do CDC. Neste caso estariam incluídas, por exemplo, as pessoas que, após receberem mensagem publicitária, dirigem-se a loja do servidor e este nega-se a contratar.¹³² Parece-nos que o Art. 29 do CDC inclui também (e necessariamente) o “consumidor equiparado” concreto exposto à prática comercial (sujeição/fraqueza), logo, não concordamos com esta visão reducionista em excesso do Art. 29 do CDC. Como esclarece Antônio Herman Benjamin, em interpretação histórica: “o conceito do Art. 29 integrava, a princípio, o corpo do Art. 2º. Como consequência de lobby empresarial que queria eliminá-lo por completo, foi transportado, por sugestão minha, para o Capítulo V... O conceito de consumidor é, então, não apenas aquele que ‘adquire ou utiliza produto ou serviço’ (Art. 2º), mas igualmente as pessoas expostas às práticas previstas no Código (Art. 29). Vale dizer: pode ser visto concretamente (Art. 2º) ou abstratamente (Art. 29).” (grifos do autor).¹³³

O potencial do Art. 29 do CDC parece concreto. Concordamos com Antônio Janyr Dall’Agnol, ao afirmar que, se o legislador pensou no parágrafo único do Art. 2º do CDC apenas na “propensão a intervir”, assim não o disse no Art. 29 da mesma lei tutelar (“expostos às práticas”).¹³⁴ Assim, as expressões hoje presentes no Art. 29 do CDC, em sua interpretação teleológica e sistemática, acabam por indicar uma aplicação mais ampla do que a simples aplicação para proteger consumidores *abstratos* ou *prováveis*, isto apesar do Art. 29 constituir-se em “exceção”, não a regra do sistema do CDC, logo, de interpretação naturalmente restrita e limitada. O que estão os autores do CDC a dizer é que basta a exposição em abstrato (para a ação coletiva pelo Ministério Público, por exemplo) e não que a exposição em concreto, em um caso específico e individual, não seja suficiente para acontecer a equiparação do Art. 29 do CDC.¹³⁵ Quem pode o mais (abstrato), pode o menos (exposição *in concreto*).

2. Importância do princípio da vulnerabilidade e “exposição” às práticas comerciais

O desafio básico desta técnica de equiparação é, pois, a sua correta determinação. Parece-me necessário exigir também para a interpretação do Art. 29 do CDC o cumprimento

do princípio da vulnerabilidade, basilar do CDC e afastar aqueles que, por não vulneráveis, não estão “expostos” às práticas comerciais mencionadas no CDC. A pessoa jurídica ainda mais quando atua na sua área de atividade profissional, não se beneficia da presunção geral de vulnerabilidade do Art. 4, I do CDC (válida somente para pessoas físicas), mas pode provar sua vulnerabilidade *in concreto*, o mesmo valendo para o Art. 29 do CDC.¹³⁶

Como afirma Dall’Agnol, a pluralidade de sujeitos protegidos assegurada pela técnica de equiparação é grande, mas não generalizante e ilimitada: “*Confira-se o que ocorre com o Art. 2º, parágrafo único, o Art. 17 e, sobretudo, o Art. 29. Não parece exagerado, porém, antes recordar que “equiparar”, segundo os dicionaristas, tem o sentido de “igualar”, ordinariamente o de “igualar em sorte, em condição. Não se pense, porém, que em razão disso, se amplia, sem mais, o universo dos destinatários. A correta interpretação do Art. 29, sobre não possibilitar desconsideração para com o corpo legislativo em que está inserido, passa, como de ordinário pelo que lhe é nuclear - o verbo. Quem está exposta é a pessoa que não se encontra, diante de outrem, em pé de igualdade real. Está exposto o pequeno figurante do negócio jurídico diante do grande... em outros termos, estende-se a rede protetiva àquele que se encontra em situação de vulnerabilidade - de modo restrito, pois limitada ao conjunto de regras que compreendem os capítulos V e VI-pouco relevando que não haja relação estrita de consumo.”¹³⁷*

As definições de consumidor do CDC visam justamente equiparar para incluir. O terceiro pode ser o garantidor, que antes não aparecia e poucos direitos possuía. O garantidor

era o fiador, o avalista. Bem, agora ele é consumidor, consumidor equiparado. A definição de consumidor terá que incluir esses sujeitos de direitos. E o mais interessante é que estes novos sujeitos de direito possuem direito fundamental à proteção, têm direito a não ver violada a sua dignidade, a sua honra, o seu patrimônio, possuem também os mesmos direitos contratuais (mesmo se não concluíram os contratos) que os contratantes diretos (veja Art. 20 do CDC) e os mesmos direitos processuais para defender seus direitos (Art. 81 e 83 do CDC). São novos sujeitos de direito “perfeitos”, “pós-modernos”, mesmo a coletividade, difusa e o grupo. No CDC não houve graduação ou limitação de direitos, se o consumidor é *stricto sensu* ou equiparado (exceção feita ao Art. 51, I *in fine* do CDC). Isto leva a superação do status do terceiro e ao pleno reconhecimento de direitos do consumidor para estes, se em relações de consumo. Em resumo este pluralismo de sujeitos muda o direito civil, porque muda o direito das obrigações para incluir a proteção plena destes novos sujeitos.

II- CAMPO DE APLICAÇÃO MATERIAL E AS RELAÇÕES DE CONSUMO ENVOLVENDO SERVIÇOS: ANÁLISE DO OBJETO E FINALIDADE DESTAS RELAÇÕES PLURAIS E “IMATERIAIS”

O CDC oferece uma definição bastante ampla de serviço em seu art. 3º, §2º e regula todas as “relações de consumo” (Art. 4º), que envolvam serviços remunerados (direta ou indiretamente). O espírito do CDC é aberto (interface do Art. 7º e solidariedade do § único do Art. 7º) e expansivo subjetivamente, pois *ex vi lege* amplo o suficiente para incluir um grande número e todas as espécies de relações de consu-

¹³⁰ Assim nos manifestamos, MARQUES, Contratos, p. 155.

¹³¹ DALL’AGNOL, p. 9 (primeiras frases) e p. 13 (onde consta, por erro, a expressão “só”, corrigida na citação).

¹³⁰ Assim concorda Antonio Janyr DALL’AGNOL, Antonio Janyr, Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros - Aplicação do CDC nas atividades bancárias, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 27 (1998), p. 13.

¹³¹ Especialmente COELHO, Fábio Ulhoa, Comentários ao Código de Proteção do Consumidor, Coord. Juarez Oliveira, Ed. Saraiva, São Paulo, 1991, p. 148. Veja-se também SILVEIRA, Reynaldo Andrade da, Práticas Mercantis no Direito do Consumidor, Ed. Juruá, Curitiba, p. 80.

¹³² Veja-se caso “Mesbla” e parecer de TOMASETTI, Alcides Jr., Oferta contratual em mensagem publicitária, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 4 (1992), p. 241-255.

¹³³ BENJAMIN, Antonio Herman, Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, 5ª Ed., Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1997, p. 210-211.

¹³⁴ Assim DALL’AGNOL, op. cit., p. 12 e 13, que reproduz o projeto inicial do Parágrafo único do Art. 2 do CDC: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que se encontra sujeito ou propensa a intervir nas relações de consumo” (p. 11).

¹³⁵ Assim inclui Antônio Herman BENJAMIN um título específico em seus comentários “A suficiência da exposição”, op. cit., p. 211.

mo envolvendo serviços, relações contratuais (Art. 20), pré-contratuais (Art. 30, 31, 34, 39, 40, 84), pós-contratuais (Art. 9, 10, 42 e 43) e extracontratuais *ex delicto* (Art. 14), como também se pode notar nas amplas definições de consumidor (Art. 2º e § único do Art. 2º e Art. 17 e Art. 29 do CDC), de fornecedor de serviços (art. 3º e § 2º do Art. 3º do CDC) e na norma objetivo¹³⁸ do Art. 4º, (especialmente incisos I, III, V e VI).

Esta lei consumerista regula assim todo o fornecimento de serviços no mercado brasileiro e as relações jurídicas daí resultantes, mesmo os serviços prestados sem prévia solicitação ou autorização (Art. 39, III e VI do CDC), exigindo apenas “remuneração” do serviço (§ 2º do Art. 3º do CDC). Tal remuneração, como a jurisprudência está a indicar, pode ser direta ou mesmo indireta, fato cada vez mais comum no mercado de consumo complexo atual.¹³⁹

A. Objeto da relação de serviço no CDC

O objeto dos negócios jurídicos não são coisas, corporais ou imateriais, mas sim vemos hoje como objeto as prestações, o prometido e

esperado, o sinalagma da relação, se bilateral.¹⁴⁰ Aqui vários fenômenos podem ser destacados: totalidade, cooperação, equilíbrio, conexidade.

1. Objeto das prestações nos atuais serviços

Se serviço no CDC (Art. 2º, § 2º) é toda e “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”, são objeto deste nosso estudo todas as relações juridicamente relevantes envolvendo serviços prestados por um fornecedor a um consumidor (Art. 2º e 3º do CDC). Relação jurídica é toda a relação da vida juridicamente relevante, isto é, disciplinada pelo Direito, no caso, pelo Direito do consumidor, incluindo como visto relações pré-, pós-, contratuais e extracontratuais *ex delicto* que envolvam serviços.¹⁴¹

Quanto à conceituação de “fornecimento de serviços”, as análises brasileiras geralmente concentram-se na prestação principal, no objeto desta prestação.¹⁴² Serviço seria o negócio

jurídico cuja obrigação principal fosse um fazer (*opus facere*), em contraposição às obrigações de dar ou ao fornecimento de produtos no mercado. As análises latino-americanas preferem valorar o resultado, o direito/poder resultante do negócio jurídico.¹⁴³ Serviço seria assim o negócio através do qual o titular adquire a faculdade de exigir de outra pessoa uma atividade ou utilidade de conteúdo patrimonial (*ius in personam*), direito de crédito ou obrigacional, a se contrapor aos direitos reais (*ius in re*) geralmente resultantes das obrigações de dar.

Ambas as análises estão corretas e presentes sem dúvida em nosso CDC, mas parece necessário inicialmente frisar dois problemas. De um lado, visualizamos hoje - em virtude do princípio criador, limitador e hermenêutico da boa-fé (objetiva)¹⁴⁴ - as obrigações como processos de cooperação no tempo, como feixes de deveres de conduta e de prestação direcionados a um só bom fim, o cumprimento do contrato.¹⁴⁵ Nesta visão dinâmica da obrigação, concentrar-se em apenas uma das “condutas”, em uma das “prestações” é reduzir o espectro, uma vez que - se durar - muitas serão as “prestações principais” no tempo, sem esquecer que, na complexidade da vida atual, os fazeres são múltiplos, múltiplos são os “dares” para satisfazer uma só necessidade de consumo e, acima de tudo, hoje já não está mais certo qual a prestação é principal.

Certo é que a prestação principal é aquela característica, característica daquele negócio,

geralmente a que não envolva apenas o pagamento ou transferência de quantias, a exceção dos contratos bancários e financeiros. A dúvida hoje é saber se “principal” para o consumidor é o dever de prestação (realizar um tratamento médico, por exemplo), ou é o cumprimento de um dever anexo (informar os riscos do tratamento e opções para permitir a escolha) ou de um dever acessório (ministrar corretamente o remédio, alcançar asseio e precisão nos usos dos instrumentos e curativos) ou todo este conjunto unido é a realização das expectativas do consumidor, causa do contrato, logo objeto da prestação. A complexidade atual perturba a definição de serviço pelo resultado concreto alcançado, a maioria dos negócios envolvendo serviços, envolvem apenas direitos pessoais, mas certo é que de um serviço pode resultar hoje um direito real acessório, como por exemplo no caso dos contratos de time-sharing ou multi-propriedade, assim como o direito real de uso, no caso do, leasing.

Data venia, prefiro as análises germânicas que geralmente iniciam pela pretensão (*Anspruch*) resultante do negócio.¹⁴⁶ Assim, serviço seria o negócio jurídico que propiciar ao titular ou que envolver a prestação de um fazer economicamente relevante, de um ato ou de uma omissão útil e interessante no mercado de consumo, de uma atividade remunerada direta ou indiretamente, um fazer imaterial e principal, que pode ou não vir acompanhado ou complementado por um dar ou pela criação ou entrega de bem material acessório a este fa-

¹³⁸ Expressão de Eros Roberto Grau, veja Grau, Roberto, Interpretando o código de Defesa do Consumidor: algumas notas, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 5, p. 183 e seg.

¹³⁹ O movimento da análise econômica nos Estados Unidos alerta-nos para a falácia “econômica” dos chamados “serviços”, “utilidades” ou promessas “gratuitas”, que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, nos alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestares futuros e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro. Veja, citando Richard A. Posner, meu parecer, Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular, in *Revista dos Tribunais* 760, p. 127.

¹⁴⁰ Assim ensina COSTA JUNIOR, p. 41.

¹⁴¹ Segundo Domingues de Andrade, em um sentido amplo, “relação jurídica é toda a situação ou relação da vida real (social) juridicamente relevante (produtiva de consequências jurídicas), isto é, disciplinada pelo Direito” e, em um sentido estrito, apenas “a relação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra pessoa de um dever ou de uma sujeição.” ANDRADE, Manuel A. Domingues de, Teoria Geral da Relação Jurídica, vol. 1, Reimpressão do original de 1944, Almedina, Coimbra, 1997, p. 2.

¹⁴² Assim o mestre da UFRGS COUTO E SILVA, Clóvis, A obrigação como processo, Ed. Bushtasky, São Paulo, 1976, p. 156, ensinando que a obrigação de fazer tem como objeto da prestação a própria atividade, já a obrigação de dar tem como objeto uma coisa ou direito.

¹⁴³ Boa revisão em COSTA JUNIOR, Olímpio, A relação jurídica obrigacional, Ed. Saraiva, São Paulo, 1994, p. 1 a 7.

¹⁴⁴ Sobre as funções do princípio da boa-fé, veja obra recente de MARTINS-COSTA, Judith, A Boa-fé no Direito Privado, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 409 e seg.

¹⁴⁵ Veja, por todos, LARENZ, Bd. I, p. 26 e seg. e, em português, COSTA JUNIOR, p. 56 e seg.

¹⁴⁶ Assim também LÔBO, Paulo Luiz Netto, Responsabilidade por vício do produto ou do serviço, Brasília Jurídica, Brasília, 1996p. 83 e seg. Para um bom repassar da evolução da doutrina alemã, das teorias chamadas “personalistas” às “patrimonialistas” das obrigações, veja TIMM, p. 76 a 80.

zer principal, fazer que é, em verdade, a causa de contratar e a expectativa legítima do consumidor frente ao fornecedor. A diferença em concentrar-se na pretensão e não na prestação é o grau de abstração. Prestação é algo concreto que pode acontecer ou não no caso em estudo (não acontece em caso de insolvência, por exemplo); representa assim algo do mundo dos fatos, um dar ou um fazer que modifica primeiro os fatos e depois o mundo do direito. Pretensão é uma pura abstração jurídica, é criação do direito para indicar que algo vai mudar, que alguém vai “pretender” uma utilidade qualquer e conseguirá ou que pelo menos o direito vai protegê-lo (ação em direito material). Pretensão indica que o mundo do direito (plano da eficácia) já está outro em virtude daquele vínculo criador da pretensão titulada. Concentrar-se nas pretensões de cada uma das partes, aquilo que cada um pretende na relação jurídica, facilita “entender” o negócio, sua causa, sua finalidade de consumo, as expectativas legítimas nascidas pela confiança despertada no consumidor pelo fazer do fornecedor.

Consideraremos que a relação jurídica de consumo é de serviço, sempre que, no plano da eficácia, a pretensão dela oriunda for um fazer, uma atividade por parte do fornecedor. Este pensar permite, por exemplo, que em contratos complexos, como os de multi-propriedade, os de planos de saúde ou os contratos múltiplos bancários, considere-se a intenção do consumidor, suas expectativas legítimas como mais importantes do que a natureza de dar ou fazer da efetiva prestação cumprida ou realizada *in concreto*. Assim, se *in concreto*, no caso de multi-propriedade, a prestação efetiva foi um dar ou um direito real, mesmo assim a pretensão do consumidor era um serviço complexo, se no caso do plano de saúde, a prestação desta vez foi um organizar um hospital, que ministrou apenas remédios, coisas, bem a pretensão do consumidor foi deslocar riscos futuros de saúde, propiciar sua internação no hospital, receber o

tratamento (fazer ou dar) necessário; se no caso dos contratos com bancos múltiplos, a prestação foi um dar dinheiro em mútuo, a pretensão do consumidor era manter-se *homo economicus*, com crédito (abstrato) quando necessita-se, com uma conta (grupo de fazeres contábeis e de administração) naquele grupo bancário.

Concluindo, hoje, com os contratos complexos há um sem número de “prestações”, de dar e de fazer. Como ninguém duvida que as eficácias das sentenças cíveis são sempre múltiplas, declaratórias e constitutivas ao mesmo tempo, também ninguém mais duvida que as relações contratuais de fornecimento de serviço e de produtos (muitas vezes imateriais) hoje se misturam. A distinção está justamente na confiança despertada, na pretensão do consumidor, no fim principal que visa alcançar. É esta pretensão que dirá ao intérprete qual é a eficácia prevalente da sentença, qual é a natureza “prevalente” do contrato, se uma pretensão principal prevalente de dar produto (material ou imaterial) ou de fazer (serviço abstrato ou com resultados materiais).

2. A conexidade de prestações nos atuais serviços complexos

Um outro fenômeno a destacar, que bem poderia ser examinado quando do exame da finalidade, mas parece-nos que sua análise junto ao objeto da relação de serviços é mais útil a uma visão real da multiplicidade e complexidade das relações de serviço atuais, é a conexidade. Não podemos mais examinar as relações de serviço e deixar de examinar os chamados “atos de consumo por conexidade” ou relações de consumo acessórias. Destaque-se, pois, que hoje podemos classificar as relações de consumo como relações de consumo principal (por finalidade de consumo), relações de consumo por conexidade, por catividade,

por acidente (art. 17 do CDC) e incidentais (Art. 29 e § único do art. 2º do CDC).

Para a conexidade das relações a explicação é simples: na sociedade moderna por vezes as relações contratuais são tão conexas, essenciais, interdependentes e complexas que é impossível distingui-las, realizar uma sem a outra, deixar de realizá-las ou separá-las. E assim, se uma das atividades (ou fins) é de consumo acaba por “contaminar”, por determinar a natureza acessória de consumo da relação ou do contrato comercial. Um bom exemplo, foi a telefonia a algum tempo atrás, em que para adquirir uma linha telefônica tinha o consumidor de comprar ações conexas.¹⁴⁷ O consumidor/ usuário de serviços telefônicos transformava-se em acionista da empresa pública, mas era em verdade (e finalisticamente) destinatário final dos serviços da empresa. Era esta a sua causa inicial e final (o que lhe movia e o que aspirava alcançar no final), era este uso do telefone que ele queria atingir, sendo a titularidade das ações conexas apenas uma imposição legal da época. Há que se dar destaque a esta conexidade de consumo, pois é esta determinante da interpretação (do regime e dos efeitos) que se dará aos

contratos e relações acessórias (talvez não de consumo *stricto sensu*).

Mister, pois estudar e estar ciente das redes de contratos, as redes de consumidores e os atuais contratos coletivos ou sistêmicos. A união de contratos, seu encadeamento em redes, cadeias de fornecimento, formação de grupos de consumidores alvo é o novo meio que se utiliza o mercado para a satisfação de um interesse, o qual não se poderia realizar através das figuras típicas contratuais existentes e do modo de negociação e contratação clássico, mas que o encadeamento/simultaneidade de contratos permite.¹⁴⁸

A conexidade é, pois, o fenômeno operacional econômico de multiplicidade de vínculos, contratos, pessoas e operações para atingir um fim econômico unitário e nasce da especialização das tarefas produtivas, da formação de redes de fornecedores no mercado e, eventualmente, da vontade das partes.¹⁴⁹ Na doutrina,¹⁵⁰ distinguem-se três tipos de contratos conexas de acordo com as suas características básicas de possuírem fim unitário (elemento objetivo), de se existir uma eventual vontade de conexão ou união (elemento subjetivo) ou se a

¹⁴⁷ Veja decisão sobre o caso na jurisprudência, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 29, p. 173 e seg: “...a Lei 8.078/90 estabelece, amplamente, o alcance de suas disposições...quando houver dano ao consumidor, sendo este equiparado a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo, entre os quais se inserem, sem nenhuma distinção, os usuários, adquirentes de linha telefônica, e os acionistas ...na realidade e no caso do contrato de participação financeira em investimentos para expansão e melhoramentos dos serviços públicos de telecomunicações, essas relações estão atreladas e intimamente ligadas...” (juiz de Direito Osmar Bocci, São Paulo, j. 22.09.98, p. 176, 177 e 178)

¹⁴⁸ Assim LORENZETTI, Ricardo, Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboración, efectos frente a terceros, in *Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Síntese*, v. 16, 1999, p. 161 e seg., também publicada in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 28 (1999), p. 22 e seg.

¹⁴⁹ Veja por todos, LORENZETTI, p. 22 e seg.

¹⁵⁰ Aqui aproveitamos dos ensinamentos da doutrina italiana sobre “collegamento” (MESSINEO, GANDOLFI, GALGANO), da doutrina francesa sobre “groupes de contrats” (TEYSSIE, LARROUMET), da doutrina alemã sobre “komplexe Langzeitverträge” (MARTINEK) e “verbundene Geschäfte” (MEDICUS), da doutrina argentina sobre “redes contractuales” (LORENZETTI) e sobre “conexidad negocial” (MOSSET ITURRASPE), da doutrina norte-americana sobre “relational contracts” (MACNEIL), da doutrina inglesa do “collateral contracts” (ATTYAH) e da doutrina brasileira sobre coligamento e contrato relacional (Orlando GOMES e Ronaldo PORTO MACEDO), em classificação que esperamos unificadora.

conexão foi determinada por lei (compra e venda com financiamento do Art. 52 do CDC), quais sejam:

1. *Grupos de contratos*, contratos vários que incidem de forma paralela e cooperativa para a realização do mesmo fim. Cada contrato (por exemplo, contratos com um banco múltiplo popular e um consumidor com conta corrente) tem um objetivo diferente (cartão de extratos, crédito imediato limitado ao cheque especial, depósito bancário simples) mas concorrem para um mesmo objetivo (conta corrente especial do consumidor) e somente unidos podem prestar adequadamente.¹⁵¹

2. *Rede de contratos*, em que cada contrato tem sucessivamente por objeto a mesma coisa, o mesmo serviço, o mesmo objeto da prestação. É a estrutura contratual mais usada pelos fornecedores ao organizar a suas cadeias de prestação ao consumidor com fornecedores diretos e indiretos, como no caso do seguro-saúde, também usada nas colaborações entre fornecedores para a produção (e terceirizações) e distribuição no mercado.¹⁵²

3. *Contratos conexos stricto sensu*, são aqueles contratos autônomos que por visarem a realização de um negócio único (nexo funcional), celebram-se entre as mesmas partes ou entre partes diferentes e vinculam-se por esta finalidade econômica supracontratual comum,

identificável seja na causa, no consentimento, no objeto ou nas bases do negócio. Assim, se a finalidade supracontratual comum é de consumo, todos os contratos são de consumo por conexão ou acessoriedade.

Aqui o círculo se fecha e a nova visão do objeto da relação influencia diretamente a de sujeito desta. Assim, por exemplo, há relação ou contrato de consumo conexo na relação entre conveniado (mesmo que dependente) ligado a sindicato/empresa com contrato coletivo (contrato em grupo) e fornecedora de planos e seguros de assistência à saúde (contratos coligados por função econômica única). O mestre argentino Ricardo Lorenzetti ensina a importância desta visão amplificadora, frisando que neste caso há causa contratual individual e a causa sistemática ou sistêmica, que une o grupo, mencionando que são duas distintas, logo que há individualidade de direitos e interesses apesar da rede ou grupo organizacional de contratos, o que há é um limite mais claro ao não poder prejudicar os interesses do grupo. em outras palavras, se no plano da existência trata-se de relação de consumo por conexão haverão reflexos claros no plano da eficácia, com o nascimento de direitos e deveres para um maior número de participantes.¹⁵³

Como ensina Lorenzetti,¹⁵⁴ considerado o fenômeno das cadeias de fornecimento, das redes coligadas de contratos principais e aces-

¹⁵¹ Assim concorda LORENZETTI, p. 47, frisando a garantia e responsabilidade pelo êxito comum. Na XVII Jornada Nacionales de Derecho Civil, em Santa Fé, Argentina, foi dada nova denominação, desta vez de "sistema de contratos", que seria "un grupo de contratos individuales conectados por una operación económica diferente de cada uno de los vínculos individuales" (Conclusões ainda inéditas).

¹⁵² Assim concorda o grande jurista argentino em sua novel obra, MOSSET ITURRASPE, Jorge, Contratos Conexos, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 119 e seg. Destaca o autor, op. cit., p. 46, que existem "cadeias independentes de contratos" de fornecedores onde pode haver conexão, mas não "nexo funcional", pois estes contratos não têm destinação comum, por isso preferimos a expressão de LORENZETTI, "redes".

¹⁵³ Assim LORENZETTI, Ricardo, Redes Contractuales: Conceptualización jurídica, relaciones internas de colaboracion, efectos frente a terceros, in Revista da Faculdade de Direito UFRGS, Síntese, v. 16, 1999, p. 161 e seg.

¹⁵⁴ LORENZETTI, op. cit., p. 198.

sórios para a prestação de uma finalidade coletiva de consumo, da organização de grupos de consumidores para melhor distribuição do consumo, o direito hoje deve considerar que em se tratando de relação de consumo (art. 3º do CDC) não há mais terceiro, "vítima" ou "beneficiário", há consumidor (art. 2º, 17 e 29 do CDC). Assim reflexamente, todo o "consumidor", assim considerado pelo CDC, é parte legítima para exercer seus direitos básicos (de fundo constitucional) assegurados no art. 6º do CDC, inclusive o de combate às cláusulas abusivas, práticas abusivas, de acesso à justiça e de inversão do ônus da prova. A ele foi dada uma nova "pretensão" frente a este fornecedor. Esta nova visão qualificada e ampliadora das relações de consumo é necessária para uma boa aplicação do CDC. Assim, pode ser um indicador da conexão de relações contratuais (de consumo) e da vulnerabilidade *in concreto*, por exemplo, a posição de catividade, sujeição e dependência no tempo que esteja reduzido um dos co-contratantes.¹⁵⁵ Assim, por exemplo, se alguém é cliente de um grupo bancário e lá possui sua conta especial, muitas vezes é levado a ter uma conta poupança anexa a sua conta-depósito, ou uma poupança de determinada monta para poder obter um crédito, ou uma cobertura de seguro (consumo conexo). Com os bancos múltiplos populares este estado de "catividade", de interdependência de uma série

de negócios entre os mesmos parceiros passou a ter certa relevância jurídica, pois o parceiro mais fraco tem dificuldade de sair do vínculo e o parceiro mais forte tem facilidades de exigir do outro qualquer modificação (novação/cessão/denúncia)¹⁵⁶ em um vínculo menos importante, desde que mantenha o vínculo mais importante para o consumidor. A catividade é interdependência entre parceiros e vínculos múltiplos no tempo, a conexão é o método de comercialização e marketing, é a consequência, que hoje pode ser facilmente fotografada no mercado nacional.¹⁵⁷

B. Finalidade da Relação de serviço no CDC

1. A finalidade intrínseca das relações de consumo

Em geral, a finalidade econômico-social de um ato humano é elemento qualificador e categorizador deste, nas relações de consumo o mesmo ocorre, só que com intensidade ainda maior.¹⁵⁸ Assim é que, antes de analisarmos as garantias dos consumidores na prestação de serviços e sua evolução em relação as garantias existentes nas relações civis outras, gostaria de frisar que a relação de consumo é finalista, sua finalidade intrínseca e particular é o "consumo"

¹⁵⁵ Em magistral artigo, conclui Ronaldo Porto Macedo: "1. A relação de consumo ensejadora da proteção jurídica do CDC se configura independente da existência de uma contratação direta de consumo. 2. Haverá relação de consumo sempre que o contrato entre empresas para o fornecimento de bens ou serviços atinjam consumidores finais trabalhadores vulneráveis e não envolva a aquisição de insumos ou bens de produção.... 4. Os planos de saúde e de previdência privada pagos integralmente pelo empregador em favor de seus funcionários estão submetidos ao CDC naquilo em que afetarem os interesses dos consumidores." (MACEDO, Ronaldo Porto, Relação de consumo sem contratação de consumo direta. Quando o empresário paga a conta, in Revista Direito do Consumidor, vol. 27, p. 42 e seg.).

¹⁵⁶ Concluíram sobre o estado de sujeição/submissão/catividade estudos no mundo inteiro, veja LOMNICK, Eva, Unilateral variation in banking contract: an unfair term? e HOWELLS, Geraint, Seeking social justice for poor consumers in credit markets, ambos in CARTWRIGHT, Peter (Ed.), Consumer protection in financial services, Kluwer Int., Haia, 1999, respectivamente p. 99 e seg. e p. 239 e seg.

¹⁵⁷ Veja o nosso, Contratos bancários em tempos pós-modernos, in Revista Direito do Consumidor, vol. 25, p. 21.

¹⁵⁸ Assim LORENZETTI, Tratado de los contratos, p. 23.

lato sensu. Já que estamos aqui no exame dos elementos da relação jurídica, mister destacar aqui como característicos destes serviços de consumo seu elemento finalístico. E esta finalidade que move o consumidor, esta é a base do negócio, é a pressuposição objetiva que movimentam estes agentes econômicos no mercado. Falho seria examinar a relação de consumo sem ter em conta a sua finalidade, mais especificamente as expectativas agora legítimas dos consumidores que entram, se expõe ou intervêm nestas relações jurídicas envolvendo serviços.¹⁵⁹

A relação de consumo concretiza-se na sua causa (*Zweckursache*), causa inicial e final, na sua finalidade, que é naturalmente de consumo. Esta certeza ajudará em muito o exame do plano da existência, isto é, a caracterização da relação envolvendo serviços como de consumo ou não, pois é sempre possível perguntar se a *causa (inicial e final) principal, a causa do contrato acessório de consumo ou por conexão (até mesmo a causa do acidente)* foi de consumo ou de produção. Para entender um fenômeno, a natureza de um ato ou relação, a primeira pergunta a se realizar é sobre o porquê deste fenômeno (*Warum*).¹⁶⁰ Na interpretação das normas, o porquê é questionado enquanto *ratio legis* (*Grund* e *Zweck*, interpretação teleológica). Já, na aplicação das normas aos fenômenos da vida, o porquê é

questionado enquanto base e *causa* (*Grund* e *Ursache*) para a atuação do ser humano. O fenômeno em si (ato ou relação) é visto como simples resultado (*consequentia, effectus*). Assim, da análise das características do fenômeno é que se descortinará sua causa, sua base, o seu porquê.¹⁶¹

Efetivamente *causa e effectus* relacionam-se entre si, são um o pressuposto do outro, mas somente a causa é elemento intrínseco, básico do fenômeno,¹⁶² no caso, da relação jurídica. Segundo Roberto Senise Lisboa, o *“Código de Defesa do Consumidor adotou a doutrina da causa na relação de consumo, ao preceituar que o consumidor é “o destinatário final do produto ou serviço.”*¹⁶³ Esta diferenciação entre *efeitos* (*Wirkungen*), conseqüências materiais e fáticas do ato (*sein*), e a *causa*, em especial a *causa finalis* (*Zweckursache*), aquilo que se pretendia alcançar com o ato e a *causa efficiens*, causa inicial (*Wirkursache*), aquilo que movimentou o indivíduo a contratar, pode ser muitas vezes útil para caracterizar um ato como de consumo. Em outras palavras, os efeitos estão no mundo dos fatos (o que é, *sein*) e a causa, a base, a finalidade está no mundo do direito (o esperado *sollen*). A base contratual, a sua finalidade, é característica ou elemento intrínseco da relação juridicamente relevante, estudada no plano da existência. Assim, por

¹⁵⁹ Assim também LISBOA, Roberto Senise, A relação de consumo e seu alcance no direito brasileiro, *Coleção Saber Jurídico*, Ed. Oliveira Mendes, São Paulo, 1997, p. 33: “Os elementos intrínsecos do negócio jurídico são: o consensualismo..., a forma, a operação... e a causa (finalidade ou motivo da sua realização). O vocábulo “causa” significa, em língua portuguesa, a razão, o motivo, a origem. No universo jurídico, a causa é a finalidade, o motivo ou o objetivo pelo qual um sujeito de direito acaba por firmar o negócio jurídico.”

¹⁶⁰ Assim LAUN, Rudolf, *Der Satz vom Grunde- Ein System der Erkenntnistheorie*, 2.Ed, Tuebingen, 1956, p. 58. Trata-se, segundo Aristóteles, do início de toda investigação e base do conhecimento daí resultante (*„oberste Anfang des Wissens“*).

¹⁶¹ LAUN, *op. cit.*, p. 51 e seg..

¹⁶² Estamos utilizando os conceitos de base (*Grund*) e causa (*Ursache*) como sinônimos, de forma a facilitar e reduzir a análise, mas estes são em sentido estrito e filosófico, diferenciáveis, veja detalhes em LAUN, *op. cit.*, p. 52.

¹⁶³ LISBOA, *op. cit.*, p. 34.

exemplo, uma relação jurídica que vise beneficiar consumidores (equiparados) com planos de saúde, tem causa de consumo, não importando como aparecerá no mundo dos fatos, por exemplo, contrato assinado entre o empresário que emprega trabalhadores (beneficiários junto com seus dependentes do plano) e uma cooperativa.¹⁶⁴

Relembre-se, por fim, também que muitas são as relações cativas de longa duração envolvendo serviços. Tratam-se de relações de serviço que se prolongam no tempo, não por sua natureza intrínseca, mas por sua característica finalística. Assim, por exemplo, quem possui uma conta corrente está vinculado a um fornecedor bancário por anos e geralmente concluirá com este mais de um negócio jurídico neste tempo (seguro de vida, de acidentes, de roubo do cartão, de saúde etc.), outro bom exemplo é a poupança popular, quem possui uma poupança deixará lá seu dinheiro por mais de 30 dias, apesar de poder retirá-lo antes, justamente porque a finalidade do contrato prevê a remuneração direta do consumidor somente ao fim deste período.

A relação de consumo concretiza-se na sua causa, causa inicial e final, na sua finalidade, que é naturalmente de consumo. Esta certeza ajudará em muito o exame do plano da exis-

tência, isto é, a caracterização da relação envolvendo serviços como de consumo ou não, pois é sempre possível perguntar se a *causa (inicial e final) principal, a causa do contrato acessório de consumo ou por conexão (até mesmo a causa do acidente)* foi de consumo ou de produção.¹⁶⁵

Concordam com esta necessária diferenciação mesmo autores maximalistas. Roberto Senise Lisboa afirma: *“Daí porque parece razoável o entendimento segundo o qual o legislador, apesar de não ter se preocupado com a dicotomia bem de custeio-bem de insumo, fixou a diretriz da diferenciação da relação de consumo e da relação ordinária na causa determinante. Caberá, pois, à doutrina e à jurisprudência, na análise de cada caso a elas submetido, explorar a noção de relação de consumo sempre à luz da doutrina da causa das obrigações, para dirimir a questão...”*¹⁶⁶ Por sua vez, afirma Luiz Antônio Rizzatto Nunes: *“...o CDC não regula situações nas quais, apesar de se poder identificar um “destinatário final”, o produto ou serviço é entregue com a finalidade específica de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço e via de regra não está colocado no mercado de consumo como bem de consumo, mas de produção; o consumidor comum não o adquire.”*¹⁶⁷ O necessário exame da finalidade/causa da relação contratual

¹⁶⁴ Veja MACEDO, Relação de consumo sem contratação de consumo direta, p. 42 e seg.

¹⁶⁵ Assim também José Reinaldo de Lima Lopes, distingue entre *“crédito ao consumo”* e *“crédito à produção”*. Afirma o professor da USP: “Desnecessário dizer que o primeiro está abrigado no Código de Defesa do Consumidor, o segundo não. Isto não significa que o tomador de crédito não ao consumo esteja desprotegido: significa apenas que o seu sistema de proteção não é o de consumo. O crédito ao investidor dá-se sob a forma de financiamentos e muitas vezes de repasses de fundos públicos ou estrangeiros, desconto, faturização, adiantamentos sobre contratos de câmbio, operações de garantia etc. Não creio que seja necessário - e nem juridicamente correto - usar o Código de Defesa do Consumidor para proteger tomadores de empréstimo para investimento.” Veja LOPES, José Reinaldo de, Consumidor e Sistema Financeiro, in *Revista Direito do Consumidor*, vol. 22 (1997), p. 95.

¹⁶⁶ LISBOA, Relação, p. 30, que critica, como antes mencionado, o uso das expressões *“bem de produção”/“bem de consumo”* e de *“bem de custeio”/“bem de insumo”*, e exame da vulnerabilidade, realizando então este exame material do contrato ou da causa/finalidade do contrato para chegar à Justiça no caso concreto de tratamento desigual dos desiguais.

¹⁶⁷ RIZZATTO NUNES, Luiz Antonio, Comentários ao CDC, Saraiva, São Paulo, 2000, p. 87 e 88.

para a eventual aplicação do Art. 2º do CDC pelo Judiciário, é, pois, uma unanimidade entre finalistas e maximalistas.

2. Finalidade negocial e remuneração direta ou indireta dos serviços

Seria impossível finalizar esta análise da “finalidade” nas relações de serviço, sem enfrentar mais a fundo o tema da expectativa legítima do fornecedor de ser remunerado, como elemento categoriais dos contratos de serviço regidos pelo CDC no plano da existência: só será serviço de consumo a atividade “remunerada” (Art. 3º §2º do CDC). Mister aqui frisar a evolução que o CDC propõe entre “onerosidade” e “remuneração” e que nem sempre está sendo compreendida pela Jurisprudência.

Quanto a este aspecto, vale frisar mais uma vez que o CDC não utiliza-se da distinção clássica de contratos onerosos de prestação de serviços e de contratos “gratuitos”. O que pode inexistir no sistema do CDC é a “obrigação de pagamento” (veja expressão literal do Art. 39, III e § único no CDC). Pagamento é apenas uma das formas (diretas) de remuneração.

Frise-se assim que a expressão utilizada pelo Art. 3º do CDC para incluir todos os serviços de consumo é “mediante remuneração”. O que significaria esta troca entre a tradicional classificação dos negócios como “onerosos” e gratuitos, por remunerados e não remunerados. Parece-me que a opção pela expressão “remunerado” significa uma importante abertura para incluir os serviços de consumo remunerados indiretamente, isto é, quando não é o consumidor individual que paga, mas a coletividade (facilidade diluída no preço de todos) ou quando ele paga indiretamente o “benefício gratuito” que está recebendo. A expressão remuneração permite incluir todos aqueles contratos em que for possível identificar no sinalagma escondido

(contraprestação escondida) uma remuneração indireta do serviço de consumo. aqueles contratos considerados “unilaterais”, como o mútuo, sem problemas, assim como na poupança popular.

Só existem três possibilidades, ou o serviço é remunerado diretamente ou o serviço não é oneroso, mas remunerado indiretamente, não havendo enriquecimento ilícito do fornecedor, pois o seu enriquecimento tem causa no contrato de fornecimento de serviço, causa esta que é justamente a remuneração indireta do fornecedor ou o serviço não é oneroso de maneira nenhuma (serviço gratuito totalmente), e se for “remunerado” indiretamente haveria enriquecimento sem causa de uma das partes.

A falácia da gratuidade, por exemplo, na poupança popular não resiste ao menor exame da estrutura contratual, pois mesmo se estes contratos de poupança fossem “gratuitos”, não seriam nunca sem “remuneração” indireta. Isto é, “gratuito” aqui significa apenas dizer que não há (por enquanto) remuneração aparente e sim, remuneração causal-implícita. O sinalagma contratual está escondido, a remuneração causal está escondida, mas existe e é juridicamente relevante, tanto que, se não existisse, haveria enriquecimento ilícito dos Bancos (*condictio indebiti*).

Analisando o caso dos contratos de poupança popular, observamos que nunca ninguém aduziu que, em matéria de administração e gestão do dinheiro alheio depositado nas contas de poupança popular, haveria enriquecimento sem causa ou ilícito dos Bancos (*ungerechtfertigte Bereicherung*). Agora ninguém duvida que os bancos “recebem” remuneração por manterem contas de poupança, se não “enriquecessem” com estes serviços “gratuitos” não os fariam... Há enriquecimento sim, pois lucram com juros de mercado e pagam juros de poupança, mas há causa... contratual, bilateral, sinalagmática, há

contra-prestação por serviços prestados, logo, é a relação sinalagmática, legal e causal, que torna este enriquecimento lícito.

Como diriam os autores alemães, se há *Bereicherung* (enriquecimento) de um, há *Leistungskondition* (condição de prestação, necessidade de prestar)¹⁶⁸ para este frente ao outro. A questão principal é descobrir se a necessidade de prestar (*condictio*) tem origem contratual¹⁶⁹, logo, neste caso, a relação contratual é a *causa* de não necessitar o Banco indenizar pelo enriquecimento que efetivamente atinge ao “operar” com a poupança alheia, ou se, por absurdo, a necessidade de prestar (*Leistungskondition*) teria origem extracontratual, logo, não haveria causa contratual, e conseqüentemente haveria necessitar indenizar por todo e qualquer enriquecimento sem causa dos Bancos... No caso das contas poupança e do serviço (teoricamente, gratuito) prestado pelos Bancos aos clientes salta aos olhos que há *condictio*, mas que esta é *contratual*, sendo assim, não há enriquecimento ilícito, nem sem causa dos Bancos (pois o contrato sinalagmático é a sua causa), há apenas remuneração indireta através deste enriquecimento - repito - legal e contratual.

Comprovar esta afirmação é fácil, basta retirar a causa e repetir o mesmo “fato/ato jurídico” sem causa contratual. Imagine-se um indivíduo, que não fosse um Banco, com o qual por lei não poderia haver contrato de poupança popular, e que, por 30 dias, administrasse a poupança alheia e que obtivesse com ela um lucro de 49 e pagasse ao proprietário apenas 2. Haveria enriquecimento ilícito, sem causa (*ungerechtfertigte Bereicherung*), haveria a necessidade de prestar (*condictio indebiti*), de de-

volver o que sem causa ganhou. A única hipótese de não ter de devolver o resto, é que este figurasse - contratualmente ou, no caso da gestão, *quasi*-contratualmente - como “remuneração” pela prestação de serviços de gestão, administração, assunção de riscos etc. Este teste da retirada da causa contratual, para fazer aparecer a “causa” da remuneração lícita e existente, mesmo que implícita, os alemães denominam de *condictio ob causam finitam*. Se a causa contratual desaparecesse ou, no caso, não existisse, o sistema jurídico haveria que, necessariamente, impor a volta ao *status quo ante*, impedir o enriquecimento ilícito de qualquer das partes.¹⁷⁰

Hoje, pois, juridicamente, a alegada gratuidade dos serviços não significa falta de remuneração. Também economicamente esta denominada “gratuidade” é ilusória. É o justamente o movimento da análise econômica nos Estados Unidos que nos alerta para a falácia “econômica” dos chamados “serviços”, “utilidades” ou promessas “gratuitas”, o que não passaria de uma superada ficção jurídica. O que parece juridicamente gratuito, nos alertam mesmo os conservadores e radicais autores deste movimento de Chicago, é economicamente baseado na certeza da remuneração indireta, na interdependência de prestações futuros e atuais (sinalagma escondido), no estado de catividade e de dependência que um dos parceiros fica reduzido e no lucro direto e indireto do outro. O próprio fundador do movimento, Richard A. Posner, em já famoso estudo, alerta: “*Why would ‘economic man’ ever make a promise without receiving in exchange something of value from the promisee, whether it be money, a promise*

¹⁶⁸ Veja por todos LOEWENHEIT, Ulrich, *Bereicherungsrecht*, Beck, Munique, 1989, p. 13 e seg.

¹⁶⁹ Assim ensina magistralmente MEDICUS, Dieter, *Schuldrecht II*, Beck, Munique, 1987, p. 286.

¹⁷⁰ Veja detalhes em meu parecer, “Relação de consumo entre os depositantes de cadernetas de poupança e os bancos ou instituições que arrecadam a poupança popular”, in *Revista dos Tribunais* 760, p. 127.

*of future performace beneficial to the promisor, or something else of value to him? It is tempting to answer this question simply by involving 'interdependent utilities'... The approach taken here is that a gratuitous promise, to the extent it actually commits the promisor the promised course of action (an essential qualification), creates utility for the promisor over and above the utility to him of the promised performance. At one level this proposition is a tautology: a promise would not be made unless it conferred utility on the promisor. The interesting question is how it does so. I shall argue that it does so by increasing the present value of an uncertain future stream of transfer payments.*¹⁷¹

Em decisão do 1º TACiv.SP, o eminente Relator Juiz Silveira Paulilo afirmava: "O Código de Defesa do consumidor quando define serviço, dispõe ser ele qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito... A caderneta de poupança é, sem dúvida, um serviço colocado à disposição do consumidor pelos bancos, que lucra com isso. A "remuneração" à qual alude a lei não é somente uma contraprestação pecuniária paga pelo interessado, mas qualquer tipo de lucro que se possa extrair da atividade oferecida."¹⁷²

Se a relação de consumo tem como finalidade algum tipo de remuneração, mesmo que indireta do fornecedor está ela incluída no regime do CDC, como comprova até mesmo o Art. 39, III e § único que visam regular relações "gratuitas", mas claramente de consumo.

CONCLUSÕES

A teoria finalista, que defendo, nada mais é do que uma interpretação conforme à Constituição (Princípio constitucional da Igualdade e Direito fundamental do cidadão à proteção do Estado, enquanto consumidor - Art. 5º caput e inciso XXXII da CF/88), interpretação conforme a nova ordem econômica constitucional (Art. 170 da CF/88) e a importância da identificação do sujeito de direitos a tutelar de maneira especial, o consumidor! É interpretação do Art. 2º do CDC utilizando todos os métodos clássicos de interpretação: literal, lógico-sistemático e teleológico. A teoria contrária -maximalista-propugna uma interpretação apenas literal da expressão "destinatário final", concluindo que basta ser destinatário final fático do produto ou serviço. A origem constitucional do CDC hierarquiza esta lei, a qual materializa direito fundamental (apenas) das pessoas físicas, e conduz necessariamente o aplicador da lei a interpretação cuidada desta lei especial tutelar. Segundo pensamos, o destinatário final é o que retira o bem ou serviço do mercado ao adquirir ou simplesmente utilizá-lo (destinatário final fático), aquele que coloca um fim na cadeia de produção (destinatário final econômico) e não aquele que utiliza o bem ou seguro para continuar a produzir, utilizando-o como parte, insumo ou garantia da sua produção.

Interpretando-se a expressão legal "destinatário final" no sistema do CDC ou pelo método lógico-sistemático, observamos que este Código positiva os princípios que devem guiar a interpretação de suas normas no Art. 4º do CDC, reconhecendo a necessidade de proteção do vulnerável (princípio da vulnerabilidade do Art. 4º, inciso I do CDC), da boa-fé e do

equilíbrio (princípio da boa-fé e proteção da confiança do Art. 4º, inciso III do CDC). Interpretando a expressão "destinatário final" pelo método teleológico ou finalístico, observamos que sua ratio é a proteção do consumidor-final, aquele que retira da cadeia de produção o bem ou serviços, o destinatário final econômico, que não repassa estes custos para terceiros, aquele que não detém os meios de produção, aquele que consome de maneira realmente "final" e que o valor protegido pela norma é a igualdade, a proteção dos vulneráveis, dos não-iguais (Art. 4, I e III do CDC). Esta interpretação conforme a Constituição (Art. 5º, XXXII, Art. 170 da CF/88 e 48 da ADCT) e conforme os princípios positivados no CDC para definir o campo de aplicação desta lei (Art. 1º, 2º, 3º, 4º e 7º do CDC) destaca a importância da vulnerabilidade do agente para que possa ser considerado consumidor. Defendo que, face ao Art. 2º do CDC e ao Art. 4, inciso I desta lei especial, milita uma presunção de vulnerabilidade para as pessoas físicas destinatárias finais do serviço. A jurisprudência tem exigido a prova da vulnerabilidade in concreto para que pessoas jurídicas beneficiem-se das regras protetivas do CDC. A equiparação a consumidor por força do Art. 29 do CDC pode beneficiar o não-destinatário final de produtos e serviços, quando contratante, e também à pessoa jurídica. Para beneficiar-se da aplicação do Art. 29 do CDC, a jurisprudência exige hoje a prova de vulnerabilidade in concreto. Efetivamente, a aplicação do Art. 29 do CDC exige

que as pessoas por ele equiparadas a consumidores estejam "expostas" a práticas comerciais do outro contratante e só está "exposto" quem é vulnerável, não igual, mais fraco, leigo ou necessitado.

Parece-me comprovada a afirmação de Erik Jayme de que o sujeito de direitos identificado na pós-modernidade qualifica-se quando recebe direitos fundamentais, como aconteceu no Brasil com os consumidores, e acaba este sujeito por modificar as instituições em que está presente, como o contrato massificado e complexo de serviços atual. As plurais definições de consumidor do CDC (Art. 2º, parágrafo único do Art. 2º, Art. 17 e Art. 29 do CDC) visam justamente incluir os não contratantes, os terceiros beneficiários, os que pagaram direta e indiretamente os serviços de consumo, os terceiros vítimas, os terceiros garantidores, os vulneráveis expostos às práticas comerciais abusivas. Visam definir, com base nos princípios expostos no Art. 4, I e III do CDC, quem é consumidor, visam equiparar para proteger os desiguais. O sujeito de direitos do CDC (código protetivo apenas deste agente econômico vulnerável, o consumidor) é um sujeito pós-moderno, plural e destruidor dos dogmas contratuais antigos, tais como o efeito inter partes dos contratos e a não conexão das relações complexas, acabando por superar mesmo a figura do terceiro contratual ao defini-lo como "consumidor" stricto sensu ou equiparado.

¹⁷¹ POSNER, Richard A., Gratuitous Promises in Economic and Law, in *The Economics of Contract Law*, Kronman, Anthony e Posner, Richard A., Ed. LB, Boston, 1979, p. 46, artigo publicado originalmente in *6 J.Legal Studies* 411(1977)

¹⁷² Ap. Civ. 581.830/6, j. 25.04.96, Rel. Juiz Silveira Paulilo, 1º TACiv.-SP.

Globalización y Derecho de Daños

Los Derechos Constitucionales Incumplidos

Carlos A. Ghersi

SUMARIO

1. *Introducción.*
2. *El globalismo como fenómeno ideológico y socioeconómico.*
3. *Las consecuencias y efectos del proceso de globalidad.*
 - 3.1. *El derecho constitucional a la educación.*
 - 3.2. *El derecho constitucional al consumo sustentable y lo material como imperialismo del gusto y el status.*
 - 3.3. *El derecho constitucional al trabajo. La resignificación y su deshistoriación.*
 - 3.4. *El derecho constitucional de pertenecer a un territorio como proyecto de vida: espacio y tiempo.*
4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución Nacional en su versión originaria, establecía como derechos básicos a cargo del Estado: la educación, salud, justicia y seguridad y con posterioridad en la reforma de 1957 se incorporó la protección del derecho al trabajo y la familia (art. 14 bis) necesarios e imprescindibles para el acceso al sustento y el desarrollo de la calidad de vida.¹

En 1994 los Constitucionalistas que volvieron a reformular la Carta Magna incorporaron los derechos del consumidor - como contrapartida a los del trabajador - de tal forma que completaron el círculo: trabajo - mercado / empresa - mercado/ consumo, consolidando así, en la normativa, la posición de la persona humana (en sus distintos roles) frente a la economía, es decir, los: "derechos económicos". (el acceso a la propiedad y la consolidación patrimonial art. 2311 y 2513 del Cod. Civil).²

¹ Bidart Campos. *Lecciones elementales de Política. 5ª Edición, pag. 177. Ed. Ediar. Bs. As. 1995.*

² Ghersi, Carlos A. y colaboradores. *Derechos y responsabilidades de las empresas y consumidores Ed. Organización Mora Libros. Bs. As. 1994*

En el mismo sentido la incorporación de distintos tratados internacionales consolidaron aún más estos derechos, especialmente para los jóvenes, niños y ancianos.³

Esto último ocurrió, a pesar de que fue durante la década de los noventa, que en la Argentina se había instalado el neoliberalismo nuevamente, para ser más exactos desde 1989. (con anterioridad se había hecho en el período 1976 - 1983) y que ideológicamente era contrario a los principios reformados y tratados incorporados, de allí la "contradicción" entre la teoría y la práctica.⁴

Como la reivindicación se había efectuado en el texto constitucional, era necesario consolidarlos mediante la puesta en marcha o real ejercicio de aquellos.

En este sentido, el Estado debía constituirse en un elemento central, pues algunos dependían lisa y llanamente de su actividad (educación, justicia, seguridad y salud) y otros de su impulso y/o control (los mismos en su fase privada y el trabajo).

No ocurrió nada de ello, por el contrario, lo bueno que existía se fue deteriorando

(salud, educación, justicia y seguridad)⁵ y hasta privatizando (servicios domiciliarios) con grave daño para los usuarios.⁶

Respecto del trabajo las nuevas leyes de flexibilidad laboral lo fueron precarizando y hasta casi extinguiendo como "relación estructural y permanente".⁷

Es nuestra intención investigar desde el derecho de daños lo que pasó y sus consecuencias, siguiendo nuestra línea de estudios sobre la posmodernidad⁸ y tercera vía.⁹

2. EL GLOBALISMO COMO FENÓMENO IDEOLÓGICO Y SOCIO-ECONÓMICO

La globalización como fenómeno físico sucedió con el descubrimiento de América, es decir se completó el conocimiento del planeta tierra.¹⁰

Con la modernidad nacieron los Estados Nacionales, constituyendo el límite territorial, un límite del poder, la legislación, etc.¹¹ lugar de pertenencia concreto y fundamen-

talmente se caracterizó por la multiplicidad en las relaciones de mercado, atribución de dirigir sus políticas económicas, etc.¹²

La posmodernidad inauguró la globalidad o globalismo¹³ con una doble lógica: por un lado un proceso por el cual los Estados Nacionales dejan de ser soberanos y comienza a trasladarse la competencia decisoria a organismos transnacionales (poder, orientaciones, etc.¹⁴ y por otro, las empresas transnacionales establecen redes de relaciones regionales y globales para resolver los

problemas de la crisis del sistema económico, verbigracia la flexibilidad laboral, los bajos salarios, el precio de las materias primas, etc.¹⁵

Concebida así la globalidad o globalismo tiene un significado "no físico" como se le pretende dar, sino ideológico (poder); social (ganadores y perdedores como actores sociales); económico (trabajadores y consumidores), etc.¹⁶

De esta manera nos permite estudiar el poder cada vez mayor de las multinacionales y los grupos económicos y repensar: en materia

¹² Palazuelos, Enrique y colaboradores. *Estructura económica capitalista Internacional. El modelo de acumulación de posguerra*. Ed. AKAL. Universitaria. Madrid. 1990.

¹³ Beck, Ulrich. *Que es la globalización? Falacias del globalismo, respuesta a la globalización*, pag 29. Ed. Paidós. Barcelona. 1998.

¹⁴ Chomsky, Noam y Dieterich. *La sociedad global*, pag 71 "En la esfera de reproducción económica de la sociedad mundial las mentes críticas discuten preferentemente la política de instituciones como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional (FMI), etc. Esta perspectiva es correcta y justificada, ya que dichos organismos juegan un papel importante en la regulación mundial. Sin embargo, se trata de organismos ejecutivos del capital, mientras que el cerebro y el centro de decisiones se encuentra en el Grupo G-7. Al G-7 corresponde la tarea de coordinar la política económica de las potencias industriales: Estados Unidos, Alemania, Japón, Inglaterra, Italia, Francia y Canadá, mediante las reuniones regulares de sus ministros de finanzas y presidentes de bancos centrales y las cumbres de sus jefes de Estado. La tasa de interés, las cotizaciones de los títulos nacionales, las políticas del Banco Mundial y del FMI son variables del orden mundial económico que maneja ese grupo." Ed 21. S.R.L. Bs As 1999.

¹⁵ Palazuelos, Enrique. *La globalización financiera. La internacionalización del capital financiero a fin del siglo XX* pag 23 "Un cuarto factor que resultó fundamental para que se modificaran las condiciones financieras internacionales fue el comportamiento de las grandes corporaciones transnacionales. El contexto recesivo de la economía mundial había reducido la tasa de rentabilidad de las empresas de los países desarrollados, lo que a su vez indujo a una disminución de sus inversiones productivas, creándose así las condiciones para ulteriores caídas de sus tasas de crecimiento de la productividad y de los beneficios. Para afrontar este espiral descendente, las grandes empresas comprendieron distintas políticas tecnológicas, salariales y de empleo, a la vez que elaboraron nuevas estrategias productivas comerciales que incorporan un sesgo cada vez más financiero en el conjunto de la actividad económica. Este factor es ignorado por buena parte de la literatura que se ocupa de la globalización financiera, aunque su importancia si queda resaltada en otros trabajos como los que figuran en la bibliografía seleccionada al final del capítulo. Las grandes corporaciones acentuaron su interés por reducir los costos de financiación de pasivos, de manera que -aprovechando la presencia de sus compañías filiales en distintos países- buscaron las mejores posibilidades para encontrar recursos crediticios o emitir títulos, según las ventajas fiscales o financieras que se presentaban en cada país, de forma que fueron independizando cada vez más el origen y el destino de su financiación. A la vez ampliaron la diversificación de su pasivo mediante la emisión de obligaciones negociables en unos mercados internacionales que les proporcionaban ventajas en cuanto a los menores costos de emisión o de amortización, o bien en la obtención de plazos más amplios de vencimiento." Ed Síntesis. Madrid 1998.

¹⁶ Bauman Zygmunt. *Globalización. Las consecuencias humanas*, pag. 109 y sigtes. Ed Jorge Zahar. Río de Janeiro. 1998.

³ Consult. Vega, Carlos A y Graham Marisa. *Jerarquía constitucional de los tratados internacionales*. Ed. Astrea. Bs. As. 1998.

⁴ Bocco, Arnaldo y otros. *Regresividad tributaria y distribución del ingreso. El impacto de las políticas impositivas en los sectores populares de la Argentina*. pag. 13. Ed. Unicef/Losada. Bs As. 1997.

⁵ Weingarten - Ipolito - Gherzi. *Contrato de Medicina Prepaga* pag. 14. 2da edición. Ed Astrea. Bs As. 1999.

⁶ Consult. Benítez, Beatriz. *Tutela del consumidor Nº 3. Como defendernos de los servicios domiciliarios defectuosos e ineficientes*. Ed. Cuyo Mendoza. 2000.

⁷ Consult. Gherzi, Carlos A. *Reforma laboral. Ley 25.013. Política Económica; Flexibilización y empresa. Rol del Estado*. Ed. Universidad. Bs. As. 1999.

⁸ Gherzi, Carlos A. *La posmodernidad Jurídica* 3ra Edición Ed. Gowa. Bs. As. 1999.

⁹ Gherzi, Carlos A. *La Tercera Vía* Ed. Gowa. Bs As. 1999.

¹⁰ Consult. Wallerstein, Immanuel. *El moderno sistema mundial. Vol. I y II*. Ed. Siglo XXI. México. 1989.

¹¹ Habermas, Jürgen. *Mas allá del Estado Nacional*. pag 28 "En su teoría del Estado Hegel subraya de entrada dos cosas: primero, el carácter auto afirmativo, al ponerse y saberse, de aquel yo común de Rousseau en que la soberanía consiste, es decir, el carácter afirmativo y auto afirmativo de esta; y segundo, la justificación absoluta de las particularidades históricas en que las comunidades políticas (cuando están en su tiempo) consisten, como ingredientes de aquella se manifiesta por la dialéctica de la finitud de los espíritus de la que se obtiene y extrae a si mismo el espíritu del mundo" Ed Trotta. Valladolid. 1997.

de contratos el rol del trabajador y el consumidor y sus funciones económicas¹⁷; y en el derecho de daños los causados por la tecnología y la información; el problema de la pobreza no como meramente económico, sino cultural; de calidad de vida y de el "no ejercicio de los derechos"; el daño causado al habitat y sistemas ecológicos globales y regionales, etc. algunos de los cuales trataremos de examinar y posibilitar su reparación¹⁸ o mejor aún trabajar sobre la anticipación y la prevención.¹⁹

3. LAS CONSECUENCIAS Y EFECTOS DEL PROCESO DE GLOBALIDAD

Los mercados globales de bienes y servicios, junto con la información introducen una nueva dimensión y sus consecuencias las podemos describir como: la desagregación de comunidades enteras del mundo virtual²⁰ y su colocación en la realidad diferenciada "localizada"; se produce así una nueva polarización

y estratificación en la población mundial con incluidos globalizados y marginados o excluidos²¹ localizados.

Esto implica cuestiones tan graves como la imposibilidad del ejercicio concreto del derecho más elemental: la impotencia de libertad, la necesidad la reemplaza y aparece el futuro como destino implacable.

Un ser humano sin libertad, es objeto y no sujeto de la norma, el contrato o el derecho de daños.

El tiempo y el espacio aparecen como nuevos daños, los incluidos tiene respecto de aquellos, "virtual accesibilidad", en cambio los excluidos, el peso del tiempo lo sienten como vacío y el espacio es inamovible.

Esta es tal vez la explicación de numerosos suicidios en los ancianos y jóvenes desahogados de sus contextos y posibilidades reales, porque su marginación social (tiempo y espacio) los hace entrar en pánico depresivo.

El trabajo ya no es responsabilidad del Estado ni de las empresas y es reducido a su mínima expresión como "coste laboral" y pasa a ser un problema individual, generacional y simultáneamente masivo.²²

La educación se presenta como en una triple fase: imprescindible para la inclusión; necesaria, pero no absoluta para lograr un puesto de trabajo y frustrante porque desarrolla la conciencia de la marginación y la exclusión.²³

El riesgo, como poder de las empresas transnacionales y del capital financiero, funciona como amenaza en el discurso de la disponibilidad inversora con el fin aparente de evitar la desinversión de un Estado - territorio y causar perjuicios reales.

La semántica del podría, debería, etc, como fuerza estratégica.²⁴

Trataremos de profundizar aun más el análisis de algunos de los nuevos daños en la globalidad.

3.1. El derecho constitucional a la educación.

Una primera cuestión importante, es la cultura como modo fragmentario del modo de producción.²⁵

Al colocarse el énfasis en lo cultural como proceso sistemático de larga duración y continuo, implica desde lo económico una condicionalidad (relación entre trabajo y cultura activa); y desde lo social, un resentimiento que lleva a los marginados como desahogo destruir los símbolos culturales de los incluidos, verbigracia: la propiedad privada y la misma persona en su aspecto cultural (descontrol del miedo, vestimenta, etc.).²⁶

Se lleva a extremar el sentimiento de triunfo sobre el oponente, es decir cuanto más daño sobre la persona y los símbolos económicos - sociales, más satisfacción en el acto "antisocial - cultural" de los excluidos.

De esta forma hay dos damnificados: el incluido, porque su propia vida está en riesgo

¹⁷ Consult. Lima Marques, Claudia. *Contratos no Código de Defesa do consumidor. 3era edición. Ed Revista Dos Tribunais. Sao Paulo. Brasil. 1999.*

¹⁸ Consult. Gherzi. Carlos y colaboradores. *Teoría general de la Reparación de daños. 2da edición. Ed Astrea. Bs As. 1999.*

¹⁹ Gherzi, Carlos A. *La tercera vía. Ambito jurídico. pag. 85. Ed Gowa. Bs As 1999.*

²⁰ Tapscott, Don. *La era de los negocios electrónicos. pag 34.* "Aunque el surgimiento de la economía digital esta creando nuevas emocionantes oportunidades, el torbellino asociado con él, está produciendo cambios profundos y discontinuidad. Los cómodos supuestos a los que los estrategas de negocios se habían comenzado a acostumar, ya no se amplían. Se está dificultando pronosticar como será en el futuro clientes, comunidad y competencia. En compañías como General Motors, cuyo mercado hasta hace poco ha sido relativamente fácil de predecir, la economía digital está imponiendo una nueva forma de pensar y nuevos métodos para planear y diseñar negocios." Ed Rodrigo Pertuz Molina. Colombia. 1999.

²¹ Rifkin, Jeremy. *La era del acceso. La revolución de la nueva economía. pag 297* "La brecha de las comunicaciones entre las naciones desarrolladas y las que están en vías de desarrollo es tan grande que muchos observadores afirman que el mundo se está dividiendo rápidamente entre ricos y pobres en información. El columnista David Kline, de la revista de última tecnologías Hot Wired, se inquieta ante la posibilidad de que el futuro pueda convertirse en un paraíso de oportunidades sólo para una minoría rica, movil y bien formada. Y al mismo tiempo se convierta en una edad oscura digital para la mayoría de los ciudadanos: los pobres, los menos formados, y los denominados innecesarios" Ed Paidos. Avellaneda. 2000.

²² Delich, Francisco. *El desempleo de masas en la Argentina. pag 81.* "Se ha elaborado incluso un denominado síndrome de la desocupación que incluye una primera etapa de negación, seguida de un segundo momento de angustia y desesperación, una tercera etapa de depresión restringiendo las relaciones sociales." Ed. Norma. Bs As 1997.

²³ Consult. Harvey, David. *la condición de la posmodernidad. Investigación sobre los orígenes del cambio cultural. Ed. Amorrortu. Bs As 1998.*

²⁴ Consult. González Concepción, Cy Gil Fariña, María candelaria. *El lenguaje de la ciencia económica. Ed Ra-Ma. Madrid. 2000. y Ecco, Humberto.....*

²⁵ Rifkin, Jeremy. *La era del acceso. la revolución de la nueva economía pag 191.* "la transformación del capitalismo industrial en el capitalismo cultural, de los derechos de propiedad en el derecho de acceso, ha sido lenta. Los orígenes del cambio pueden remontarse a fines del siglo XIX. En nuestros días, al convertirse la producción cultural en forma dominante de actividad comercial, se puede apreciar plenamente el impacto de algunas de las fuerzas sociales surgidas durante la era victoriana. Daniel Bell divide la civilización moderna en tres esferas diferenciadas, que interactúan entre si: la economía política y la cultura.. El principio básico de la esfera económica, apunta Bell, es la economización de los recursos. En la esfera política, el valor principal es la participación. En la cultura, lo es la realización y el desarrollo del yo. En el trascurso del siglo pasado, los valores de las esferas política y cultural se han ido mercantilizando progresivamente, siendo arrastrados hacia la esfera económica". Ed Paidos. Avellaneda. 2000.

²⁶ Bauman, Zygmunt. *Trabajo, consumismo y nuevos pobres. pag. 133. Ed. Gedisa. Barcelona. 1999.*

y el excluido, porque ya no considera "a la vida" como valor rescatable en sí mismo.

Un segundo escalón del mismo problema, es lo cultural como derivado y secundario, pues así surge lo meramente cultural como proceso de afirmación e identidad de la subcultura de la marginación.²⁷

La diferencia aparece - se marca con mayor intensidad - en la vida material (símbolos de la cultura) hace nacer la distinción (como lo señala Paul Bourdieu)²⁸ entre los distintos grupos de excluidos y el resurgimiento del racismo y lo étnico.²⁹

La aparición de facciones que muestran diferencias externas - materiales y socioculturales, producen nuevas clases de marginados: violentos y domesticados; pero también esta particularidad se presenta entre los incluidos: la identidad excluyente de los trabajadores de pertenencia a las empresas y los de autonomía estructural. (trabajadores domiciliarios, subocupados,³⁰ etc.) sin beneficios sociales, vacaciones, etc.

Estas particularidades generan una nueva forma de conflicto: las relaciones recíprocas se manifiestan en situaciones de calidad de vida y procesos de subsistencia.

Así aparece contrapuesto, no solo el

modo de producción del bienestar, sino también el modo de reproducción de la especie.

Los incluidos se reproducen bajo la planificación familiar y los excluidos con desagregación y proliferación promiscua (en familias de villas miserias es diversa la paternidad, la maternidad e incluso el incesto).

3.2. El derecho constitucional al consumo sustentable y lo material como imperialismo del gusto y el status.

La exclusión material (del trabajo y de la calidad de vida; de la educación y la transformación; etc.) se presenta como un proceso de producción del daño "no normativo" (la igualdad y la libertad están aseguradas para todos y hasta globalmente por los Tratados Internacionales) y como un modo de propagar la discriminación. (cuyas consecuencias son devastadoras en las generaciones venideras, la salud, su medio ambiente, etc.).³¹

Los objetos materiales y culturales desestabilizan la vida común, producen un intercambio desigual, que van generando vías de distribución que conforman comunidades localizadas infravaloradas por el globalismo empresarial y de los organismos transnacionales.

²⁷ Funes, Robert M. *La lucha de clases en el siglo XXI. Visión política de la crisis económica de nuestro tiempo.* pag 262. Ed ESIC. Madrid. 1997.

²⁸ Consult. Poul Bourdieu. *La distinción. Criterios y clases sociales del gusto.* Ed. Taurus. Madrid. 1998.

²⁹ Mann, Micheld. *La cara oculta de la democracia: la limpieza étnica y la política como tradición moderna,* en *Rev Left Review N° 1* pag 20 y sgtes, Ed Akal. Madrid. 2000.

³⁰ Consult. Hernando de Soto, *Economía subterránea. Un análisis de la realidad peruana.* Ed Globo. Río de Janeiro. 1997.

³¹ Egleston, Terry. *Ideología pag. 190 "Aquello para lo que funcionan estas instituciones es en la concepción de Althusser la base económica de la sociedad. Su principal función consiste en dotar a los sujetos con las formas de conciencia que necesitan para asumir sus puestos o funciones en el marco de la producción material"* Ed. Paidós. Barcelona. 1997.

De esta forma, la manipulación táctica de los incluidos, es igual a la marginación de los excluidos, pues la persona humana se desacredita, se vuelve un "producto", se convierte en la base del intercambio.

El objeto se mimetiza con el sujeto y son uno mismo, se piensa y se vale por los objetos poseídos y no por la esencia de la persona.³²

La injusticia de la distribución material aparece así como un daño concreto y se coloca en paralelo con la injusticia del no reconocimiento y en el centro de estas dos cuestiones: la persona humana que se infravalora en la relación social materializada (en la interlocutoria se percibe el status).³³

Los bienes básicos (parte justa en la asignación de los recursos) se institucionalizan, verbigracia como la ayuda social o la medicina hospitalaria³⁴, pero se impide su ejercicio, su acceso (como dice Rfkin) y aparece así la injusticia distributiva y simultáneamente, la injusticia del no reconocimiento.

La desposesión, sufrida por el "no pertenecer", confunde la legalidad (para la norma se tiene derecho) con la legitimidad (en la persona real, no se ejercita el derecho como situación de poder).³⁵

3.3. El derecho constitucional al trabajo. La resignificación y su deshistorización.

El nuevo daño moral por la ofensa económica del "no trabajo", como proceso permanente y estructural, aparece como situación inédita (la idea del paro como situación no querida), ya que el "tipo trabajo" como categoría era el modelo que se mostró como de bienestar y desarrollo social, durante la modernidad.³⁶

Uno de los indicadores históricos de la modernidad³⁷ era precisamente el trabajo en la fábrica, como experiencia específica del tiempo y el espacio; también como concepción increíblemente optimista (Adam Smith) donde la mano invisible del mercado experimentaba la liberación y emancipación del hombre, reconociéndose así el aspecto progresista del trabajo.³⁸

³² Bourdieu, Pierre *Campo del poder y campo intelectual.* pag 51. Ed. Folio Ediciones. Bs As 1983.

³³ Karsaklian Eliane *Comportamiento do consumidor.* pag 181 (*Imagen de marca*) Ed. Atlas S.A. Sao Paulo. 2000.

³⁴ Weingarten - Ipolito - Gherzi. *Contrato de medicina prepaga.* 2da edición pag. 14. Ed Astrea. Bs As 1999.

³⁵ Consult. Bourdieu P. y Teubner G. *La fuerza del derecho.* Ed Siglo del Hombre Editores. Bogotá. 2000.

³⁶ Raffaghelli, Luis y Raffaghelli, Julia. *Desempleo, exclusión y salud mental en la Argentina.* pag 28/9 Ed Trabajo y Utopía. Bs As 1996.

³⁷ Harvey David. *La condición de la posmodernidad. Investigación sobre los orígenes del cambio cultural.* pag 27. "Si bien el termino modernidad posee una historia mas antigua, lo que Habermas llama el proyecto de la modernidad ocupó un lugar central en el siglo XVIII. Este proyecto propuso un extraordinario esfuerzo intelectual por parte de los pensadores de la ilustración, destinado a desarrollar la ciencia objetiva, la moral, la ley universal y el arte autónomo, de acuerdo con su lógica interna." Ed Amorrortu. Avellaneda. 1998.

³⁸ Harvey, David. *La condición de la posmodernidad. Investigación sobre los orígenes del cambio cultural.* pag. 30. "El proyecto de la modernidad nunca le ha faltado críticos. Edmund Burke no intentó en forma alguna ocultar sus dudas y su disgusto ante los excesos de la Revolución Francesa. Malthus, cuando refuta el optimismo de Condorcet, sostiene que es imposible escapar de las cadenas naturales de la escasez y la necesidad. Asimismo De Sale mostró que podía haber otra dimensión de la liberación humana, además de aquella que imaginaba el pensamiento tradicional de la ilustración. Y a comienzos del siglo XX dos críticos notables, aunque situados en diferentes posiciones, imprimieron su sello en el debate. Primero Max Weber, ...y Nietzsche..." Ed Amorrortu. Avellaneda. 1998.

La distinción del tener trabajo. aparece como caracterización y hasta califica a la familia como subsistema social; desprestigiando como situación meramente simbólica, por ejemplo, a la familia sin beneficio social; cae el sistema de protección social y con ello los patrones sociales de interpretación (cultural y socioeconómico)

Los sin trabajo, no participan en forma igualitaria de la vida social cotidiana, pasan a ocupar ámbitos etéreos y difusos, que aluden tanto a su existencia como a su consecuencias.

Sustraerse a los modos de producción, significa lisa y llanamente deshistorizar la noción de trabajador, consumidor, estructura familiar económica, etc, caracteres indispensables de pertenencia al sistema económico.³⁹

3.4. El derecho constitucional de pertenecer a un territorio como proyecto de vida: espacio y tiempo

La vida personal como espacio de situaciones íntimas, que incluye la sexualidad, la amistad, la sociabilidad, no puede ser ejercida y desconexionan respecto de la persona hu-

mana de su entorno y contexto, ya que de ser así producen una fractura en el ser, su dignidad y en su sociabilidad.

El sitio, como estar en un lugar de pertenencia y calidad de vida, se constituye para los incluidos en un gesto que conduce al aberrante "adentro y afuera", a las significaciones y construcciones artificiosas y artificiales; y para los no incluidos, significa la dimensión de la deconstrucción de la cultura y lo material. (Levy Straus).

Lo óntico desaparece para el ser humano y esto es un nuevo daño que se transforma en permanente.

El proceso de intercambio de tiempo y espacio mismo aparece como una situación de daño, ya que se acrecientan las jerarquías simbólicas de status y prestigio; desestabiliza la especificidad histórica y hace en ocasiones vivir al ser humano como un animal nómada.⁴⁰

La nueva vida entraña una resignificación y una nueva identificación, lo cual condiciona a nuevas situaciones de vida y existencia, que aparecen como un estado no querido, una injusticia social (cuando toman conciencia).⁴¹

³⁹ Neffa, Julio C. *Los paradigmas productivos tayloristas y fordistas y su crisis*. pag. 210. Ed Lumen. Humanitas. Bs As. 1998

⁴⁰ Fraser, Nancy. *Heterosexismo, falta de reconocimiento y capitalismo*, en *New left review* N 2 pag 129. "Eli Zaretsky denomina la vida personal, un espacio de relaciones íntimas que incluye la sexualidad, la amistad y el amor, que ya no puede ser identificado con la familia y que es experimentado en su desconexión con respecto a los imperativos de la producción y la reproducción. Por lo tanto en términos generales, la sociedad capitalista, contemporánea introduce fracturas: entre el sistema económico y el de parentesco; entre la familia y la vida personal, y entre el sistema de status y la jerarquía de clase. En este tipo de sociedad profundamente diferenciada no tiene sentido concebir el modo de regulación sexual simplemente como una parte de la estructura económica. tampoco lo tiene consideren las exigencias de reconocimiento de los "queer" como exigencia redistributivas mal planteadas. "Ed Akal. Madrid. 2000.

⁴¹ Consult. Rosannvallón, Pierre. *La nueva cuestión social. Repensar el Estado de Providencia*. Ed. Manantial. Bs. As. 1995.

4. CONCLUSIONES

Las personas siguen siendo el centro de preocupación normativo (las reformas constantes y continuas a nuestra legislación así lo prueban) pero las políticas de Estado, atienden más al sistema en sí mismo (lo trascendente es el déficit, el cierre de cuentas, pagar los intereses de la deuda, etc.) de esta forma se produce una dicotomía contradictoria.

El tener derecho, no es más que un proceso reivindicativo y el ejercer es solo una cuestión de mera expectativa, de tal forma que

el incumplimiento de deberes y obligaciones del Estado, no generan la reparación del daño, pues se mantienen como daños sociales masificados (posteriores a los daños o intereses difusos) y ni siquiera, salvo contadísimas excepciones (amparos individuales⁴² y colectivos) se puede hablar de anticipación y prevención.

Debemos enfrentar un nuevo escenario: los derechos sociales incumplidos y en este sentido debemos trabajar con políticas activas (anticipación-prevención) y si ello no ocurre, desde la reparación de daños.⁴³

⁴² Amparo. Jurisprudencia sintetizada. JA. 8-3-2000, pag. 72

⁴³ Hof, Pedro. *Bioética*. JA 1-11-2000.

Falta de Notificação em Multa de Trânsito e Licenciamento

*Eurípedes G. Faim F^o
Artur M. de Oliveira Jr.*

INTRODUÇÃO

No dia a dia forense tem sido comum surgirem processos onde se questiona o cabimento da negativa de licenciamento de veículo por existência de multas não pagas, normalmente sendo alegado falta de notificação com relação a essas.

Tal problema se avolumou muito após o novo Código de Trânsito Nacional que possibilitou aos municípios a aplicação de multas e as tornou bem mais onerosas que antes.

Hoje tem-se como pacífico que são ilegais as multas aplicadas sem notificação do suposto infrator no prazo legal.

Tal regra é expressa no Código Nacional de Trânsito que dispõe:

"[...] Art. 281 - A autoridade de trânsito, na esfera da competência estabelecida neste Código e dentro de sua circunscrição, julgará a consistência do auto de infração e aplicará a penalidade cabível.

Parágrafo único - O auto de infração será arquivado e seu registro julgado insubsistente: [...]

II - se, no prazo máximo de trinta dias, não for expedida a notificação da autuação. [...]"

Esse dispositivo é fruto do princípio constitucional consagrado no art. 5º, LV, da Constituição Federal:

"aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes." (grifo nosso)

Da mesma forma, isso baseia-se no princípio do Direito Administrativo de que o poder de polícia, no caso polícia de trânsito, só pode ser exercido de forma regular, ou seja, deve ser desempenhado pelo órgão competente, nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio

¹ *Eurípedes Gomes Faim Filho é Juiz de Direito em São Vicente, Estado de São Paulo, Mestre em Direito pela USP, professor da Faculdade de Direito da UNIMONTE, ex-professor da Faculdade de Direito da UNESP, ITE e UNOESTE.*

Artur Martinho de Oliveira Júnior é Juiz de Direito em São Vicente, Estado de São Paulo.

de poder.²

Em razão dessas regras a jurisprudência tem sistematicamente acolhido as alegações de impossibilidade de negação de licenciamento nesses casos, o que até foi objeto da súmula 127 do E. Superior Tribunal de Justiça:

“É ilegal condicionar a renovação da licença de veículo ao pagamento de multa, da qual o infrator não foi notificado.”

Tal também tem sido o entendimento da melhor doutrina:

“[...] em caso de multa, deverá estar consolidada ou decidida, com a prévia notificação do devedor e a possibilidade dos meios de defesa. Tendo havido apenas a lavratura do auto de infração, sem a posterior homologação pela autoridade competente, não se torna exigível a multa. Considerando que o licenciamento é condição para o veículo circular, não se admite a negativa em fornecer o certificado, se atingida a época da respectiva renovação, e não obedecidas as formalidades para firmar a exigibilidade da cominação. Arbitrária a atitude em condicionar a licença ao pagamento, se a notificação ocorre no momento em que se providencia aquela. [...]”³ (grifo nosso)

No entanto, dúvidas têm surgido a respeito de qual seria a autoridade coatora contra quem o pretendente ao licenciamento deveria se insurgir, bem como quanto ao meio processual cabível e à autoridade judiciária compe-

tente para o mesmo.

Este estudo pretende oferecer subsídios para a solução desses problemas, razão pela qual, num primeiro momento, questionaremos o ato administrativo da negativa do licenciamento, em seguida discutiremos a existência de litisconsórcio entre autoridades administrativas, a competência do juízo e a forma de se pleitear e julgar pedidos de liminares.

1. O ATO ADMINISTRATIVO DENE-GATÓRIO DO LICENCIAMENTO

A autoridade administrativa que tem atribuição para deferir o licenciamento é o delegado de polícia de trânsito do município onde se encontra registrado o veículo.

Tal regra encontra-se no Código de Trânsito Brasileiro em seu artigo 130:

“Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, para transitar na via, deverá ser licenciado anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo.” (grifo nosso)

Logo, como essa é a autoridade que tem atribuição para realizar o licenciamento, também é ela a autoridade que tem poderes para denegá-lo devido à existência de multas, assim, ela é a autoridade coatora no caso.

No Estado de São Paulo criou-se a pos-

² Tais regras que valem para todo o Direito Administrativo estão previstas no Código Tributário Nacional no seu art. 78, parágrafo único: “Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio de poder.”

³ RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 393.

sibilidade de se realizar o licenciamento eletrônico disponível nas instituições bancárias conveniadas.⁴ Tal atitude é digna de todo louvor, no entanto não altera em nada o fato de que a autoridade designada pela lei continua a mesma.

Não tem relevância o fato de que, pelo sistema de “autenticação digital”, criado por essas portarias, as taxas, IPVA, multas de trânsito e ambientais, assim como os demais encargos que possam recair sobre os veículos, devam ser pagos em instituições bancárias, que, a partir da data da portaria, estão interligadas à PRODESP e são responsáveis pela prévia pesquisa de tais débitos.

Bem assim, carece de importância igualmente poder o licenciamento ser feito nessas instituições, mediante pagamento das multas e encargos, e depois recebido em casa pelo interessado por via postal.

E tal se dá, basicamente, por três razões:

⁴ Portaria 316 de 22 de março de 2000 do Delegado de Polícia Diretor do Departamento Estadual de Trânsito e Portaria CAT/DETRAN nº 001, de 22 de março de 2000 do Coordenador da Coordenadoria da Administração Tributária da Secretaria de Estado dos Negócios da Fazenda e do delegado de Polícia Diretor do Departamento Estadual de Trânsito da Secretaria de Estado da Segurança Pública, todos do Estado de São Paulo.

⁵ Portaria CAT/DETRAN 001: “[...] Artigo 4º - O serviço requerido perante a unidade de trânsito obrigará o interessado a apresentar o comprovante de pagamento bancário, bem como os demais documentos estabelecidos em normas específicas do Departamento Estadual de Trânsito, devendo o funcionário digitar o conjunto de caracteres alfanuméricos inseridos naquele documento, como condição obrigatória para o reconhecimento, validação e posterior emissão dos certificados de registro ou de licenciamento.

Artigo 5º - A existência de multas aplicadas pelos órgãos executivos municipais de trânsito, não conveniados com o Governo do Estado de São Paulo, implicará na inserção no comprovante de pagamento bancário da mensagem “existem débitos municipais”, obrigando o usuário a procurar o órgão competente para regularização e desbloqueio da restrição contida no banco de dados do Departamento Estadual de Trânsito, condição necessária e indispensável para a posterior emissão do certificado de registro ou de licenciamento. [...]”

Artigo 16, [...] § 2º. A realização do serviço perante a unidade de trânsito de registro do veículo, implicará na obrigação de o interessado apresentar o comprovante de pagamento bancário, bem como os demais documentos estabelecidos pelo Departamento Estadual de Trânsito, contendo necessariamente a autenticação digital, nos termos do contido no art. 4º desta Portaria. [...]” (grifo nosso)

legal ou não, para que seja obrigatório assegurar ao proprietário do veículo o direito à ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, isso não podendo ser relegado, sob pena de não ser regular o exercício do poder de polícia por inobservância do devido processo legal.

E tal ato denegatório do licenciamento só pode ser considerado legal se baseado em multas legais, pois, caso contrário, o vício de ilegalidade das multas contaminaria esse ato, pois não há ato legal baseado em ato ilegal.⁶

Ocorre que esse ato administrativo da denegação do licenciamento merece uma análise mais profunda para definir-se realmente quem é a autoridade coatora.

Sobre isso manifestou-se o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em mandado de segurança:

"[...] MULTA DE TRÂNSITO - São Vicente - Licenciamento de veículo - Súmula STJ-127 - 1. Não pode o Diretor de Trânsito, em havendo multas pendentes, permitir o licenciamento do veículo, nem demonstrar a regularidade de autuação e multa que outra autoridade, não ele, procedeu. Não pratica ele, à primeira vista, ilegalidade nem tem o infrator direito ao licenciamento nessa hipótese. Ato complexo que exige a presença da autoridade que efetuou

a autuação. - 2. O fundamento do pedido - falta de notificação - exige se traga ao pólo passivo a autoridade municipal ou estadual que efetuou a autuação, é responsável pela imposição da penalidade e por sua regularidade formal. Sem sua presença não se tem demonstrado a liquidez nem a certeza do direito. Recurso de ofício a que se dá provimento para denegar a segurança. [...] ⁷" (grifo nosso)

Concordamos com esse acórdão quando diz que é necessária a presença no pólo passivo do mandado de segurança da autoridade que efetuou a autuação, mas não que se trata de ato complexo.

Os atos administrativos são classificados pela doutrina, quanto à formação da vontade, em simples, complexos e compostos. Simples são os atos que advêm da manifestação de vontade de apenas um órgão, singular ou colegiado, por exemplo, licença para porte de arma.⁸

Complexos são os que decorrem da declaração de vontade de dois ou mais órgãos, independentemente de serem singulares ou colegiados. HELY LOPES MEIRELLES exemplifica com a investidura de um funcionário na qual a nomeação é feita pelo Chefe do Executivo e a posse e exercício é dada pelo chefe da repartição em que vai servir o nomeado.⁹

⁶ Nesse sentido *Apelação com revisão nº 10558.5-00. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator o E. Desembargador Brenno Marcondes. Julgamento realizado no dia 09 de dezembro de 1999. No corpo do acórdão lê-se:*

"[...] Quanto a preliminar argüida pela Fazenda do Estado, também é ela rejeitada, pois o Delegado Titular da 16ª Ciretran tinha poderes para deliberar sobre a questão do licenciamento e para deliberar outros atos colocados sob a sua égide. É sabido que as determinações superiores devem ser cumpridas fielmente, salvo se ilegais [...] ⁷" (grifo nosso)

⁷ *Apelação nº 101.544.5/7 da 8ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator o E. Desembargador TORRES DE CARVALHO. Data do julgamento: 26 de janeiro de 2000.*

⁸ *BASTOS, Celso Ribeiro. Curso de Direito Administrativo. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, pág. 112.*

⁹ *Direito Administrativo Brasileiro. 21ª edição atualizada por EURICO DE ANDRADE AZEVEDO, DÉLCIO BALESTRO ALEIXO e JOSÉ EMMANUEL BURLE FILHO. São Paulo: Malheiros, 1996, pág. 154.*

Por fim, composto é aquele ato que se origina da vontade de dois ou mais órgãos, no qual, na expressão de DI PIETRO, "a vontade de um é instrumental em relação a de outro, que edita o ato principal." Esclarece essa professora que no ato complexo há uma fusão de vontades para a prática de um único ato, enquanto que no ato composto há dois atos, sendo um principal e o outro acessório que pode ser pressuposto ou complementar do principal. Essa autora exemplifica com a nomeação do Procurador Geral da República na qual a nomeação, que é o ato principal, depende de aprovação prévia do Senado, que é o ato acessório pressuposto do principal.¹⁰

O ato denegatório do licenciamento, a nosso ver, não é um ato complexo, pois no caso não há uma fusão de vontades na prática de um único ato.

Tampouco trata-se de ato composto porque não há uma relação de instrumentalidade ou complementação entre tal ato e a multa anteriormente imposta.

Também não se trata de ato completamente simples, pois não se pode negar a influência de uma vontade de outro órgão, aquele que impõe a multa, na decisão de denegação do licenciamento.

Para nós o caso é de atos correlatos no ensinamento do Desembargador CARLOS ORTIZ:

"MANDADO DE SEGURANÇA - Serventia de Justiça - Concurso - Procedimento para provimento - Ato administrativo complexo que ensejaria impetração simultânea contra todas as autoridades envolvi-

das - Descabimento - Atos sucessivos, porém autônomos entre si - Carência decretada - Processo extinto sem julgamento do mérito. O ato administrativo complexo é aquele que se apresenta incompleto em sua formação, dependendo ainda de um ato complementar para tornar-se operante. Quando cada ato produz efeitos jurídicos, inclusive o de administrativa-mente propiciar outros atos, não há que se falar em complexidade e, sim, em correlação."¹¹ (grifo nosso)

No caso, a multa e a denegação do licenciamento são atos autônomos, sendo que a multa produz o efeito jurídico de ensejar o ato de denegação, de onde se conclui que há correlação.

Assim, como a legalidade ou não da denegação do licenciamento está totalmente relacionada com a legalidade ou não da multa, concluímos que não é possível julgar-se incabível a denegação do licenciamento sem antes fazer isso com relação à multa, mesmo que apenas se trate de uma decisão incidental.

Dessa forma, no caso de um mandado de segurança, por exemplo, a impetração apenas contra o delegado que nega o licenciamento não é possível, devendo integrar a lide a autoridade que aplicou a multa, pois há aí litisconsórcio.

Não se diga que o delegado não é parte legítima por não lhe ser possível controlar a regularidade das autuações.

Tal entendimento se basearia no seguinte ensinamento de HELY LOPES MEIRELLES:

¹⁰ *DI PIETRO, Maria Sylvia Z. Direito Administrativo. 11ª edição. São Paulo: Atlas, 1999, pág. 207.*

¹¹ *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator o E. Desembargador CARLOS ORTIZ - Mandado de Segurança n. 14.743-0. Data do julgamento: 17 de fevereiro de 1993.*

"[...] Incabível é a segurança contra autoridade que não disponha de competência para corrigir a ilegalidade impugnada. A impetração deverá sempre ser dirigida contra a autoridade que tenha poderes e meios para praticar o ato ordenado pelo Judiciário. [...]"¹² (grifo nosso)

Quando o pedido versar exclusivamente sobre o licenciamento, a autoridade com atribuições para praticá-lo é o delegado responsável pelo trânsito que, assim, é parte legítima, mas não só ele, como supra.

Assim, entendemos haver um litisconsórcio no caso, cabendo-nos agora questionar que tipo de litisconsórcio seria e qual o juízo competente, o que faremos no próximo item deste artigo.

2. DA NECESSIDADE DO LITISCONSÓRCIO PASSIVO

2.1. Da noção de litisconsórcio

O presente estudo deve partir da noção do que seja litisconsórcio.

Da lição de ARRUDA e THEREZA ALVIM podemos concluir que o instituto do litisconsórcio consiste no fenômeno de se ter, num dos pólos da relação processual, ou em ambos, uma pluralidade de autores e, ou, réus.¹³

¹² Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data. 18ª edição. São Paulo: Malheiros, 1997, pág. 54.

¹³ No dizer desses mestres: "[...] normalmente, há nos processos, um autor litigando contra um réu, disputando sobre uma única lide ou objeto litigioso, a respeito da qual existem questões, sejam de fato ou de direito, ou de ambas as espécies. Poderá haver um autor contra um réu e mais de uma lide (v. art. 292), para o que há um regime e obediência a requisitos especiais. Pode haver também mais de um autor (litisconsórcio ativo), ou, então, um autor contra vários réus (litisconsórcio passivo), ou, ainda haver vários autores contra vários réus (litisconsórcio misto); neste fenômeno consiste o instituto do litisconsórcio, cuja característica marcante é a existência de pluralidade de partes, num mesmo pólo, ou em ambos os pólos do processo. [...]" (Assistência - Litisconsórcio, Repertório de Jurisprudência e Doutrina. São Paulo: RT, 1986, pág. 01).

Os litisconsórcios podem se classificar de acordo com: a) o momento de sua formação, em inicial e ulterior; b) a obrigatoriedade ou não de sua formação, em necessário ou facultativo; c) a sorte no plano de direito material, em simples e unitário; d) a posição subjetiva, em ativo, passivo ou misto.

Em vista do objetivo deste estudo, bem como em virtude das demais serem intuitivas, abordaremos apenas as classificações quanto à obrigatoriedade ou não da formação do litisconsórcio e quanto à sorte no plano de direito material.

Quanto à sua obrigatoriedade o litisconsórcio poderá ser facultativo ou necessário.

Será facultativo quando sua formação dependa exclusivamente da vontade das partes envolvidas, como ocorre, por exemplo, quando um condômino reivindica a coisa comum em poder de terceiro (art. 623, II, do Código Civil). A reivindicação pode ser feita, facultativamente, por apenas um, mais de um ou por todos os condôminos, sem que, com isso, haja qualquer transgressão da lei ou prejuízo da relação jurídica havida entre aquele ou aqueles que são donos da coisa comum e o terceiro que injustamente a detém.

De outro lado, será necessário quando a sua formação seja determinada por lei ou pela

natureza da relação jurídica que envolve as partes litigantes, de tal modo que, sem sua existência, a sentença a ser proferida não terá plena eficácia na solução da lide. Esse conceito é facilmente extraído da melhor doutrina, ensinada pelos mestres ARRUDA e THEREZA ALVIM, JOSÉ FREDERICO MARQUES e HUMBERTO THEODORO JÚNIOR.¹⁴

Quanto à sorte no plano do direito material, ou seja, quanto ao resultado da ação, podemos diferenciar o litisconsórcio em unitário e simples.

Na ausência de definição legal, devemos nos socorrer das lições dos grandes doutrinadores para obtermos o conceito preciso dessas espécies de litisconsórcios.

De sua lição podemos concluir que ocorre o litisconsórcio unitário quando todos os litisconsortes que figurem no mesmo pólo da

relação processual devam ter a mesma sorte na solução da lide proposta. Assim, não é possível que um dos litisconsortes saia vencedor e os demais vencidos. Ou todos vencem a demanda ou todos são vencidos.¹⁵

Ao contrário, no litisconsórcio simples, é possível que a ação seja favorável para alguns dos consortes e desfavorável para outros.

Sintetizando, se para a eficácia da sentença é indispensável a presença num dos pólos, ou em ambos, de mais de um autor ou de mais de um réu, o litisconsórcio é necessário (e não facultativo) e, se todos os autores ou todos os réus, da relação jurídico-processual, devem ter a mesma sorte na solução da lide, o litisconsórcio é unitário (e não simples).

Após relembrarmos esses conceitos, estamos aptos a definir a existência ou não de litisconsórcio no caso dos pedidos, via manda-

¹⁴ Assim, conforme ensinamento de ARRUDA e THEREZA ALVIM, "[...] no litisconsórcio necessário, é indispensável a presença conjunta de diversos autores ou diversos réus, sob pena de ineficácia da sentença; no litisconsórcio facultativo, pode o litisconsórcio ser formado ou não, nada afetando sua não formação, os efeitos da sentença, que, todavia, atingirão somente quem tenha sido parte (art. 472, 1ª frase). No litisconsórcio facultativo, a vontade relevante para sua formação, ou não, é a do autor; a do réu, pelo regime vigente, não tem relevância, na formação do litisconsórcio facultativo, sendo-lhe imposto pela vontade do autor, desde que a lei o permita (art. 46). É irrelevante, também, a vontade do juiz, que não pode impor a formação do litisconsórcio facultativo. [...]" (Op. cit., pág. 02.)

No mesmo sentido MARQUES, José Frederico. Manual de Direito Processual Civil. 9ª edição. São Paulo: Saraiva, 1982, Vol. I, pág. 272-273

Já HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, após criticar a definição legal constante do art. 47 do CPC, "[...] pois o Código definiu o litisconsórcio necessário conforme apenas as características do litisconsórcio unitário", afirmou que "[...] podemos concluir que litisconsórcio necessário, ativo ou passivo, é aquele sem cuja observância não será eficaz a sentença, seja por exigência da própria lei seja pela natureza jurídica litigiosa. [...]" (Curso de Direito Processual Civil. 9ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 1992, Vol. I, pág. 109.)

¹⁵ Para ARRUDA e THEREZA ALVIM, "[...] tendo em vista a identidade, relativamente à sorte no plano do direito material, da decisão em que figurarem litisconsortes, podemos classificá-los em simples ou unitário. Será unitário o litisconsórcio quando a demanda deva ser decidida de forma idêntica para todos quantos figurem em um mesmo pólo da relação processual. A normalidade do funcionamento da atividade jurisdicional, no litisconsórcio unitário é a de que, realmente, todos os litisconsortes unitários, situados em um dos pólos do processo, tenham sorte efetivamente idêntica, no plano do direito material. [...]"

"[...] Será simples o litisconsórcio quando tal identidade não tiver necessariamente de ocorrer, nem no plano processual, nem no material. [...]" (Op. cit., pág. 02)

do de segurança, de licenciamento de veículos automotores sem o prévio pagamento das multas de trânsito pendentes e da respectiva anulação ou declaração de insubsistência dessas penalidades. Tratamos mais do mandado de segurança por ser a via mais comum.

2.2. O litisconsórcio no caso em estudo

De início, cumpre-nos destacar que, quer o impetrante peça apenas o licenciamento do veículo ou, além dele, também a declaração de nulidade ou insubsistência das multas, a relação jurídico-processual exigirá a formação do litisconsórcio passivo, que será, pois, necessário. Note-se que, pleiteando o impetrante o licenciamento e a declaração de nulidade das multas, uma vez que o primeiro só foi proibido pelo delegado de trânsito em virtude da existência das multas impostas pela autoridade competente, não há como se deixar de formar o litisconsórcio, porque o licenciamento é ato de atribuição do delegado e à outra autoridade de trânsito deve ser assegurada a oportunidade de apresentar a prova da notificação e da existência de regular procedimento administrativo anterior à imposição da multa, sob pena de, assim, o próprio Poder Judiciário negar vigência ao princípio constitucional do devido processo legal, especialmente com afronta ao contraditório e à ampla defesa.

Questão interessante, mas não de solução diferente, surge quando o pedido formulado no “*mandamus*” é exclusivamente de licenciamento.

O licenciamento é de atribuição exclusiva do delegado de trânsito, todavia, como o fundamento utilizado, como regra, nas impetrações, é o da ausência das notificações

(arts. 281 e 282, Código de Trânsito Brasileiro (CTB), com conseqüente quebra da ampla defesa, no procedimento administrativo da imposição da multa, sendo essa a causa da proibição do licenciamento, a correlação dos atos simples praticados pelas autoridades envolvidas cria relação jurídica indissolúvel entre elas, a impor, de igual forma, a formação do litisconsórcio que é, portanto, necessário.

Afinal, a sentença a ser proferida no mandado de segurança não será eficaz contra o delegado de trânsito, sem que se dê à autoridade que impôs a multa a possibilidade de demonstrar a validade da sanção aplicada e tal só será possível se essa autoridade puder defender seu ato, o que só ocorrerá se for citada, ou notificada, para prestar suas informações.

Inafastável, também nesse caso, o litisconsórcio necessário.

Nesse sentido, recentemente, a egrégia 8^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo já decidiu que o Diretor de Trânsito não pode responder sozinho a mandado de segurança em que se pleiteia o licenciamento, pois, a natureza do ato “[...] exige a presença da autoridade que efetuou a autuação [...]”, uma vez que “[...] o fundamento do pedido – falta de notificação – exige se traga ao pólo passivo a autoridade municipal ou estadual que efetuou a autuação, (que) é responsável pela imposição da penalidade e por sua regularidade formal. Sem sua presença não se tem demonstrado a liquidez nem a certeza do direito. [...]”¹⁶ (grifo nosso)

O Supremo Tribunal Federal também já decidiu que:

¹⁶ Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n. 101.544.5/7. Relator o E. Desembargador TORRES DE CARVALHO. Julgamento realizado no dia 26 de janeiro de 2000.

“Se a sentença a ser proferida em mandado de segurança é suscetível de afetar possível direito subjetivo oriundo do ato impugnado, em favor de terceiros, estará caracterizado o litisconsórcio necessário.”¹⁷ (grifo nosso)

Por isso, entendemos que a natureza da relação jurídica exige a formação do litisconsórcio, sob pena de não se assegurar ao Estado, no processo judicial, o mesmo de que reclama o impetrante da esfera administrativa, ou seja, o direito ao contraditório e à ampla defesa, e, assim, somos de opinião de que esse litisconsórcio é necessário.

Além de necessário, seria também unitário?

Pensamos que não.

Analisando o caso do mandado de segurança visar ao licenciamento ou, esse e mais a declaração de nulidade das multas impugnadas, os litisconsortes poderiam ter a mesma sorte na solução da demanda, na medida em que, se as multas impostas tivessem atendido aos critérios legais para sua aplicação, a proibição do licenciamento sem o prévio pagamento seria, do mesmo jeito, legal.

Desse modo, a sorte da sentença seria igual, idêntica, para o delegado de trânsito e para a autoridade que impôs a multa. Mas essa idéia só valeria para o caso de ser apenas uma autoridade responsável pela lavratura de uma única multa exigida pelo delegado de trânsito para o licenciamento. Caso contrário, havendo mais de uma autoridade autuante ou mais de uma multa não seria mais possível assegurar a unitariedade.

Poderia haver, por exemplo, uma ou

algumas multas válidas da mesma autoridade responsável pela lavratura, enquanto outras nulas, isso levaria ao reconhecimento de nulidade de algumas e não de outras, e daí o ato denegatório do licenciamento poderia ser lesivo ao direito do impetrante apenas com relação à exigência das multas ilegais e não das demais.

A unitariedade ocorreria, ainda, se todas as multas fossem viciadas, pois a proibição do licenciamento seria lesiva a direito líquido e certo do proprietário do veículo que não poderia ter a renovação de licença de trânsito vedada sem a existência de multa válida que a impeça, nos termos do art. 131, § 2^o, do Código de Trânsito Brasileiro. Ou, se todas as multas fossem válidas, posto que a proibição do licenciamento seria absolutamente legal, sem qualquer lesão ou ameaça a direito do impetrante.

Assim, como o mais comum nas lides forenses é a ocorrência de irrisignação contra várias multas emanadas de diversas autoridades municipais, estaduais e federais de trânsito, devemos concluir que o litisconsórcio em questão é simples, admitindo a procedência parcial da ação, inclusive podendo atribuir sortes diferentes para as autoridades que figurem no pólo passivo da causa.

2.3. Ausência de notificação de litisconsorte, conseqüência.

Nesse ponto, convém iniciarmos com o disposto no art. 19 da Lei do Mandado de Segurança (LMS), Lei n^o 1.533/51, que manda aplicar, em caso de litisconsórcio, o que previsto sobre o tema no Código de Processo Civil. No Estatuto Processual, merece destaque o 47 e seu parágrafo único, cujo conteúdo determi-

¹⁷ Supremo Tribunal Federal, 2^a Turma, RE 87.094-DF, julgamento realizado no dia 03 de junho de 1977. Relator o E. Ministro DJACI FALCÃO. DJU 1.7.77, p. 4.466, v.u.

na que, havendo litisconsórcio necessário, o Juiz deve ordenar que a citação, ou, no caso do "writ of mandamus", que a notificação, realize-se no prazo que assinar, sob pena de declarar extinto o processo.

Essa providência deve ser determinada de imediato, de preferência no despacho inicial, mas, pelo menos, antes da sentença. Embora respeitando as ponderáveis opiniões em contrário, baseadas na especialidade do rito, entendemos que o Juiz, ao verificar que a inicial do mandado de segurança não atende às exigências legais, quer em face do litisconsórcio (v. art. 19, LMS), quer por falta de algum requisito dos arts. 282 e 283, do Código de Processo Civil, deve determinar a emenda, com as correções necessárias.

Nesse sentido a lição de HELY LOPES MEIRELLES:

"Pela nova sistemática do Código de Processo Civil, o Juiz deverá, primeiro, mandar suprir as falhas da inicial, no prazo de dez dias, e só após a omissão da parte é que proferirá o despacho indeferitório (CPC, art. 284, parágrafo único). Essa oportunidade de correção da inicial se nos antolha de inteira aplicação ao procedimento do mandado de segurança, para economia e celeridade processuais na impetração."¹⁸

E se a notificação não ocorrer?

A jurisprudência aponta que o resultado será a nulidade do processo.

¹⁸ Mandado de Segurança. 19ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, pág. 67.

¹⁹ E. Superior Tribunal de Justiça. 4ª Turma. Resp. 28.559-1-SP. Relator o E. Ministro TORREAO BRAZ. Julgamento realizado no dia 13 de dezembro de 1994, deram provimento, v.u., DJU 20.3.95, p. 6.120, 2ª col. em.

²⁰ Supremo Tribunal Federal. 2ª Turma. RE 87.094-DF. Julgamento realizado no dia 3 de junho de 1977. Relator o E. Ministro DJACI FALCÃO, DJU 1.7.77, p. 4.466, v.u.

Nesse sentido:

"Verificando o tribunal do segundo grau de jurisdição a falta de citação dos litisconsortes passivos necessários, deve anular o feito e determinar que o juiz singular cumpra o disposto no art. 47, par. único, do CPC"¹⁹ (grifo nosso)

"Se a sentença a ser proferida em mandado de segurança é suscetível de afetar possível direito subjetivo oriundo do ato impugnado, em favor de terceiros, estará caracterizado o litisconsórcio necessário. Se não forem esses terceiros convocados para integrar a lide, como parte passiva, positiva-se a negativa de vigência do art. 19 da lei do mandado de segurança e do art. 47 do CPC. Pela natureza da relação jurídica, o juiz tem de decidir a lide de modo uniforme para todas as partes, abrangendo, assim, as pessoas que foram beneficiadas pelo ato impugnado"²⁰ (grifo nosso)

"Verificada a existência do litisconsórcio passivo necessário, julgado o mandado de segurança sem que tenha sido citado o litisconsorte para integrar a lide, opera-se a nulidade da sentença. Toda vez que o mandado de segurança implicar modificação da posição jurídica de outras pessoas, que foram diretamente beneficiadas pelo ato impugnado, ou mais precisamente, quando a sentença modificar o direito subjetivo criado pelo ato impugnado em favor de

outras pessoas, haverá litisconsórcio necessário, e a sentença não poderá ser dada sem que esses terceiros sejam citados como partes passivas na ação. Se o impetrante não houver pedido a citação, poderá o Juiz determiná-la, na forma do art. 47, parágrafo único, do CPC."²¹ (grifo nosso)

A aplicação do art. 19 da LMS e do art. 47 do CPC ao caso do litisconsórcio necessário do mandado de segurança do licenciamento de veículos tem reflexo direto sobre a competência, o que passamos a analisar.

3. REGRA GERAL DA COMPETÊNCIA EM MANDADO DE SEGURANÇA

Como já ensinou HELY LOPES MEIRELLES o juízo competente para o julgamento do mandado de segurança é determinado pela categoria da autoridade coatora e pelo local em essa exerce suas funções.

Já, a definição da competência do juízo para os mandados de segurança impetrados contra atos de autoridades do Estado ou do município depende do que disser a organização judiciária estadual que determinará sempre a comarca, circunscrição ou distrito no qual será feito o julgamento, de acordo com a Constituição e leis aplicáveis.²²

Essa é a regra geral, vejamos agora alguns casos especiais relativos ao nosso estado.

3.1 Competência entre comarcas do mesmo Estado

Embora venha prevalecendo o entendimento de que, em mandado de segurança, não se aplica subsidiariamente o Código de Processo Civil, a teor do disposto no art. 20 da LMS,²³ a própria Lei n. 1533/51, em seu art. 19 prevê de forma expressa que o contido no CPC quanto ao litisconsórcio deve ser aplicado aos processos de mandado de segurança.

Por isso, a regra geral da competência quanto à sede funcional, em caso de mandado de segurança com litisconsórcio passivo necessário, dá lugar ao disposto no art. 94, § 4º do CPC, que autoriza:

"Havendo dois ou mais réus, com diferentes domicílios, serão demandados no foro de qualquer deles, à escolha do autor."

Assim, sendo o veículo registrado em uma comarca, onde está sediado o delegado do Ciretran local e havendo multas lavradas em outras comarcas, qualquer delas é competente, a escolha do impetrante, para o mandado de segurança que vise ao licenciamento e a decla-

²¹ Acórdão unânime da 4ª Turma do Tribunal Federal de Recursos, de 3 de fevereiro de 1987, na apelação 94.369-SP. Relator o E. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO. RTFR 158/79.

Nesse sentido acórdão unânime da 1ª Câmara do Tribunal de Justiça do Pará de 30 de abril de 1985, na apelação 10.343. Relator o E. Desembargador OSWALDO POJUCAM TAVARES. Adcoas 1985, n. 105.137.

²² "Para os mandados de segurança contra atos de autoridades estaduais e municipais, o juízo competente será sempre o da respectiva comarca, circunscrição ou distrito, segundo a organização judiciária de cada Estado, observados os princípios constitucionais e legais pertinentes." (Mandado de Segurança. 19ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1998, pág.62).

²³ vide RSTJ 47/85, maioria

ração de nulidade das penalidades de trânsito ou ambientais.²⁴

3.2 Competência entre comarcas de Estados diferentes

Quando se tiver que decidir, no caso sob estudo, entre comarcas de Estados diferentes, é também aplicável o disposto no art. 94, § 4º, do CPC, vez que, ainda assim, tratam-se de “dois ou mais réus, com domicílios diferentes”, inexistindo qualquer óbice à aplicação do dispositivo a órgãos estatais ou a empresas públicas, que prestem serviços de organização e fiscalização de trânsito.

Assim, já se decidiu, por exemplo, que “*Aplica-se esta disposição mesmo se um dos réus é pessoa jurídica*”²⁵ ou a Fazenda Pública.²⁶

3.4 Competência federal

Sendo qualquer das multas imposta por órgão ou empresa pública ou autarquia federal, a competência será deslocada para a Justiça Federal, a teor do que está contido no art. 109, I, da Constituição Federal.

Assim já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

²⁴ Em sentido contrário ao nosso pensamento o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já decidiu que, em caso de impetração contra Superintendente do DER, a competência será de uma das Varas da Fazenda Pública da Capital: “COMPETÊNCIA – Mandado de Segurança – Impetração contra superintendente do DER – Incompetência do Juízo local onde não há Vara Privativa da Fazenda – Competência de uma das Varas da Fazenda da Capital – A situação da sede da autoridade impetrada define a competência do Juízo – Recurso não conhecido.” (Ap. Cível n. 230.385-1 – Jundiaí – 6ª Câmara Civil – Rel. Des. OCTAVIO HELENE – 17.08.95 – v.u.). No mesmo sentido: RT 534/112.

²⁵ STJ – 2ª Seção: RSTJ 7/92, RF 307/100

²⁶ TFR – 4ª T., Ag. 43.318-SP, rel. Min. CARLOS VELLOSO, j. 25.10.82, deram provimento, v.u., DJU 25.11.82, p. 12.061.

²⁷ STJ – 2ª Seção, CC 14.483-RS, rel. Min. COSTA LEITE, j. 13.09.95, v.u., DJU 9.10.95, p. 33.512, 1ª col. em.

Já, se a pretensão disser respeito apenas ao licenciamento, deve ser parte passiva o delegado que o denega e a autoridade que aplicou a multa, conforme dito acima.

Caso se pretenda a anulação e também o licenciamento, evidentemente, devem ser litisconsortes passivos as duas autoridades.

Tal ação poderá ser um mandado de segurança, se não houver necessidade de dilação probatória e se houver essa necessidade a ação deverá seguir o rito comum.

No mandado de segurança, que depende de prova pré-constituída, o reconhecimento da nulidade das multas é possível e deverá ter como fundamento a falta de elementos de identificação do veículo, de tipicidade da infração, de falta de competência quanto à autoridade responsável pela aplicação da multa, bem como inobservância do devido processo legal, que pressupõe a existência de notificação válida, assegurando-se ampla defesa e contraditório, conforme ensinamento de ARNALDO RIZZARDO.²⁸

Observamos que no caso de falta de no-

tificação regular, inclusive quanto ao prazo legal, a autoridade não poderá regularizar posteriormente a situação e cobrar a multa, pois ocorre decadência.²⁹

Se a alegação for de falta de notificação deve-se ressaltar que essa, para ser válida, tem que ser efetiva, não bastando sua mera expedição como dispõe o Código de Trânsito Brasileiro:

“Art. 282 - Aplicada a penalidade, será expedida notificação ao proprietário do veículo ou ao infrator, por remessa postal ou por qualquer outro meio tecnológico hábil, que assegure a ciência da imposição da penalidade.

§ 1º - A notificação devolvida por desatualização do endereço do proprietário do veículo será considerada válida para todos os efeitos. [...]”³⁰ (grifo nosso)

A lei não exige mão-própria, por isso basta que a notificação seja entregue no endereço do infrator para ser considerada válida, o mesmo ocorrendo se não houver atualização de endereço pelo proprietário.

²⁸ Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000, pág. 729.

Em sentido contrário: “LICENCIAMENTO DE VEÍCULO, SEM O PRÉVIO PAGAMENTO DE MULTA - FALTA DE NOTIFICAÇÃO - ADMISSIBILIDADE. O pagamento de multa é exigível após ter havido a devida notificação (Súmula 127, do S. T. J.). NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO DAS MULTAS - deverá ser objeto de eventual recurso administrativo e, até mesmo, de discussão judicial, incabível neste estreito campo processual. DÃO PROVIMENTO, EM PARTE, AO REEXAME NECESSÁRIO.” (Apelação Cível 107.132-5/0-00, relator o E. Desembargador VIANA SANTOS. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Férias - Direito Público. Julgamento realizado no dia 27 de janeiro de 2000)

²⁹ RIZZARDO, Arnaldo. Comentários ao Código de Trânsito Brasileiro. 2ª edição. São Paulo: RT, 2000, pág. 729.

³⁰ Nesse sentido RIZZARDO, Arnaldo. Op. cit., pág. 717 e 718.

Vide ainda Apelação Cível 107.132-5/0-00, relator o E. Desembargador VIANA SANTOS. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 4ª Câmara de Férias - Direito Público. Julgamento realizado no dia 27 de janeiro de 2000 onde se lê “o artigo 21º, do regulamento do Código Nacional de Trânsito, impõe a notificação pessoal do infrator, como regra geral, para que apresente defesa ou pague a multa, em 30 (trinta) dias, sem quaisquer acréscimos. Não há comprovação da notificação, assim sendo, a ordem deve ser mantida, tão só; para que se faça o licenciamento do veículo” (grifo nosso)

A prova de tal entrega deve ser feita por meio do aviso de recebimento do correio ou qualquer outro meio hábil, não bastando meras listas de expedição de notificações.

Para essa prova não basta apenas a notificação que se recebe quando se vai fazer o licenciamento pelo simples fato de que tal notificação sairá sempre com a data de sua emissão, não significando que outra anterior não tenha sido emitida, expedida e efetivamente cumprida.

Caso o interessado pretenda receber uma liminar em mandado de segurança ele deverá desde logo apresentar uma certidão negativa de notificação expedida pela autoridade que aplicou a multa combatida.

Embora se trate de uma prova negativa, ela é relativamente fácil, pois basta um pedido de certidão à autoridade respectiva, direito assegurado constitucionalmente.³¹

Podem ocorrer casos em que a multa foi aplicada em local muito distante do local do registro do veículo, nesses casos o juízo pode oficiar determinando o envio da certidão necessária, mas não será cabível a liminar de pronto, só após a chegada da certidão.

Tal possibilidade encontra-se no parágrafo único do art. 6º da Lei 1.533/51:

“No caso em que o documento necessário à prova do alegado se ache em repartição ou estabelecimento público, ou em poder

de autoridade que se recuse fornecê-lo por certidão, o juiz ordenará, preliminarmente, por ofício, a exibição desse documento em original ou em cópia autêntica e marcará para o cumprimento da ordem o prazo de dez dias. [...]”

Se o interessado não quiser ou não puder esperar pela resposta, poderá entrar com ação ordinária pedindo tutela antecipada e prestando caução, lembrando-se que, embora a prestação de caução não esteja sendo considerada possível no caso de mandado de segurança,³² entendemos que ela será cabível caso haja dificuldade de obter-se a certidão, baseando-se o deferimento de prestação de caução no poder geral de cautela do juiz.

Tanto a determinação de apresentação de certidão quanto a notificação de autoridades sediadas em outras comarcas poderão ser feitas pelo correio com recibo de volta, nos termos do art. 9º e do art. 11 da Lei 1533/51, sendo que esse último permite que tal seja feito até para atos mais sérios, como é a comunicação da sentença, tratando-se aqui de uma regra especial que derroga a regra geral do art. 222, “c”, do Código de Processo Civil.

Por fim, quanto ao mérito, cabe à autoridade impetrada provar a legalidade e veracidade do ato de imposição da multa quando houver alegação de falta de notificação, não valendo aí a presunção relativa a esse respeito, porque só a autoridade que impôs a multa tem essa prova.³³

³¹ “Art. 5º [...] XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas: [...] b) a obtenção de certidões em repartições públicas, para defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal; [...]”

³² Nesse sentido NEGRÃO, Theotônio. Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor. 30ª edição. São Paulo: Saraiva, 1999, nota 20 ao art. 7º da Lei 1.533/51, pág. 1517.

³³ Nesse sentido *Apelação com revisão nº 10558.5-00. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator o E. Desembargador Brenno Marcondes. Julgamento realizado no dia 09 de dezembro de 1999. No corpo do acórdão lê-se:*

“[...]No mérito, depreende-se dos autos que o impetrante não foi devidamente notificado da multa e esta prova cabia unicamente à impetrada produzir [...]” (grifo nosso)

CONCLUSÕES

De todo o exposto podemos chegar nas seguintes conclusões:

1. o interessado pelo licenciamento, obstado por multas ilegais, poderá pleitear em juízo a realização do mesmo
2. um dos motivos de ilegalidade de negativa de licenciamento pode ser a falta de notificação no prazo legal
3. a autoridade administrativa que tem atribuição para deferir o licenciamento é o delegado de trânsito do município onde se encontra registrado o veículo, também é ela a autoridade que tem poderes para denegá-lo devido à existência de multas, assim, é ela a autoridade coatora no caso
4. o ato que nega o licenciamento só pode ser considerado legal se baseado em multas legais, pois, caso contrário, o vício de ilegalidade das multas o contaminará, pois não há ato legal baseado em ato ilegal
5. a multa e a denegação do licenciamento são atos administrativos autônomos, sendo que a multa produz o efeito jurídico de ensejar o ato de denegação, de onde se conclui que há correlação entre eles
6. como a legalidade ou não da denegação do licenciamento está totalmente relacionada com a legalidade ou não da multa, não é possível julgar-se incabível a denegação do licenciamento sem antes fazer isso com relação à multa, mesmo que apenas incidentalmente
7. no caso de um mandado de segurança, por exemplo, a impetração apenas contra o delegado que nega o licenciamento não é possível, devendo integrar a lide a autoridade que aplicou a multa, pois há aí litisconsórcio passivo necessário.
8. quando o ato que se pretende na impetração é o licenciamento, a autoridade com atri-

buições para praticá-lo é o delegado responsável pelo trânsito que, assim, é parte legítima também

9. quer o impetrante peça apenas o licenciamento do veículo ou, além dele, também a declaração de nulidade ou insubsistência das multas, a relação jurídico-processual exigirá a formação do litisconsórcio passivo, que será, pois, necessário
10. o litisconsórcio em questão é simples e não unitário
11. a falta de notificação de litisconsorte traz como consequência a nulidade do processo
12. o juiz deve determinar de pronto a emenda da inicial para regularizar o pólo passivo, devendo fazê-lo pelo menos antes da sentença
13. o juízo competente para o julgamento do mandado de segurança é determinado pela categoria da autoridade coatora e pelo local em que essa exerce suas funções.
14. a definição da competência do juízo para os mandados de segurança impetrados contra atos de autoridades do Estado ou do município depende do que disser a organização judiciária estadual que determinará sempre a comarca, circunscrição ou distrito no qual será feito o julgamento, de acordo com a Constituição e leis aplicáveis
15. sendo o veículo registrado em uma comarca, onde está sediado o delegado do Ciretran local e havendo multas lavradas em outras comarcas, qualquer delas é competente, a escolha do impetrante, para o mandado de segurança que vise ao licenciamento e à declaração de nulidade das penalidades de trânsito ou ambientais
16. quando se tiver que decidir, no caso sob estudo, entre comarcas de Estados diferentes, é também aplicável o disposto no art. 94, § 4º, do CPC

17. sendo qualquer das multas imposta por órgão ou empresa pública ou autarquia federal, a competência será deslocada para a Justiça Federal, a teor do que está contido no art. 109, I, da Constituição Federal
18. a via judicial cabível para combater-se esse tipo de ilegalidade pode ser o mandado de segurança ou uma ação ordinária, mas aquele só será possível se houver direito líquido e certo demonstrável de pronto com a inicial, enquanto que a ação ordinária deverá ser a via eleita no caso de haver necessidade de produção de provas, além da documental.
19. no mandado de segurança, que depende de prova pré-constituída, o reconhecimento da nulidade das multas é possível
20. no caso de falta de notificação regular, inclusive quanto ao prazo legal, a autoridade não poderá regularizar posteriormente a situação e cobrar a multa, pois ocorre decadência.
21. a notificação, para ser válida, tem que ser efetiva, não bastando sua mera expedição, embora não se exija mão-própria
22. caso o interessado pretenda receber uma liminar em mandado de segurança ele deverá desde logo apresentar uma certidão negativa de notificação expedida pela autoridade que aplicou a multa combatida
23. em casos excepcionais o juízo pode oficiar determinando o envio da certidão necessária, mas não será cabível a liminar de pronto, só após a chegada da certidão
24. se o interessado não quiser ou não puder esperar pela resposta, poderá entrar com ação ordinária pedindo tutela antecipada e prestando caução
25. a prestação de caução também é possível, excepcionalmente, em alguns casos de mandado de segurança, de acordo com o poder geral de cautela do juiz
26. cabe à autoridade impetrada provar a legalidade e veracidade do ato de imposição da multa quando houver alegação de falta de notificação, não valendo aí a presunção relativa a esse respeito

Argumentação Jurídica e a Imunidade do Livro Eletrônico

Humberto Ávila

Advogado em Porto Alegre. Prof. da PUC/RS (Grad./Mest.) e da Escola Superior da Magistratura do RGS (AJURIS).

Especialista em Finanças e Mestre em Direito (UFRGS).
Certificado de Estudos em Metodologia e Doutorando em Direito
(Universidade de Munique, Alemanha).

“Ob der Satz wahr oder falsch ist, wird durch die Erfahrung entschieden, aber nicht sein Sinn”.
(A experiência decide se o enunciado é verdadeiro ou falso, mas não o seu sentido).

LUDWIG WITTGENSTEIN

SUMÁRIO

Introdução.

- I. **DISTINGUINDO OS ARGUMENTOS JURÍDICOS.** A - *Classificações na ciência do direito* - B. *Proposta de classificação* - 1. *Quadro esquemático* - 2. *Argumentos institucionais e não-institucionais* - 3. *Argumentos institucionais* - a) *Argumentos institucionais imanescentes* - (1) *Argumentos lingüísticos* - (2) *Argumentos sistemáticos* - (a) *Contextuais* - (b) *Jurisprudenciais* b) *Argumentos institucionais transcendentais* - (1) *Históricos* - (2) *Genéticos* - 4. *Argumentos não-institucionais* -
- II. **EMPREGANDO OS ARGUMENTOS JURÍDICOS** - A. *Obstáculos à rigidez classificatória* - B. *As condições das quais depende a força justificativa dos argumentos* - C - *Interação dos argumentos* - 1. *Quadro esquemático* - 2. *Interação multidirecional* - 3. *Interação unidirecional*
- III. **VALORANDO OS ARGUMENTOS JURÍDICOS.** A. *O papel dos princípios constitucionais* - B. *Regras prima facie de interpretação.*
- Conclusão.*

INTRODUÇÃO

Para decidir pela imunidade dos “livros eletrônicos”, parte da doutrina percorre, das premissas até a conclusão, um processo dedutivo análogo a este: (a) os livros são protegidos pela imunidade; (b) todas as obras que veiculam idéias e são dispostas em seqüência lógica são livros; (c) o chamado “livro eletrônico” consiste numa obra que veicula idéias e é disposta em seqüência lógica; (d) o “livro eletrônico” é um livro; (e) o “livro eletrônico” é protegido pela imunidade dos livros, jornais e periódicos.

Para decidir pelo não-enquadramento dos “livros eletrônicos” no âmbito material da regra de imunidade, outra parte da doutrina percorre, das premissas até a conclusão, um processo dedutivo semelhante ao que segue: (a) os livros são protegidos pela imunidade; (b) todas as obras encadernadas e ordenadas em folhas de papel são livros; (c) o chamado “livro eletrônico” não consiste numa obra encadernada e ordenada em folhas de papel; (d) o “livro ele-

trônico” não é um livro; (e) o “livro eletrônico” não é protegido pela imunidade dos livros, jornais e periódicos.

Como se vê, esse processo dedutivo, que contém o núcleo da fundamentação racional, é o que se convém chamar de justificação interna, mediante a qual se pode avaliar se o juízo decorre logicamente das premissas. A justificação interna não consiste numa fundamentação completa, na medida em que as premissas resolutivas nas duas hipóteses apresentadas (premissas “b”), que decidem efetivamente sobre uma interpretação — restritiva ou extensiva — do vocábulo livro e pela inclusão do conceito de “livro eletrônico” no conceito de “livro”, são meramente aplicadas na justificação interna. Não são, porém, fundamentadas. É dizer: tanto a premissa “todas as obras que veiculam idéias e são dispostas em seqüência lógica são livros”, quanto a premissa “todas as obras encadernadas e ordenadas em folhas de papel são livros” são aplicadas sem ser justificadas. É que sua justificação depende de argumentos: os argumentos são elementos de justificação racional da interpretação jurídica.¹ E a tarefa da interpretação jurídica é, precisamente, fundamentar esse tipo de premissa. Esse trabalho de fundamentação da premissa escolhida convém seja qualificado de justificação externa, mediante a qual são avaliados os argumentos empregados para decidir por uma interpretação em detrimento de outra(s).²

A discussão a respeito do enquadramento do “livro eletrônico” na classe de objetos abrangidos pela imunidade dos livros e periódicos

tem sido matéria de notáveis estudos doutrinários.³ Neles, torna-se evidente a inevitável discordância dos autores no tocante à conclusão sobre o tema tratado: enquanto alguns concluem pela inclusão do “livro eletrônico” no conceito normativo de “livros”, outros decidem pelo seu não-enquadramento. Essa disparidade de interpretação não se restringe à compreensão do “livro eletrônico” no gênero “livros”; a discordância vai além, para alcançar os próprios argumentos que são utilizados pelos autores para justificar as premissas que adotam. E são, afinal, esses argumentos que decidem pela inclusão, ou não, do “livro eletrônico” no âmbito material da regra de imunidade dos livros, jornais e periódicos.

Com efeito, os argumentos empregados para justificar a inclusão do “livro eletrônico” na classe dos “livros” são tão variados quanto os seguintes: o “livro eletrônico” seria usado, atualmente, como uma espécie de “livro”; a inserção do “livro eletrônico” na classe dos “livros” evitaria a contradição com princípios constitucionais fundamentais; o “livro eletrônico” consistiria num simples meio, equivalente ao livro, para garantir a liberdade de expressão e de informação; de acordo com o Supremo Tribunal Federal, a imunidade em apreço deveria ser interpretada de acordo com a finalidade que visa a alcançar; o “livro eletrônico” significaria, hoje, aquilo que o “livro” representou ontem.

Os argumentos aplicados para fundamentar o não-enquadramento do “livro eletrônico” da classe dos “livros” são igualmente diversificados: a expressão “e o papel destinado a sua

¹ MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 511.

² ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. 1. Aufl. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 71-92.

³ MACHADO, Hugo de Brito. *Coord. Imunidade tributária do livro eletrônico*. São Paulo: Informações Objetivas, 1998. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Imunidades Tributárias*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais: Centro de Extensão Universitária, 1998 (*Pesquisas tributárias, Nova série; n. 4*).

impressão” afastaria da imunidade qualquer objeto que não fosse feito de papel; o vocábulo “CD-ROM” teria acepção técnica diversa da de “livro”; o Supremo Tribunal Federal já teria decidido só haver livro onde há papel; ao mencionar o papel no dispositivo constitucional, o legislador constituinte teria objetivado proteger apenas o livro impresso em papel; a proposta de inclusão do “livro eletrônico” teria sido rejeitada pelo legislador constituinte; não tributar o “livro eletrônico” traria perda significativa de receita para o Estado no futuro.

Que todos esses argumentos podem ser utilizados na interpretação da imunidade em comento, não há dúvida; hesitação existe, contudo, quanto a saber se todos eles têm a mesma importância jurídica. Como será analisado, os argumentos usados na interpretação não são juridicamente equivalentes. Eles têm fundamentos desiguais e, por isso, valores diferentes. Não podem, por conseqüência, nem ser empregados indistintamente, nem ser tomados um pelo outro, como se fora a sua escolha e a sua valoração uma manifestação de mero capricho do intérprete.

O objetivo deste estudo não se circunscreve aos argumentos que podem ser utilizados na interpretação jurídica (da imunidade dos “livros eletrônicos”), matéria essa já objeto de excelentes publicações; ele abrange, também, o debate sobre a especificidade de cada argumento e sobre a sua própria dimensão de peso no direito brasileiro. Não se pretende apenas criar condições para que se saiba por que são escolhidas determinadas alternativas de interpretação (razões explicativas ou subjetivas); intenta-se, também, apresentar critérios para valorar as decisões de interpretação de acordo com o

ordenamento jurídico (razões justificativas ou objetivas).⁴

Para tanto, é preciso, em primeiro lugar, diferenciar os argumentos em função de seu fundamento; em segundo lugar, valorar cada um deles com base no ordenamento jurídico brasileiro. Lá, um discurso sobre o discurso da ciência do direito (discurso metateórico), na medida em que apresenta uma alternativa de qualificação dos argumentos empregados no discurso doutrinário; aqui, um discurso sobre o ordenamento jurídico (discurso teórico), enquanto explica coerentemente quais são as implicações metodológicas dos princípios constitucionais relativamente aos argumentos empregados na justificação de premissas do raciocínio jurídico.

Não se pretende apenas descrever como os argumentos estão sendo de fato aplicados pela doutrina e pela jurisprudência na interpretação jurídica. O fato de eles estarem sendo empregados dessa ou daquela forma não quer dizer que não poderiam ou deveriam ser utilizados de outra maneira. Este trabalho pretende explicar, outrossim, como os argumentos *podem e devem* ser utilizados na interpretação jurídica.⁵ Para alcançar esse propósito utilizou-se um verdadeiro caso-limite, que proporciona a análise dos vários argumentos empregados na interpretação jurídica.

I - DISTINGUINDO OS ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. Classificações na ciência do direito

As classificações elaboradas pela ciência do direito, enquanto voltadas à explicação coe-

⁴ NINO, Carlos Santiago. *La validez del derecho*. Buenos Aires: Astrea, 1985. p. 126.

⁵ BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. ed. Wien-New York: Springer, 1991. p. 554. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 78.

rente do ordenamento jurídico, submetem-se a limites dele decorrentes. Com efeito, será a compatibilidade com o ordenamento jurídico que permitirá avaliar a procedência da classificação, por exemplo, da eficácia das normas constitucionais, dos efeitos das decisões judiciais ou das espécies tributárias; o exame do ordenamento jurídico poderá confirmar ou infirmar a existência de normas de eficácia limitada, a subsistência de decisões sem nenhum efeito declaratório ou mesmo a possibilidade de exclusão da finalidade e da destinação da arrecadação como critérios para a divisão dos tributos em espécies. A nomenclatura e a variedade de divisões e subdivisões dos objetos classificados irá, porém, variar de acordo com a finalidade e o critério a que serve o agrupamento. Nesse quadro, as classificações serão mais ou menos adequadas à explicação de determinado objeto.⁶

É verdade que fazer as distinções entre os argumentos pode conduzir à rigidez classificatória; e a rigidez classificatória pode levar à desconsideração da multiplicidade de relações entre os argumentos diferenciados, bem como pode deixar de fazer frente ao caráter prático-institucional do Direito. Não é menos verdade, no entanto, que deixar de fazer as devidas distinções entre os argumentos pode levar à arbitrariedade argumentativa; e a arbitrariedade argumentativa conduz à não-fundamentação das premissas utilizadas na interpretação jurídica. Com efeito, tanto a ausência de definição dos argumentos utilizados quanto a falta de di-

ferenciação entre eles inserem, na interpretação jurídica, o germe da ambigüidade e, com ele, a fonte da arbitrariedade. Isso porque a mera menção a argumentos, sem a sua necessária justificação, não só exclui a elucidação das premissas, como permite conclusões díspares e até mesmo inconciliáveis entre si.

Como será demonstrado, não basta mencionar qual o argumento que está sendo empregado para justificar a escolha das premissas utilizadas na interpretação. Dizer que a linguagem, o sistema, o legislador constituinte ou resultados práticos decidem determinada interpretação é simplesmente pretender sejam unidirecionais argumentos que fluem em várias direções.

Classificações dos argumentos empregados na interpretação jurídica existem várias, e de consistência. Há mais discordância com relação à nomenclatura da distribuição em classes do que disparidade com relação à construção dos grupos. Divergências fundamentais existem quanto à relação entre os argumentos e quanto às regras atinentes à prevalência de um sobre outro. A proposta aqui defendida vai além das obras que lhe serviram de alicerce.⁷ Propõe-se uma reclassificação dos argumentos jurídicos integrada com uma utilização e valoração móvel e flexível desses mesmos argumentos.

O objetivo deste estudo é construir uma síntese superadora que harmonize a necessida-

⁶ Sobre classificações em geral, ver: CARVALHO, Paulo de Barros. *IPI - Comentários sobre as Regras Gerais de Interpretação da Tabela NBM/SH (TIPI/TAB)*. Revista Dialética de Direito Tributário (12): 53 e ss., São Paulo, 1996.

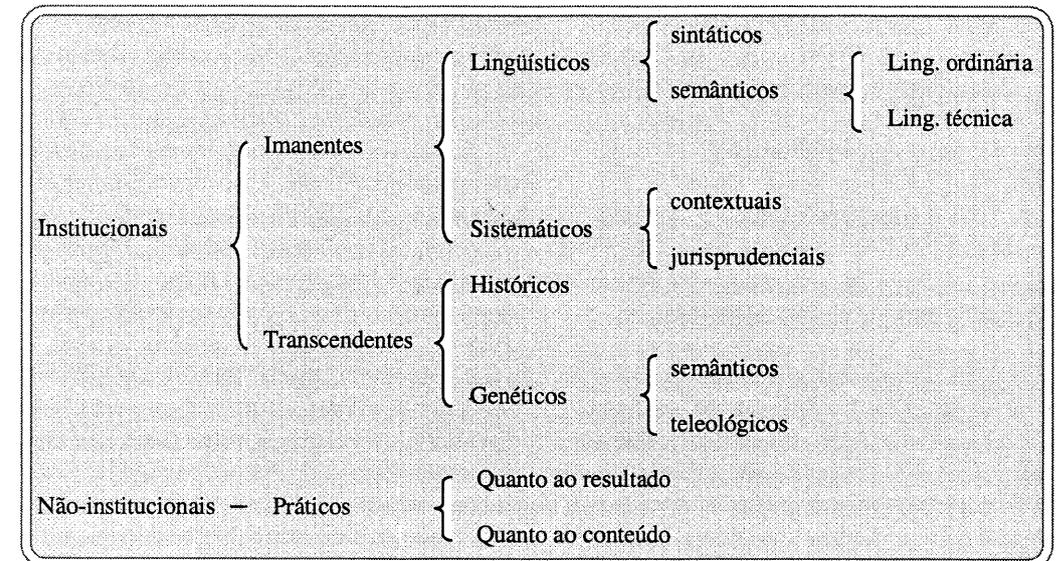
⁷ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 71-92. MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. ed. Berlin: Duncker und Humblot. 1997. p. 216-303. BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. ed. Wien-New York: Springer, 1991. p. 553-566. GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 173-190. MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: Interpreting statutes: a comparative study. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992.

de discernir os argumentos com a importância de não os separar por completo, diminuindo a inevitável subjetividade da interpretação sem enrijecer o raciocínio para o futuro. Com isso, poder-se-á abandonar qualquer simplismo na argumentação jurídica, quer

no sentido de reduzir o raciocínio jurídico à pura lógica ou à pura interpretação literal, quer no sentido de circunscrever a atividade interpretativa ao mero decisionismo ou à simples ponderação de valores de natureza inexplicada.⁸

B. Proposta de classificação

1 - Quadro esquemático



2- Argumentos institucionais e não-institucionais

A primeira grande divisão dos argumentos empregados na interpretação jurídica é aquela entre os argumentos institucionais e os não-institucionais. Os argumentos institucionais são aqueles que, sobre serem determinados por atos institucionais — parlamentares, administrativos, judiciais —, têm como ponto de referência o

ordenamento jurídico. Possuem, nesse sentido, maior capacidade de objetivação. Os argumentos não-institucionais são decorrentes apenas do apelo ao sentimento de justiça que a própria interpretação eventualmente evoca.⁹ Possuem, por isso, menor capacidade de objetivação.

Os argumentos institucionais subdividem-se em imanentes e transcendentes ao

⁸ BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. ed. Wien-New York: Springer, 1991. p. 553.

⁹ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 87.

ordenamento jurídico positivo.¹⁰ Os argumentos institucionais imanentes são aqueles que são construídos a partir do ordenamento jurídico vigente, assim da sua linguagem textual e contextual como dos seus valores e da sua estrutura. Os argumentos institucionais transcendentais são aqueles que não mantêm relação com o ordenamento jurídico vigente, mas dizem respeito ou a sua formação ou ao sentido dos dispositivos que ele antes continha.

3 - Argumentos institucionais

A. Argumentos institucionais imanentes

(1) Argumentos lingüísticos

Os argumentos institucionais imanentes ao sistema jurídico, apesar de unidos numa totalidade de sentido, podem ser teoricamente discernidos em lingüísticos e sistemáticos.

Os argumentos lingüísticos dizem respeito ao significado dos dispositivos ou enunciados prescritivos. Eles podem ser qualificados como semânticos, quando referentes ao significado das expressões; e sintáticos, quando relacionados a sua estrutura gramatical. Os argumentos semânticos podem, ao seu turno, fazer referência tanto ao uso comum da linguagem (linguagem ordinária) quanto a sua utilização técnica (linguagem técnica). A utilização técnica da linguagem pode decorrer tanto de uma definição legislativa ou doutrinária quanto do uso por especialistas na matéria.¹¹

Se as normas são inteligíveis no contexto da linguagem ordinária, elas devem ser interpretadas de acordo com o significado que um cidadão médio iria atribuir-lhe como sendo o significado mais imediato, ao menos que existam razões suficientes para uma interpretação diversa.¹²

Na análise da linguagem, pode-se utilizar o *argumentum e contrario*, mediante o qual se entende que o dispositivo, ao regular somente um caso, silenciou quanto aos outros ou os excluiu do seu âmbito de aplicação.

Pode-se interpretar a imunidade do “livro eletrônico” com base em argumentos lingüísticos. De acordo com o significado comum das expressões constantes do dispositivo constitucional (argumento semântico relativo à linguagem ordinária), pode-se, focalizando a palavra “livro eletrônico”, sustentar que ela é usada como sinônimo de “livro”. Nesse sentido, enquadra-se o “livro eletrônico” na imunidade dos “livros”. Ocorre que o significado comum das expressões igualmente se presta para interpretar o dispositivo constitucional noutra direção. É que se pode, agora voltando a atenção para o vocábulo “papel” e com o reforço da própria estrutura sintática da frase, excluir do abrigo da imunidade qualquer objeto que não seja feito com esse material.¹³ É possível, no entanto, sustentar que a palavra “papel” não é decisiva, na medida em que existem obras que são feitas de papel, mas que na acepção consti-

¹⁰ BORGES, José Souto Maior. O Direito como fenômeno lingüístico, o problema de demarcação da ciência jurídica, sua base empírica e o método hipotético-dedutivo. In: *Ciência Feliz. Recife: Fundação de Cultura da Cidade do Recife. 1994. p. 135.*

¹¹ GUASTINI, Riccardo. Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto. Torino: Giappichelli, 1996. p. 175.

¹² MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 513.

¹³ TORRES, Heleno Taveira. GARCIA, Vanessa Nobell. *Tributação e imunidade dos chamados “livros eletrônicos”*. In: MACHADO, Hugo de Brito. Coord. Imunidade tributária do livro eletrônico. São Paulo: Informações Objetivas. 1998. p. 86.

tucional não configuram livros (e. g. livros em branco, caderno em espiral, livro ponto, livro de atas).¹⁴

É dizer: o significado comum das expressões contidas no dispositivo constitucional não resolve a questão de saber se o “livro eletrônico” se enquadra na imunidade dos “livros”. O significado de livro é complexo e ambíguo.¹⁵ Isso porque a relação entre a linguagem e a realidade a qual ela se refere não é natural (causal), mas convencional: é resultado de convenções lingüísticas.¹⁶ Além disso, a significação da comunicação legislativa não preexiste ao ato interpretativo: ela deve ser construída pelo intérprete.¹⁷

O mesmo ocorre com os argumentos ligados ao significado técnico das expressões constantes do dispositivo (argumento semântico relativo à linguagem técnica). De acordo com ele, pode-se, esquadrinhando o significado técnico atribuído ao vocábulo “CD-ROM” por especialistas em informática, excluir do abrigo da imunidade qualquer objeto que não seja tecnicamente chamado de “livro”.¹⁸ Ocorre que o significado técnico das expressões também se presta para atribuir outro sentido ao dispositivo constitucional. É que se pode, desta feita perscrutando o significado técnico do vocábulo “livro”, sustentar que sua acepção técnica inclui o próprio “livro em CD-ROM”. Vale dizer: também o significado técnico das expressões contidas no

dispositivo constitucional não decide a questão de saber se o “livro eletrônico” se enquadra na imunidade dos “livros”. Ele corre em várias direções.

No mesmo sentido, utilizando o *argumentum e contrario*, pode-se sustentar tanto que o dispositivo, porque contém a expressão “e o papel destinado a sua impressão”, teria restringido a imunidade às obras feitas de papel, quanto que o dispositivo, ao utilizar a referida expressão, teria deixado de regular as obras feitas com outros materiais. Lá, é afastada a imunidade dos “livros eletrônicos”; aqui, pelo menos não excluída.

(2) Argumentos sistemáticos

Os argumentos sistemáticos, a despeito de serem fundados na estrutura do sistema jurídico, dizem respeito aos seus elementos ou a sua aplicação. Eles são decorrência das condições formais de interpretação do próprio sistema jurídico: relação entre parte e todo (consistência e coerência), e entre norma e fato (generalização e individualização). Por meio delas, evita-se e supera-se a contradição entre os elementos do sistema, ganhando-se, pela combinação entre os elementos e pela superação das contradições, em consistência, e pelo significado advindo do conjunto de todos os elementos, em coerência.

¹⁴ CARRAZZA, Roque Antonio. *Livro eletrônico - Imunidade Tributária - Exegese do art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal*. In: MACHADO, Hugo de Brito. Coord. Imunidade tributária do livro eletrônico. São Paulo: Informações Objetivas. 1998. p. 233.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. *Imunidade tributária nos produtos de informática*. In: MACHADO, Hugo de Brito. Coord. Imunidade tributária do livro eletrônico. São Paulo: Informações Objetivas. 1998. p. 200.

¹⁶ BULYGIN, Eugenio. *Sull’interpretazione giuridica*. In: *Anali e Diritto 1992: recherche di giurisprudenza analitica*. Org. Paolo Comanducci e Riccardo Guastini. Torino: Giappichelli, 1992.

¹⁷ CARVALHO, Paulo de Barros. *Proposta de modelo interpretativo para o direito tributário*. In: *Revista de Direito Tributário (70):42*, São Paulo: Malheiros.

¹⁸ SANTI, Eurico Marcos Diniz de. *Imunidade tributária como limite objetivo e as diferenças entre “livro” e “livro eletrônico”*. In: MACHADO, Hugo de Brito. Coord. Imunidade tributária do livro eletrônico. São Paulo: Informações Objetivas. 1998. p. 54.

Os argumentos sistemáticos subdividem-se em argumentos contextuais e jurisprudenciais.

(a) Argumentos contextuais

Os argumentos contextuais dizem respeito às outras normas que, juntamente com a norma objeto da interpretação, fazem parte do sistema jurídico e devem ser consideradas na interpretação. Variados são os argumentos contextuais.

Em primeiro lugar, os relativos aos princípios que possam ser combinados, lógica ou teleologicamente, com a norma objeto de interpretação.¹⁹ A concretização dos princípios constitucionais — enquanto normas imediatamente finalísticas — conduz a técnicas específicas de argumentação.²⁰ Por exemplo: em razão do princípio da igualdade, e mediante o emprego do argumento *a simili* ou analógico, atribui-se a mesma consequência normativa estabelecida para determinado caso a outro caso semelhante.²¹ É também nesse âmbito que são aplicados os critérios para solucionar as antinomias.²²

Também se incluem nesse grupo os argumentos relativos ao lugar onde o dispositivo se encontra no documento legislativo (argumento topográfico) e à constância terminológica.²³

É possível interpretar a imunidade do

“livro eletrônico” com base em argumentos contextuais. Com base nos princípios constitucionais, pode-se sustentar que os “livros eletrônicos” estão abrangidos pela imunidade, na medida em que a tributação poderá envolver atentados à livre manifestação do pensamento; valor que a Constituição de 1988 buscou preservar.²⁴ Ocorre que os argumentos contextuais se prestam para interpretar o dispositivo constitucional também noutra direção. É que se poderia interpretar as imunidades combinando-as com as regras de competência, para concluir, mediante uma interpretação restritiva, que a única exceção ao poder impositivo constitucionalmente atribuído ao Estado é a tributação dos livros de papel. Isso significa que os argumentos contextuais também não decidem, a rigor, a questão de saber se o “livro eletrônico” se enquadra na imunidade dos “livros”. Eles podem ser utilizados em vários sentidos, embora se possa notar uma certa convergência dos argumentos contextuais principais no sentido de garantir a imunidade do “livro eletrônico”.

Quando a finalidade do dispositivo for obtida levando-se em consideração os princípios constitucionais a cuja concretização serve a regra objeto de interpretação, pode-se falar em uma interpretação teleológico-sistemática. Nessa hipótese, não se pode separar a interpretação sistemática da teleológica.²⁵ Sua consideração pode levar à utilização da técnica da redu-

ção teleológica (redução do sentido do dispositivo por ser ele muito amplo em relação a sua finalidade) e da extensão teleológica (ampliação do sentido do dispositivo por ser ele muito restrito em relação a sua finalidade).²⁶

Pode-se interpretar a imunidade do “livro eletrônico” com base em argumentos teleológicos. Utilizando a extensão teleológica, é possível sustentar que a palavra “livro”, se entendida como obra encadernada, é muito restrita em relação à finalidade da imunidade, que é a de garantir a liberdade de informação dos cidadãos; pode-se também sustentar que o sentido comum da palavra “papel” é muito restrito relativamente à garantia de liberdade de acesso à informação, razão por que deve ser interpretada de modo a abranger qualquer material adequado à produção de uma obra cultural. Seja lá como for, o exposto já basta para demonstrar que os argumentos teleológicos, dependendo da finalidade e da técnica interpretativa, também não decidem a questão de saber se o “livro eletrônico” se enquadra na imunidade dos “livros”, embora reste evidente, quanto a eles, a existência de uma confluência em direção ao enquadramento dos “livros eletrônicos” na imunidade em pauta.

(b) Argumentos jurisprudenciais

Os argumentos jurisprudenciais dizem respeito aos precedentes do Poder Judiciário relativamente à norma objeto de interpretação. A pertinência dos precedentes depende da norma objeto de interpretação.

Tratando-se de norma constitucional, e sendo o Supremo Tribunal Federal o órgão constitucionalmente incumbido de interpretar a

Constituição Federal, seus acórdãos exercem papel fundamental na construção do significado de qualquer norma constitucional. Na avaliação da relevância do precedente para o sentido da norma objeto de interpretação, é imprescindível ater-se às características da decisão, se de mérito ou de não-conhecimento, se proveniente de uma das Turmas ou do Tribunal Pleno, se por unanimidade ou por maioria, se em controle difuso ou em controle concentrado de constitucionalidade. Mais relevante ainda é a identidade das normas já analisadas às normas objeto de interpretação.

Pode-se interpretar a imunidade do “livro eletrônico” com base em argumentos jurisprudenciais. Nesse sentido, é possível sustentar a imunidade em comento com base na interpretação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se analisadas aquelas decisões que interpretam de maneira sistemática e extensiva as imunidades.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal interpreta de modo sistemático e com base no elemento teleológico as imunidades quando, ao examinar o dispositivo constitucional que menciona a imunidade das “instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos”, incluiu na imunidade a eventual renda obtida pela instituição de assistência social mediante cobrança de estacionamento de veículos em área interna da entidade, destinada ao custeio das atividades desta;²⁷ e também quando entendeu que a palavra ‘patrimônio’ deve ser interpretada de maneira a abranger o imposto de importação e o imposto sobre produtos industrializados, apesar deles não serem classificados pelo Código Tributário Nacional como impostos sobre o patrimônio.²⁸

¹⁹ ALEXY, Robert. *Theorie der juristischen Argumentation*. 2. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1991. p. 295.

²⁰ ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. RDA, 215:151-179. 1999.

²¹ GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 180.

²² FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 57.

²³ GUASTINI, Riccardo. *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*. Torino: Giappichelli, 1996. p. 190.

²⁴ BORGES, José Souto Maior. *Imunidade tributária dos produtos de informática (ICMS/IPJ/ISS)*, Repertório IOB de Jurisprudência, n° 24/96, p. 545. CARRAZZA, Roque Antonio. *Livro eletrônico - Imunidade Tributária - Exegese do art. 150, VI, “d”, da Constituição Federal*. In: MACHADO, Hugo de Brito. *Coord. Imunidade tributária do livro eletrônico*. São Paulo: Informações Objetivas, 1998. p. 230.

²⁵ ENGLISH, Karl. *Einführung in das juristische Denken*. 8. ed. Stuttgart; Berlin; Köln: Kohlhammer, 1983. p. 79.

²⁶ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*. 2. ed. Berlin: Duncker und Humblot, 1983. pp. 82 e ss.

²⁷ *Recurso Extraordinário n. 144900-4, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 26.09.97.*

²⁸ *Recurso Extraordinário n.º 89.590, Primeira Turma, Relator: Ministro Rafael Mayer. DJ 10.09.79.*

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal segue a mesma interpretação ampliativa, quando não afasta da imunidade a renda obtida pelo SESC na prestação de serviços de diversão pública, mediante a venda de ingressos de cinema ao público em geral, que é aproveitada em suas finalidades assistenciais²⁹, ou quando inclui na imunidade até mesmo os imóveis utilizados como residência dos membros da entidade beneficiária.³⁰ No mesmo sentido, a Segunda Turma entendeu ser impertinente a característica de generalidade dos participantes e beneficiários para atribuir natureza pública a uma instituição, sendo importante apenas os fins sociais aos quais a entidade atende.³¹ Em todos esses casos, a interpretação da imunidade levou em conta a finalidade de garantir a prestação de serviços de assistência social.

Especificamente com relação à imunidade dos livros e periódicos, o Supremo Tribunal Federal tem adotado uma interpretação que modifica o sentido mais imediato do dispositivo (interpretação corretiva) com utilização do argumento *a simili*.

Mesmo que o dispositivo constitucional tenha utilizado o vocábulo “papel”, o Pleno do Supremo Tribunal incluiu no seu campo de aplicação, não só o papel utilizado diretamente na confecção dos bens referidos, mas também insumos nela consumidos como são os filmes e

papéis fotográficos.³² Segundo o mesmo Tribunal Pleno, é de se entender que “não estão excluídos” da imunidade os ‘periódicos’ que cuidam apenas e tão somente de informações genéricas ou específicas, sem caráter noticioso, discursivo, literário, poético ou filosófico, mas de ‘inegável utilidade pública’, como é o caso das listas telefônicas.³³ Ainda: o Pleno do Tribunal entendeu que a razão de ser da imunidade prevista no texto constitucional está no interesse da sociedade em ver afastados procedimentos capazes de inibir a produção material e intelectual de livros, jornais e periódicos, razão por que a imunidade alcançaria não só o papel utilizado diretamente na confecção dos bens referidos, como também insumos nela consumidos como são os filmes e papéis fotográficos.³⁴

No mesmo sentido, a Primeira Turma entendeu que a imunidade é de ser entendida como abrangente de qualquer material suscetível de ser assimilado ao papel utilizado no processo de impressão.³⁵

Em direção análoga a Segunda Turma: ainda que o dispositivo constitucional tenha feito menção ao vocábulo “periódico”, a revista técnica foi incluída no seu campo de aplicação;³⁶ mesmo que o dispositivo constitucional tenha mencionado os objetos “livros, jornais e periódicos”, “estendeu-se” a proteção constitucional à fase de comercialização;³⁷ o livro, como objeto da imunidade tributária, não é “apenas”

o produto acabado, mas o conjunto de serviços que o realiza, desde a redação, até a revisão de obra, “sem restrição” dos valores que o formam e que a Constituição protege.³⁸

Em todos esses casos, o Supremo Tribunal Federal, em vez de se ater isoladamente aos vocábulos constantes dos dispositivos constitucionais, buscou seu sentido em consonância com o princípio constitucional do livre acesso à informação. Embora controvertida essa qualificação, a interpretação da Alta Corte nesses casos pode ser qualificada como “corretiva” ou “ampliativa”. Nesse sentido, a imunidade dos “livros” deveria abranger também os “livros eletrônicos”: o “livro eletrônico”, também, é meio para melhorar o acesso à informação.

Ocorre que é igualmente possível defender o não-enquadramento do “livro eletrônico” na imunidade dos livros com base na mesma jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, se analisadas aquelas outras decisões que interpretam de maneira “restritiva” ou “literal” as imunidades.

Mesmo que a Constituição exclua da imunidade apenas as atividades com finalidade lucrativa, entendeu a Primeira Turma não haver imunidade no caso de produção e venda de pães.³⁹ Embora o dispositivo constitucional não faça distinções relativamente à imunidade quanto ao contribuinte de direito e de fato, a Primeira Turma circunscreveu a imunidade aos tributos que repercutem economicamente sobre o contribuinte de direito, excluindo da imuni-

dade aqueles que repercutem sobre o contribuinte de fato, como no caso de ICMS na venda de bens fabricados por entidade de assistência social.⁴⁰

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal também interpreta de modo mais declaratório as imunidades quando, ao analisar o dispositivo constitucional que menciona a imunidade de “impostos”, entendeu que a imunidade alcança “apenas” os impostos; não, as contribuições;⁴¹ também interpreta literalmente, quando entende que não há livro, periódico ou jornal, sem papel, por ter a Constituição previsto um dos elementos destinados à obtenção do produto final assegurado pela imunidade.⁴² A mesma Segunda Turma interpreta de modo restritivo as imunidades, quando cria distinções que não estão previstas no conteúdo mais imediato dos dispositivos constitucionais: embora o significado *prima facie* do dispositivo não contenha uma distinção, a Segunda Turma dissociou, para efeitos de imunidade, os casos em que há violação a outro princípio fundamental, a exemplo do princípio do livre exercício de concorrência, como ocorre na hipótese de exercício de atividade alheia às finalidades essenciais da autarquia⁴³. Apesar de a Constituição excluir da imunidade apenas as atividades com finalidade lucrativa, entendeu a Segunda Turma não haver imunidade, se houver exercício de atividade atípica pelas instituições de educação, como no caso de exploração de livros e outros artigos.⁴⁴

Relativamente à imunidade dos livros e

²⁹ *Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 155822-0, Primeira Turma, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 02.06.95. Recurso Extraordinário nº 116.188-4 - SP, Primeira Turma, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 16.03.1990.*

³⁰ *Recurso Extraordinário nº 221.395-8, Segunda Turma, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 12.05.2000.*

³¹ *Recurso Extraordinário nº 108.796, Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Madeira, DJ 12.09.86.*

³² *Recurso Extraordinário n. 190.761-4, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Marco Aurélio, DJ 12.12.97.*

³³ *Recurso Extraordinário nº 101.441, Tribunal Pleno, Relator: Ministro Sydney Sanches, DJ 19.08.88.*

³⁴ *Recurso Extraordinário nº 174.476, Tribunal Pleno, Relator para o Acórdão: Ministro Marco Aurélio, DJ 12.12.97.*

³⁵ *Recurso Extraordinário n. 193.883-8, Primeira Turma, Relator: Ministro Ilmar Galvão, DJ 01.08.97.*

³⁶ *Recurso Extraordinário nº 77.867, Segunda Turma, Relator: Ministro Leitão de Abreu, DJ 08.01.75.*

³⁷ *Recurso Extraordinário nº 109.484, Segunda Turma, Relator: Ministro Célio Borja, DJ: 27.05.88.*

³⁸ *Recurso Extraordinário nº 102.141, Segunda Turma, Relator: Ministro Carlos Madeira, DJ 29.11.85.*

³⁹ *Recurso Extraordinário nº 134.573, Primeira Turma, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 29.09.95.*

⁴⁰ *Recurso Extraordinário n. 191.067-4, Primeira Turma, Relator: Ministro Moreira Alves, DJ 03.12.99.*

⁴¹ *Recurso Extraordinário nº 129.930, Segunda Turma, Relator: Ministro Mário Guimarães, DJ 16.08.91.*

⁴² *Recurso Extraordinário nº 238.570, Segunda Turma, Relator: Ministro Néri da Silveira. Revista Trimestral de Jurisprudência do STF nº 171/356.*

⁴³ *Recurso Extraordinário nº 74.032, Segunda Turma, Relator: Ministro Bilac Pinto, DJ 16.02.73.*

⁴⁴ *Recurso Extraordinário nº 71.009, Segunda Turma, Relator: Ministro Antônio Neder, DJ 08.03.74.*

periódicos, o Supremo Tribunal Federal tem decisões que adotam semelhante interpretação literal e restritiva.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal interpreta de modo restritivo as imunidades, quando ao examinar o vocábulo “periódicos” contido no dispositivo, criou uma distinção nele inexistente, na medida em que excluiu da imunidade as publicações técnicas periódicas com periodicidade fixada pelo Ministério das Comunicações, como as listas telefônicas (entendimento ultrapassado pelo Pleno).⁴⁵ Relativamente à imunidade dos livros, a Primeira Turma entende que a tinta especial para jornais não está abrangida pela imunidade.⁴⁶

A Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal interpreta de modo literal as imunidades, quando, ao analisar o vocábulo “papel”, entendeu que apenas os materiais a ele relacionados (papel fotográfico; papel telefoto; filmes fotográficos, sensibilizados, não impressionados, para imagens monocromáticas; papel fotográfico para fotocomposição por laser) é que estão abrangidos pela imunidade tributária do art. 150, VI, d, da Constituição Federal.⁴⁷ Essa interpretação focaliza a linguagem ordinária do dispositivo, utilizando o argumento *a contrario*, não, porém, no sentido de entender que a menção apenas ao “papel” indicaria existir uma lacuna a respeito de outros materiais (argumento interpretativo com declaração de lacuna), mas no sentido de que a menção a “papel” teria positivamente excluído outros materiais (argumento produtivo com técnica de integração).⁴⁸

Em todos esses outros casos, o Supremo Tribunal Federal fixou-se nos vocábulos constantes no dispositivo constitucional, sempre com a finalidade de restringir a imunidade. A interpretação da Alta Corte poderia ser qualificada como “restritiva”. Nesse sentido, poder-se-ia sustentar que a jurisprudência do Supremo Tribunal estaria direcionada a não englobar os “livros eletrônicos” na imunidade dos “livros”.

Como se vê, não é a rigor possível falar de uma jurisprudência unidirecional do Supremo Tribunal Federal relativamente às imunidades, em especial à imunidade dos livros. O que se pode notar é apenas uma cumulação de argumentos em favor de uma interpretação extensiva das imunidades pelas Turmas e, sobretudo, pelo Tribunal Pleno.

(b) Argumentos institucionais transcendentais

(1) Argumentos históricos

Os argumentos históricos dizem respeito à investigação do problema objeto de regulação pelas normas hoje válidas, de modo a recompor o sentido que a norma tinha ao ser editada, atualizando-a no tempo.⁴⁹

Os argumentos históricos não se confundem com os argumentos genéticos: enquanto os argumentos históricos fazem referência a textos normativos anteriores, e com semelhante âmbito de incidência relativamente ao da nor-

ma objeto de interpretação, os argumentos genéticos dizem respeito a textos não-normativos (discussões parlamentares, projetos de lei, discursos legislativos, exposições de motivos), e se referem à formação do próprio dispositivo objeto de interpretação.⁵⁰ O argumento histórico faz normalmente apelo à “natureza das coisas”, na medida em que procura demonstrar que, em decorrência das mutações históricas, o significado literal do dispositivo não mais se molda à realidade do momento da aplicação.⁵¹

Os argumentos históricos suscitam várias questões no que diz respeito à imunidade do “livro eletrônico”. Com efeito, pode-se sustentar que o “livro eletrônico” significa, hoje, o que “livro” significou no momento da constituinte. Do ponto de vista histórico-evolutivo, pode-se até mesmo afirmar que o “livro eletrônico” nada mais significa que a interpretação de acordo com o sentido do vocábulo “livro” mencionado pela Constituição no momento da interpretação (interpretação diacrônica).

(2) Argumentos genéticos

Os argumentos genéticos dizem respeito à vontade do legislador, tanto no que se refere ao significado que o legislador teria ligado a determinada expressão (argumento genético semântico-subjetivo), quanto à finalidade que ele teria pretendido atingir (argumento genético teleológico-subjetivo).

Da mesma forma, com base na vontade do legislador constituinte, pode-se tanto incluir quanto excluir o “livro eletrônico” da imunida-

de dos livros: de um lado, pode-se, focalizando o pretenso significado que o legislador teria ligado à proposta aprovada, sustentar que o “livro eletrônico” teria tido sua imunidade rejeitada; de outro, pode-se, aqui voltando a atenção para a suposta finalidade que o legislador constituinte teria pretendido atingir, defender a imunidade apenas dos livros feitos em papel. Embora sejam ambos argumentos genéticos, eles são de espécies diferentes: enquanto o primeiro avalia o pretenso significado do projeto (argumento genético semântico-subjetivo), o segundo examina a pressuposta finalidade da proposta (argumento genético teleológico-subjetivo). É dizer: simplesmente fazer menção à vontade do legislador não é bastante para justificar nenhuma conclusão.

4 - Argumentos não-institucionais

Os argumentos não-institucionais não fazem referência aos modos institucionais de existência do Direito. Eles fazem apelo a qualquer outro elemento que não o próprio ordenamento jurídico. São argumentos meramente práticos que dependem de um julgamento, feito pelo próprio intérprete, sob pontos de vista econômicos, políticos e/ou éticos.⁵² As conseqüências danosas de determinada interpretação e a necessidade de atentar para os planos de governo enquadram-se aqui.

Pode-se interpretar a imunidade do “livro eletrônico” com base em argumentos meramente práticos. É possível sustentar que seria absurdo aceitar a incidência de impostos sobre

⁴⁵ Recurso Extraordinário nº 104.563, Primeira Turma, Relator: Ministro Oscar Correa, DJ: 05.09.86.

⁴⁶ Recurso Extraordinário nº 215.435, Primeira Turma, Relator Moreira Alves.

⁴⁷ Recurso Extraordinário nº 177657-9, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 30.05.97.

⁴⁸ GUASTINI, Riccardo. Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto. Torino: Giappichelli, 1996. p. 176.

⁴⁹ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 87.

⁵⁰ MÜLLER, Friedrich. *Juristische Methodik*. 7. ed. Berlin: Duncker und Humblot. 1997. p. 245.

⁵¹ GUASTINI, Riccardo. Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto. Torino: Giappichelli, 1996. p. 178.

⁵² MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: Interpreting statutes: a comparative study. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 521. ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 89.

“livros eletrônicos” e sobre quaisquer meios modernos de comunicação e de comércio. Noutro giro, porém, é possível afirmar que a não-incidência de impostos sobre “livros eletrônicos”, exatamente por serem eles o mecanismo moderno de comunicação e de comércio, irá excluir a maior fonte de receita estatal nos dias atuais. Os argumentos não-institucionais não são conclusivos relativamente à imunidade do “livro eletrônico”. Aliás, justamente pela falta de referência a pontos de vista objetivos ou objetiváveis, os argumentos não-institucionais nunca serão conclusivos, porque manipuláveis arbitrariamente conforme os interesses em jogo.

II. EMPREGANDO OS ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. Obstáculos à rigidez classificatória

Diante do que foi acima exposto, resta evidente a necessidade de especificar, tanto quanto possível, cada um dos argumentos empregados na interpretação jurídica. A particularização de cada argumento encontra, porém, soberbas dificuldades.

Em primeiro lugar, a classificação dos argumentos não pode ser rígida, pois ela não cobre o número de argumentos que podem ser utilizados na justificação da interpretação, que é fundamentalmente ilimitado.⁵³ Vale dizer: aos que foram aqui mencionados poderiam ser aditados ainda outros, concernentes à eficiência, praticabilidade, justiça, razoabilidade, etc. Isso não significa que a classificação aqui proposta seja despicienda. Bem ao contrário: ela é fundamental como projeto móvel de agrupamento segundo o fundamento de cada argumento, ainda que as nuances de cada um deles

não seja totalmente predizível antes mesmo da interpretação.

Em segundo lugar, a classificação dos argumentos não pode ser inflexível, porque, antes da interpretação, também não se sabe qual dos argumentos será mais seguro ou mesmo qual deles será pertinente à decisão de interpretação.⁵⁴ Em alguns casos, serão os elementos lingüísticos e sistemáticos que irão decidir qual das alternativas interpretativas deverá ser escolhida; em outros, pela vagueza desses elementos, só os argumentos históricos é que poderão resolver a questão interpretativa. E assim sucessivamente. É dizer: a pertinência dos argumentos depende do próprio problema posto à prova.

Em terceiro lugar, a classificação dos argumentos não pode ser rija, porque, apesar de ela ser elaborada em razão da plausibilidade da recondução de cada argumento ao ordenamento jurídico, essa recondução não está predefinida; ela deve ser construída. Isso suscita, evidentemente, dúvidas a respeito da qualificação desse ou daquele argumento como sendo lingüístico, sistemático, histórico, genético ou meramente prático.

Em quarto lugar, a classificação dos argumentos não pode ser austera, na medida em que os argumentos não são estanques entre si; eles, inversamente, interagem reciprocamente. Algumas vezes, serão os próprios argumentos sistemáticos que irão demonstrar a insuficiência dos argumentos lingüísticos; noutras situações, somente os argumentos históricos é que irão revelar a deficiência dos argumentos sistemáticos, pela alteração das circunstâncias temporais ou espaciais. Nessas hipóteses, não será sequer racionalmente demonstrável a desunião de argumentos que se encontram amalgamados.

⁵³ KAUFMANN, Arthur. *Rechtsphilosophie*. 2. ed. München: Beck, 1997. p. 47.

⁵⁴ LOOSCHELDERS, Dirk. ROTH, Wolfgang. *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996. p. 194.

B. As condições das quais depende a força justificativa dos argumentos

A pertinência e a relevância de cada argumento para a interpretação depende da implementação de determinadas condições. Como já exposto, e inclusive demonstrado pelo exemplo da imunidade aqui tratado, embora sejam implementadas as condições de aplicação de um argumento, ele pode não ser suficiente para justificar uma interpretação.

Os argumentos lingüísticos podem ser satisfatoriamente empregados na interpretação se a norma for inteligível no contexto da linguagem ordinária. Ocorre que a linguagem ordinária pode, como visto, apresentar várias características que se contrapõem àquela inteligibilidade mais imediata: vagueza, ambigüidade, variedade de uso, falta de especificidade aplicativa, falta de atualidade.⁵⁵ Não é por outro motivo que as normas semanticamente mais abertas, e quaisquer outras em menor medida, não podem ter seu significado determinado com apelo apenas à linguagem, como é o caso dos princípios jurídicos e das cláusulas gerais. O recurso aos outros argumentos é imprescindível.

Os argumentos sistemáticos podem ser satisfatoriamente empregados na interpretação se o contexto e os precedentes apontarem para uma só direção. Isso, como visto, pode ocorrer,

mas nem sempre é assim. É que o contexto é variado; e os precedentes, nem sempre uniformes. O decisivo, no entanto, é que as relações entre os elementos do sistema não estão predefinidas; devem ser construídas num verdadeiro “esforço de contextualização”.⁵⁶ Isso permite uma variedade de composições que irão constituir o que só ao final poderá ser chamado de “contexto”. Além disso, somente no processo de interpretação é que se poderá perceber a relevância dos elementos que compõem o contexto normativo: há elementos e elementos no ordenamento jurídico.

Os argumentos transcendentais ao ordenamento jurídico passam a ser relevantes na interpretação no momento em que a linguagem e o sistema já não proporcionam uma justificação para a interpretação. Se o intérprete consegue construir um significado de acordo com argumentos lingüísticos e sistemáticos, não há razão suficiente para o recurso a outros argumentos.⁵⁷ Não é noutro sentido que a doutrina constrói as etapas na argumentação jurídica: só se recorre à próxima etapa se a anterior for insuficiente para a justificação da interpretação.⁵⁸

De acordo com a tese aqui defendida, os argumentos lingüísticos estão unidos aos sistemáticos. Afinal, como lembra FREITAS, a interpretação jurídica ou é sistemática ou não é interpretação.⁵⁹ Em razão disso, poder-se-ia for-

⁵⁵ MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 516.

⁵⁶ CARVALHO, Paulo de Barros. *Proposta de modelo interpretativo para o direito tributário*. In: *Revista de Direito Tributário (70):42*, São Paulo: Malheiros.

⁵⁷ LARENZ, Karl. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin: Springer, 1995. p. 163 e ss. BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. ed. Wien-New York: Springer, 1991. p. 553.

⁵⁸ LARENZ, Karl. CANARIS, Claus-Wilhelm. *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. 3. ed. Berlin: Springer, 1995. p. 163 e ss. LOOSCHELDERS, Dirk. ROTH, Wolfgang. *Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung*. Berlin: Duncker und Humblot, 1996. p. 175.

⁵⁹ FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 49.

mular o seguinte quadro explicativo das etapas da argumentação jurídica, da seguinte forma:

Linguísticos			
Sistemáticos			
	Históricos		
		Genéticos	
			Práticos

Segundo a proposta aqui defendida, essas etapas argumentativas não são estanques. Trata-se, na verdade, de um modelo que, em vez de negar a ultrapassagem aos argumentos transcendentais ao ordenamento jurídico para a configuração dos argumentos linguísticos e sistemáticos, admite-a, mas a condiciona à demonstração de que existem razões suficientes para a superação da força justificativa desses argumentos.

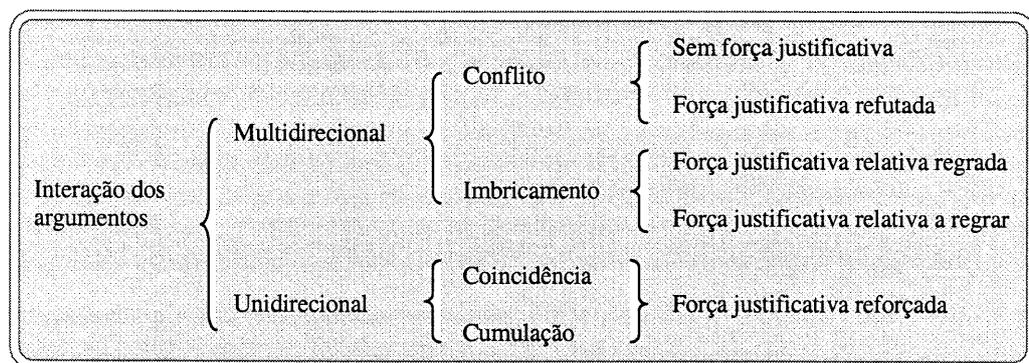
A ausência de limites precisos entre as etapas mencionadas fica evidente naqueles casos em que só se pode mesmo verificar a insuficiência justificativa da etapa anterior se se recorre a posterior. Vale dizer: circunscrever a interpretação aos elementos linguísticos, a pretexto de que eles fornecem uma interpretação satisfatória, é desconhecer que outros elementos podem inverter a primeira impressão. Os ar-

gumentos ligados à linguagem ordinária, para o intérprete que possui a adequada dimensão da estrutura do sistema jurídico, e analisa qualquer caso “a partir” do sistema, poderão ser superados por argumentos sistemáticos.⁶⁰ Os argumentos históricos poderão alertar para uma alteração na situação de fato que motivou a edição da norma, alterando, nesse sentido, o significado imediatamente obtido por meio da análise de outros argumentos. E assim por diante.

Justamente porque os argumentos não são autônomos entre si, mas interagem de diversas formas, é preciso aprimorar um modelo de etapas sucessivas e subsidiárias na interpretação, que pressupõe autonomia dos argumentos entre si, em favor de um modelo de interação e de valoração dos argumentos.

C. Interação dos argumentos

1. Quadro esquemático



⁶⁰ AARNIO, Aulis. *Denkweisen der Rechtswissenschaft*. Wien, New York: Springer, 1979. p. 140.

2. Interação multidirecional

Os argumentos podem entrar em conflito. Em primeiro lugar, quando um argumento aparenta ter suas condições de justificação preenchidas, mas a análise sob o ângulo de outros logo revela que aquelas condições para que o argumento pudesse justificar uma dada interpretação não estão presentes. É o caso dos argumentos linguísticos que têm evidenciada sua ambigüidade e vagueza.⁶¹

No caso da imunidade dos livros, a consideração dos argumentos relativos à linguagem ordinária aparenta permitir a construção de um significado unívoco a respeito da consideração de que só há livros de papel; um exame mais aprofundado logo evidencia a existência de obras que, apesar de serem feitas de plástico ou de papel, como aquelas destinadas às crianças, não deixam de serem consideradas livros; também indica a existência de encadernações que, apesar de feitas de papel, não são havidas como livros para efeitos de imunidade, como é o caso do livro de registro ou dos livros em branco. O importante é que essa ambigüidade é apenas revelada por uma interpretação teleológico-sistemática.

Em segundo lugar, quando um argumento, apesar de ter suas condições de justificação implementadas, tem sua força justificativa refutada pela consideração de outros argumentos. Esse é o caso da relação entre os argumentos linguísticos e os sistemáticos: o sentido imediato da linguagem ordinária é desde logo refutado pela consideração do contexto normativo.

No caso da imunidade dos livros, a consideração dos argumentos relativos à linguagem ordinária poderia levar ao entendimento de que a imunidade só protege o livro em papel; a análise dos princípios constitucionais, em especial da liberdade de comunicação, e a interpretação teleológica preconizada pelo Supremo Tribunal Federal logo retrucam a força justificativa potencialmente imediata dos argumentos meramente linguísticos.

Os argumentos podem entrecruzar-se. Esse entrecruzamento dos argumentos impõe o estabelecimento de regras de prevalência. Pode ocorrer que já existam regras de prevalência previamente instituídas pelo sistema, quer pela jurisprudência, quer pelo próprio direito positivo, na hipótese de contar uma disposição de princípios constitucionalmente estabelecida.⁶² Nessa hipótese, a convergência de argumentos numa direção também funcionará como critério para a criação de regras de prevalência: o peso relativo a favor de uma interpretação em relação a outra é condicionada pela força, ou força cumulativa, dos argumentos que a suportam, como se demonstra a seguir.⁶³

Pode ocorrer, no entanto, que não haja qualquer regra de prevalência previamente estabelecida. Nesse caso, diante das circunstâncias do caso concreto, é preciso atribuir uma dimensão maior de peso a um deles.

2. Interação unidirecional

Os argumentos dificilmente são empre-

⁶¹ MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 528.

⁶² ÁVILA, Humberto Bergmann. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista de Direito Administrativo, (215):168, 1999.

⁶³ MacCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 528.

gados separadamente. Mesmo que possam ser agrupados, os argumentos pertencentes a um grupo podem apontar para várias alternativas de interpretação. Pode ocorrer, no entanto, que a interpretação logo revele que os argumentos pertencentes ao mesmo agrupamento, ou mesmo mutuamente independentes, seguem a mesma direção. Quando isso ocorrer, a interpretação ganha uma força justificativa acumulada.⁶⁴

Essa unidirecionalidade normalmente surge em função de determinados argumentos serem suportados por princípios. Nessa hipótese, entra em cena a idéia de coerência do sistema jurídico: um sistema jurídico é tanto mais coerente quanto maior for a cadeia de fundamentação que ele contiver, e quanto mais proposições forem suportadas pelo menor número de princípios.⁶⁵ A idéia de coerência, justamente por que se relaciona com a concepção de racionalidade e generalidade inerente ao Estado de Direito, reforça a justificação de uma determinada interpretação. Quando maior a cadeia de fundamentação, maior a estrutura de estabilidade dos valores, e maior a força justificativa dos argumentos.

III - VALORANDOS OS ARGUMENTOS JURÍDICOS

A. O papel dos princípios constitucionais

Se todos os argumentos jurídicos são

potencialmente multidirecionais, não é apenas a distinção dos argumentos que irá decidir sobre uma alternativa de interpretação. Isso só será feito se for atribuída a cada argumento uma dimensão de peso. Mas como atribuir uma dimensão de peso?

Nesse sentido, há dois caminhos complementares a serem seguidos para saber o peso de cada argumento na interpretação jurídica. De um lado, é preciso analisar quais são as implicações metodológicas que decorrem dos elementos essenciais da idéia de Direito — justiça, segurança jurídica, adequação — e das condições formais de conhecimento do próprio sistema jurídico — unidade, consistência e coerência.⁶⁶

De outro, faz-se necessário verificar quais são as determinações que resultam das próprias normas constitucionais — sobretudo das normas-princípios — no que se refere ao peso dos argumentos utilizados na interpretação.⁶⁷ A idéia é simples: os argumentos têm sua força justificativa na medida em que eles são fundados em valores constitucionalmente instituídos.⁶⁸

Nesse sentido, é preciso inicialmente analisar os princípios imanentes ao princípio do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88). O princípio do Estado de Direito estabelece a ligação estrutural entre a atividade do Estado e o Direito; o princípio republicano institui a representatividade com responsabilidade; o princípio democrático determina a participação

⁶⁴ MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 516.

⁶⁵ ALEXY, Robert. *Juristische Begründung, System und Kohärenz*. In: *Rechtsdogmatik und praktische Vernunft*. Symposium zum 80. Geburtstag von Franz Wieacker. Org. von Okko Behrends. Göttingen: Vandenhoeck und Ruprecht, 1989. p. 99.

⁶⁶ BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. ed. Wien-New York: Springer, 1991. p. 557. FREITAS, Juarez. *A interpretação sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 105.

⁶⁷ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 90.

⁶⁸ MACCORMICK, Neil. SUMMERS, Robert. *Interpretation and Justification*. In: *Interpreting statutes: a comparative study*. Org. Idem. Aldershot, Brookfield, Hong Kong, Singapore, Sydney: Dartmouth, 1992. p. 532.

dos cidadãos nas decisões políticas mediante representantes que atuam por meio do procedimento legislativo; o princípio da separação dos poderes estabelece que cada um dos Poderes deve exercer suas funções com independência e harmonia.⁶⁹

Diante dessas considerações, logo se vê que os argumentos imanentes ao sistema jurídico têm sua força justificativa fundada no princípio da separação dos poderes (art. 2º da CF/88) e no princípio democrático (art. 1º, parágrafo único, e art. 5º, inciso I, da CF/88). Isso porque o poder parlamentar tem representatividade democrática para tomar decisões; e o respeito a essas decisões é um elemento necessário ao princípio da separação dos poderes. Os argumentos sistemáticos decorrem da idéia de coerência do sistema jurídico, que se deixa reconduzir aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito (art. 1º da CF/88), sem os quais, em vez de controle jurídico do Estado, racionalidade do Direito pela clareza e previsibilidade e tutela plena dos direitos, há arbitrariedade.⁶⁸

Os argumentos institucionais transcendentais (argumentos genéticos e históricos), por sua vez, não decorrem da força vinculativa do Poder Legislativo. Eles apenas indiretamente podem ser a ele reconduzidos, na medida em que exploram os trabalhos preparatórios ao conteúdo final dos atos legislativos ou visam a reconstruir um momento histórico anterior. Os argumentos não-institucionais ou meramente práticos nem mesmo indiretamente fazem referência à força vinculativa do Poder Legislativo; eles não se deixam reconduzir, por consequência, aos princípios imanentes ao Estado Democrático de Direito.

⁶⁹ ÁVILA, Humberto Bergmann. *Medida Prvisória na Constituição de 1988*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 48 e 51.

⁷⁰ ALCHOURRÓN, Carlos. *Condicionalidad y la representación de las normas jurídicas*. In: *Análisis lógico y derecho*. Alchourrón y Bulygin. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991. p. 270.

⁷¹ ALEXY, Robert. *Juristische Interpretation*. In: *Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie*. 1. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1995. p. 90.

B. Regras *prima facie* de interpretação

Diante da relação existente entre os argumentos empregados na interpretação e os princípios constitucionais fundamentais, pode-se formular algumas regras *prima facie* de interpretação. *Prima facie* no sentido de que podem ser vencidas por razões contrárias.⁷⁰ Nessa hipótese, porém, as maiores razões deverão ser seguidas de uma fundamentação justificativa.

Como consequência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, é adequado afirmar que os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais. Os argumentos institucionais possuem como ponto de referência o próprio ordenamento jurídico. É precisamente o ordenamento jurídico que permite uma argumentação intersubjetivamente controlável. Os argumentos não-institucionais, ao invés de permitirem um debate objetivamente concebível, apóiam-se exclusivamente em opiniões subjetivas e individuais, contrapondo-se, portanto, às exigências de racionalidade e de determinabilidade da argumentação, insitas ao princípio do Estado Democrático de Direito.

Em decorrência do princípio da separação dos poderes e do princípio democrático, e também por razões de segurança jurídica, pode-se afirmar que os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos lingüísticos e sistemáticos) devem ter prevalência sobre os argumentos a ele transcendentais (argumentos genéticos e históricos), na medida em que aquilo que foi finalmente estabelecido pelo Poder Legislativo deve prevalecer sobre aquilo que deixou de ser estabelecido.⁷¹ Além disso, a própria

racionalidade imanente ao Estado de Direito conduz à idéia de previsibilidade do Direito. Previsibilidade essa que só é concebível se as normas puderem ser compreendidas: não é sequer praticável, para que cada norma venha a ser compreendida e seguida, fazer uma pesquisa histórica para ver se o legislador não pretendeu, talvez, dizer algo diferente do que acabou dizendo. As normas devem poder ser compreendidas e seguidas pelos seus destinatários, por isso mesmo que são discutidas, votadas e publicadas.⁷² E se assim é, aquilo que foi dito (argumentos lingüísticos e sistemáticos) deve prevalecer sobre o que deixou de ser (argumentos genéticos).

Relativamente à imunidade do “livro eletrônico”, pode-se afirmar que os argumentos lingüísticos e sistemáticos dever ter prevalência sobre os argumentos genéticos (a proposta de inclusão do “livro eletrônico” teria sido rejeitada pelo legislador constituinte). Os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais (não tributar o “livro eletrônico” traria perda significativa de receita para o Estado no futuro).

O problema, contudo, é que os argumentos lingüísticos e sistemáticos não fluem só numa direção: há tanto argumentos a favor da imunidade do “livro eletrônico” (o “livro eletrônico” é usado como uma espécie de “livro”; a inserção do “livro eletrônico” na classe dos “livros” evita a contradição com princípios constitucionais fundamentais; o “livro eletrônico” consistiria num simples meio, equivalente ao livro, para garantir a liberdade de expressão e de informação, o Supremo Tribunal Federal inter-

pretaria de modo amplo as imunidades), como há argumentos contra ela (a expressão “e o papel destinado a sua impressão” afastaria da imunidade qualquer objeto que não fosse feito de papel; o vocábulo “CD-ROM” teria acepção técnica diversa da de “livro”; o Supremo Tribunal Federal já teria decidido só haver livro onde há papel).

Como solucionar esse problema? Num primeiro passo, é preciso analisar a existência de convergência de vários argumentos em determinada direção. A ênfase é, ela própria, uma forma de valoração. Não qualquer convergência, mas a convergência de argumentos relevantes. Mas como saber se um argumento é relevante? Na medida em que for plausível demonstrar que ele serve de meio para a concretização de um princípio ou que ele se refere a um bem juridicamente protegido. Ora, uma interpretação será tanto melhor fundamentada quanto maior for o apoio que receber dos princípios fundamentais.⁷³ Isso porque, estreitando-se a relação dos argumentos com os princípios fundamentais de determinado sistema jurídico, afasta-se de uma justificação pessoal da interpretação baseada em sistemas de crenças individuais, em favor de uma justificação objetiva fundamentada em pontos de vista objetiváveis e, portanto, de acesso intersubjetivo. O que é incoerente é ininteligível, porque contraditório, fragmentado, desconjuntado; o que é coerente é inteligível.⁷⁴

Nesse sentido, dentre os significados possíveis da norma deverá ser escolhido aquele que mais intensamente corresponder aos valores estabelecidos pelos princípios e que menos inten-

⁷² BYDLINSKI, Franz. *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*. 2. ed. Wien-New York: Springer, 1991. p. 563.

⁷³ PECZENIK, Aleksander. *Grundlage der juristischen Argumentation*. Wien; New York: Springer, 1983. p. 180 ss.

⁷⁴ RAZ, Joseph. *The Relevance of Coherence*. In: *Ethics in the public domain: essays in the morality of law and politics*. Oxford: Clarendon, 1996. p. 288.

samente os contrarie.⁷⁵ Quanto mais importante for o princípio no ordenamento jurídico, pelo papel fundante que ele exerce sobre os argumentos, mais será relevante o argumento a ele reconduzível. Afinal, demonstrar que uma interpretação se situa no âmbito de um fim cuja realização é determinada por um princípio, é também revelar que a regra é valiosa.⁷⁶

Mas com qual ou quais princípios deve a alternativa de interpretação mais intensamente corresponder? Num segundo passo, é preciso analisar a existência de hierarquia entre os princípios constitucionalmente previstos. A hierarquia é, também ela, uma forma de valoração. Nesse passo, entra em cena a idéia de hierarquia axiológica: a Constituição de 1988 põe a lume a maior importância dos seus princípios fundamentais no confronto com outros princípios, como bem expõe SOUTO MAIOR BORGES.⁷⁷

Diante do exposto, pode-se formular as seguintes regras *prima facie* de interpretação:

- (1) os argumentos institucionais devem prevalecer sobre os argumentos não-institucionais;
- (2) os argumentos imanentes ao sistema jurídico (argumentos lingüísticos e sistemáticos) devem prevalecer sobre os argumentos a ele transcendentais (argumentos genéticos e históricos);
- (3) na justificação com base em argumentos imanentes ao ordenamento jurídico deverá

ser escolhido o significado que seja mais coerente com os princípios constitucionais axiologicamente subjacentes à norma interpretada.

Aplicando essas considerações ao caso em pauta, pode-se afirmar que há mais razões a favor da imunidade dos “livros eletrônicos” do que contra ela: os argumentos sistemáticos contextuais e jurisprudenciais suportam mais enfaticamente a interpretação que inclui o “livro eletrônico” na imunidade dos “livros”; os princípios constitucionais estabelecem como devida a realização da liberdade de comunicação, e a imunidade dos “livros eletrônicos” serve à concretização desse fim; o Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal tem ampliado o sentido imediato do dispositivo constitucional que prevê a imunidade dos “livros” sempre que ele seja muito restrito em relação a finalidade a cuja realização ele visa a servir.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, chega-se a duas conclusões. Em primeiro lugar, ao entendimento de que todos os argumentos jurídicos são multidirecionais. A rigor, nenhum deles é, por definição, resolutivo, no sentido de indicar uma única alternativa de interpretação. Isso permite afirmar que a interpretação jurídica não é fundamentada completamente nem com uma justificação interna (indicação da estrutura dedutiva de raciocínio), nem com uma justificação externa (indicação dos argumentos utilizados). A justificação interna apenas permite demonstrar de

⁷⁵ BYDLINSKI, Franz. *Fundamentale Rechtsgrundsätze*. Wien; New York: Springer, 1988. p. 127. *Idem*, *System und Prinzipien des Privatrechts*. Wien, New York: Springer, 1996. p. 41 e 43. DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge: Harvard, 1986. p. 219, 225. VOGEL, Klaus. *Worldwide vs. source of taxation of income - A review and re-evaluation of arguments*. *International Tax Review (Org.) Fred C. de Hosson*, Offprint from *Intertax* 8-11/1988, p. 393. GUASTINI, Riccardo. *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano: Giuffrè, 1993. p. 42.

⁷⁶ MACCORMICK, Neil. *Legal Reasoning and legal theory*. Oxford: Clarendon, 1995. p. 152.

⁷⁷ BORGES, José Souto Maior. *Pró-dogmática: por uma hierarquização dos princípios constitucionais*. *Revista de Direito Público*, (1): 145, São Paulo: Malheiros, 1993.

que maneira as conclusões decorrem logicamente das premissas. Ela não explica, porém, de que modo essas premissas são construídas. A justificação externa, a seu turno, apenas esclarece quais são os argumentos utilizados na construção das premissas do raciocínio jurídico. No entanto, como os argumentos fluem em várias direções, a justificação externa não pode explicar nem como os argumentos devem ser construídos nem quais deles devem prevalecer. Isso não quer dizer que as justificações, interna e externa, sejam desnecessárias. Bem ao contrário: sem uma estrutura racional de pensamento e sem a especificação dos argumentos utilizados sequer é iniciado o processo de fundamentação racional das decisões de interpretação.

Em segundo lugar, chega-se à conclusão de que os argumentos são multidimensionais. Nesse sentido, é inadequado, por insuficiente, pretender justificar uma interpretação fazendo apelo meramente à linguagem, ao sistema, à história ou à vontade do legislador. Cada um desses argumentos se divide em subespécies que, a seu turno, podem ser divididas também em outras.

Pode-se, por exemplo, pretender justificar uma interpretação fazendo menção ao significado das expressões. Mas será preciso saber qual significado: o comum ou o técnico? Comum ou técnico de qual expressão, de “livros” ou de “papel”? Pode-se tentar fundamentar uma alternativa de interpretação mencionando o contexto do sistema jurídico. Ainda nesse caso, caberá a pergunta: qual contexto? O relativo aos princípios da liberdade de expressão e do livre acesso à informação ou o relativo às regras de competência? Também é possível justificar a interpretação com base na finalidade da norma. Nessa hipótese, caberá indagar: qual finali-

dade? Ainda: utilizando a finalidade com que propósito, para reduzir o sentido imediato do dispositivo, ou para ampliá-lo? Mais: reduzir ou ampliar o significado de qual dispositivo, princípio ou regra de competência, ou de qual fragmento de dispositivo, “livros” ou “papel”? É também perfeitamente cabível pretender justificar uma interpretação mediante o recurso às decisões do Supremo Tribunal Federal. Nessa hipótese, porém, caberá a pergunta: quais decisões, as que interpretam restritivamente ou extensivamente as imunidades? Por último — mas não por fim —, pode-se lançar mão da vontade do legislador para fundamentar uma decisão de interpretação. Ainda assim, restará a dúvida: em qual sentido? Vontade do legislador ligada ao significado de determinada expressão ou relacionada a determinada finalidade que ele pretendia atingir?

Enfim, a mera menção a argumentos é artifício ineficaz para justificar minimamente uma interpretação. Sob as vestes de uma “fundamentação”, pode a simplificação dos argumentos esconder uma mera preferência. É dizer: escolher uma interpretação com base no capricho (pura preferência), em vez de o fazer com algum fundamento racional (preferência fundamentada).⁷⁸ Por isso a necessidade de uma sucessiva especificação dos argumentos, sem a qual não há fundamentação intersubjetivamente controlável. E sem uma fundamentação intersubjetivamente controlável não se concretiza o princípio do Estado de Direito, pela inexistência de dois dos seus elementos essenciais: racionalidade do Direito e tutela plena dos direitos.

Mas se nem a justificação interna nem a justificação externa permitem fundamentar completamente a interpretação, o quê torna possível fazê-lo? É a valoração dos próprios argu-

⁷⁸ WRIGHT, Georg Henrik von. Normen, Werte und Handlungen. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 126.

mentos jurídicos que permite saber qual a interpretação mais adequada em face de determinado ordenamento jurídico. Essa valoração deve ser pautada nos próprios princípios constitucionais que fundamentam cada um dos argumentos utilizados na interpretação jurídica. Nessa hipótese, mais do que metodologia do Direito, o que se tem é metodologia “no” Direito: a pretensão de explicar de modo coerente o ordenamento jurídico implica absorver, na argumentação, aqueles fins cuja realização é elevada a dever pelo próprio ordenamento jurídico. Descrever o ordenamento jurídico sem atentar para as implicações metodológicas decorrentes dos seus próprios princípios fundamentais não é explicá-lo; é menosprezá-lo.

Nesse sentido, é preciso dar prevalência aos argumentos que se deixam reconduzir aos princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito, como o são os argumentos lingüísticos e sistemáticos. Sendo assim, a privilegiar os princípios fundamentais da Constituição de 1988, deverá ser adotada uma interpretação que conduza à imunidade dos “livros eletrônicos”.

A proposta reclassificatória dos argumentos e as regras de prevalência se aplicam, evidentemente, à interpretação de qualquer norma jurídica. É sempre necessário, porque transparente e racionalmente demonstrável, explicar quais os argumentos são utilizados. Trata-se de uma tarefa por fazer.

Exemplo paradigmático da função esclarecedora da especificação dos argumentos é o caso das medidas provisórias. É verdade

que há argumentos a favor e contra a reedição e a convalidação de medidas provisórias, como há argumentos também a favor e contra a existência de limites materiais para sua edição. Não é menos verdade, no entanto, que os argumentos lingüísticos (segundo o dispositivo constitucional, a medida provisória só pode ser editada em casos de relevância e urgência, e perde eficácia caso não seja convertida em lei em trinta dias) e os sistemáticos (a Constituição dá primazia funcional ao Congresso Nacional, prevê uma hierarquia axiológica do princípio democrático, estabelece a legalidade estrita e mecanismos abreviadores do procedimento legislativo) terminaram sendo suplantados, na prática constitucional brasileira, por argumentos meramente práticos (o governo precisa de agilidade e flexibilidade para regular a economia, por exemplo).⁷⁹

Todo o exposto termina por explicar, de um lado, a importância dos estudos de linguagem e de teoria dos sistemas para a interpretação do ordenamento jurídico.⁸⁰ De outro, porém, põe em dúvida a validade dos estudos doutrinários, tão comuns entre nós, que menosprezam os argumentos lingüísticos e sistemáticos em favor do exame de argumentos transcendentais ao ordenamento jurídico (genéticos, históricos ou meramente políticos, sociais, econômicos ou filosóficos), os quais são analisados por meio de um sincretismo metodológico pasmoso e obscurante, sem que o intérprete proceda à demonstração de que todos os argumentos que utiliza podem ser, de alguma forma, reconduzidos ao ordenamento jurídico que ele supostamente pretende interpretar.

⁷⁹ Sobre a interpretação sistemática da competência para editar medidas provisórias: ÁVILA, Humberto Bergmann. Medida Prvisória na Constituição de 1988. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.

⁸⁰ VILANOVA, Lourival. As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo. São Paulo: RT, 1977. BORGES, José Souto Maior. O Direito como fenômeno lingüístico, o problema de demarcação da ciência jurídica, sua base empírica e o método hipotético-dedutivo. In: Ciência Feliz. Recife: Fundação de Cultura Cidade do Recife, 1994. p. 138. CARVALHO, Paulo de Barros. Curso de Direito Tributário. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 1 ss.

A classificação e as regras de prevalência aqui propostas visam a oferecer uma estrutura racional para a argumentação jurídica que seja vinculada ao ordenamento jurídico, e com a qual possa ser diminuída a subjetividade na interpretação em favor de uma intersubjetividade cada vez maior. Um resíduo, maior ou menor, de subjetividade é inerente a qualquer interpretação. Quando se afirma que há uma parte objetiva e um resíduo de subjetividade na interpretação não se está pretendendo dizer que há fases que são somente objetivas e fases que são somente subjetivas. Não. Desde a manipulação dos argumentos lingüísticos até o extremo da utilização de argumentos meramente práticos há uma insuplantável dialética entre objetividade e subjetividade. O esforço do intérprete, e a função mesma da argumentação jurídica, é intersubjetivar o subjetivo. No final, restará um quê de subjetivo na argumentação. Mas um subjetivo que se pode ver. Na verdade, a argumentação jurídica não aniquila a subjetividade; mantém-na sob controle crítico.⁸¹

O que deve ficar claro é que não se pode tolerar, num Estado Democrático de Direito, uma “justificação” que, a pretexto de fundamentar uma interpretação, termine por encobri-la. Ora, fundamentar é justamente proporcionar acesso interpessoal às razões que motivaram determinada decisão de interpretação. Esse esclarecimento é possível de ser feito; e deve ser levado a cabo não só pelo Poder Judiciário, mas também pela doutrina. Fundamentar é, pois, como levar alguém para um passeio informando-lhe o ponto de partida e o de chegada, o veículo de transporte e as razões da viagem. Deixar de informar o passageiro a respeito disso é fazer aquilo que os seqüestradores fizeram com Maruja, personagem do romance de GABRIEL GARCÍA MARQUES: “*No se veía ninguna luz. A Maruja le cubrieron la cabeza con una chaqueta y la hicieron salir agachada, de modo que lo único que veía eran sus propios pies avanzando, primero a través de un patio, y luego tal vez por una cocina de baldosines*”.⁸²

Os Danos à Pessoa no Direito Brasileiro e a Natureza da sua Reparação

Judith Martins-Costa

Doutora em Direito Universidade de São Paulo.

Professora Adjunta de Direito Civil e de Teoria Geral do Direito Privado na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul¹.

“Para argumentar não basta, com efeito, possuir toda a sua razão; é preciso ver-se coagido a usá-la. O pensamento é nosso; mas a inspiração vem de outro lugar. Tu falas, logo eu penso”.

ALAIN FINKIELKRAUT, A INGRATIDÃO

SUMÁRIO

Introdução.

I - Os Danos à Pessoa como Espécies de Danos Extrapatrimoniais.

A. Classificação dos danos à pessoa;

B. A Relação entre os Danos à Pessoa e o Dano Moral;

II - A Satisfação dos Danos à Pessoa.

A. A liquidação;

B. O Caráter da Condenação: rumo à pena privada?

INTRODUÇÃO

A idéia de dano está no centro do instituto da responsabilidade civil, ligando-se muito proximamente ao valor que historicamente é dado à pessoa e às suas relações com os demais bens da vida. Se o mais relevante for a relação entre a pessoa e os bens patrimoniais, economicamente avaliáveis, cresce em importância a responsabilidade patrimonial, na qual a pessoa é vista tão só como sujeito titular de um patrimônio que, tendo sido lesado por outrem, deve ser recomposto. Se, ao contrário, em primeiro plano está a pessoa humana valorada por si só, pelo exclusivo fato de ser pessoa – isto é, a pessoa em sua irredutível

⁸¹ GADAMER, Hans-Georg. “Vom Wort zum Begriff. Die Aufgabe der Hermeneutik als Philosophie”. In: Die Moderne und die Grenze der Vergegenständlichung. Org. Bernd Klüser. München: Bernd Klüser, 1996. p. 30.

⁸² MARQUES, Gabril García. Notícia de un secuestro. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, p. 16.

¹ Texto apresentado no Colloquio Internazionale L’Unificazione del Diritto in America Latina: Principi e Regole Comuni in Materia di Responsabilità Extracontrattuale, Roma, junho de 2000 e que integra Grupo de Pesquisa bases para a Unificação do Direito Privado no MERCOSUL coordenado pela autora. Agradeço à acadêmica de Direito Ana Lúcia Aguiar, bolsista do CNPq-PIBIC sob minha orientação, o auxílio na coleta dos subsídios jurisprudenciais e na revisão das notas.

subjetividade e dignidade, dotada de personalidade singular e por isto mesmo titular de atributos e de interesses não mensuráveis economicamente — passa o Direito a construir princípios e regras que visam tutelar essa dimensão existencial, surgindo, assim, a responsabilidade extrapatrimonial.

Por esta razão, e, aliás, como tudo no Direito, o conceito de dano não é “dado”, mas um “construído”² e, mais ainda, é, para usar uma expressão cara aos existencialistas, um “conceito situado”. De uma perspectiva claramente nominalista — vale dizer, dano seria tão só o prejuízo sofrido por um bem determinado, calculado segundo a “Teoria da Diferença”³ — se alcança uma noção normativa, ou jurídica, pela qual o dano é a lesão a interesse jurídico⁴. E o que é “interesse jurídico” é sempre aquilo que determinada comunidade considera digno de tutela jurídica, razão pela qual, se modificado o que, na pessoa e em sua personalidade considerava-se digno de interesse, haverá imediato reflexo no conceito de dano.

Será que, no século XIX, quando era paradigma dominante o homem produtor de riquezas materiais que animou o sonho burguês oitocentista — e fez das regras tutelares de seu patrimônio a dimensão privilegiada da própria personalidade — faria sentido falar em danos não-patrimoniais? Antes de a psicanálise instaurar o seu reinado, pondo a nu a relevância da saúde psíquica e da vida sexual e afetiva, poder-se-ia cogitar da hipótese de “dano psíquico”, “dano

à vida afetiva”, “dano à vida conjugal”, ou em “dano à realização sexual”? Anteriormente ao desmedido império das técnicas e dos meios de comunicação, inclusive a Internet, haveria como imaginar certos danos à vida privada e à intimidade? Antes dos avanços da genética, poder-se-ia pensar em danos decorrentes de manipulação celular em embriões?

Parece pois conveniente, para que melhor se possa compreender a idéia de “responsabilidade por danos à pessoa”, acentuar a indiscutível importância que adquire hoje, nos mais diferentes ordenamentos jurídicos, a reconstrução do conceito de pessoa, reconstrução à qual está ligada a própria compreensão do que é o Direito Privado, levando-se em conta, na perspectiva de análise, não só o direito brasileiro, mas, por igual, o argentino. Ambos têm como pontos de encontro a comum base romanística e o fato de se terem aberto, ainda recentemente, à experiência democrática, o que os leva necessariamente a recompor os fundamentos axiológicos da idéia de pessoa como centro do sistema de princípios, direitos e garantias fundamentais e, por via de consequência, de todo o sistema jurídico.

A opção pela sincronia não deve, contudo, fazer esquecer a diacronia: a experiência histórica indica que a caracterização dos danos à pessoa e a sua própria tipologia conformam modelo aberto, cujo conteúdo é preenchido jurisprudencialmente⁵, razão pela qual o concreto desenho do modelo está na dependência

² *Daí a distinção entre o conceito leigo, ou naturalista, de dano e o conceito normativo, ou jurídico, de dano indenizável.*

³ *Segundo a qual o dano é a diferença entre a situação patrimonial antes e depois da ocorrência do prejuízo. Para estas observações vide CLÓVIS DO COUTO E SILVA, O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado, in “O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva”, ao cuidado de VERA FRADERA, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, 218.*

⁴ *Veja-se Clóvis do Couto e Silva, op. cit., e Sérgio Viana Severo, “Os danos Extrapatrimoniais”, Ed. Saraiva, 1996, p. 6 e ss.*

⁵ *Utilizo a categorização proposta às fontes do Direito por MIGUEL REALE, in “Fontes e Modelos do Direito — para um novo paradigma hermenêutico” Ed. Saraiva, São Paulo, 1994.*

da idéia de “pessoa humana” acolhida, no tempo histórico, por cada comunidade.

Como já tive a oportunidade de anotar⁶, vivíamos, até há pouco, dominados pela idéia de pessoa modulada pela era codificatória, assim entendida a que seguiu-se às grandes codificações oitocentistas correspondentes à ascensão do individualismo burguês e do capitalismo. Aí foi desenhada a idéia de pessoa como “sujeito” e como “indivíduo”.

O discurso jurídico é sempre um discurso conotado⁷ e, por recorrências lexicais diversas, seu dicionário é de certa forma, autônomo⁸. Pessoa, Sujeito, Personalidade são palavras que têm diversas conotações no tempo e no espaço⁹. No discurso pandectista do século XIX, a palavra “sujeito” depreendeu-se das subjetividades que mais tarde a psicanálise viria re-

velar e conotou-se a uma idéia externa, objetivada, por assim dizer, a idéia de um “sujeito” que é visto tão só como “termo” ou “elemento” da relação jurídica, como aquele que pode (é capaz de) ser titular de direitos, atuando na ordem jurídica. Sujeito que é privilegiadamente o “indivíduo”, porque não mais definido pela pertença a um grupo, casta, classe, família, *status*, porque apartado (dividido) de um todo, de uma comunidade que o ultrapassa¹⁰: significações reveladoras da “lógica proprietária”¹¹ que revestiu a própria idéia de pessoa humana.

Submergida a idéia de “pessoa” na de “indivíduo” (ao senso “egoísta” do termo) e não-visualizada a de “personalidade” pela preeminência do conceito técnico de “capacidade”, traçaram-se as tramas semânticas que acabaram por fundir o “ser pessoa” com o “ser capaz de

⁶ *In “O Princípio da Dignidade da Pessoa e a Bioética: rumo ao Biodireito”, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 18, Porto Alegre, 2000.*

⁷ *A expressão é de A.J. GREIMAS, em Semiótica e Ciências Sociais, tradução de Alvaro Lorencini e Sandra Nitri, Ed. Cultrix, São Paulo, 1981, 75 ss.*

⁸ *A.J. GREIMAS, Semiótica e Ciências Sociais, cit., 76.*

⁹ *Como sintetiza com precisão MAREN TABORDA, com base na lição de Riccardo Orestano (in “Il Problema delle persone giuridiche” in Diritto Romano. Turim: Giappichelli, 1968), “no Direito Romano antigo, a palavra ‘pessoa’ tinha o significado normal de ‘homem’, sem qualquer alusão à sua capacidade. Embora largamente empregado, o termo persona não tinha um valor técnico, e tanto era ‘pessoa’ o homem livre quanto o escravo - persona servi -, ainda que este não fosse considerado sujeito de direito. Para o ser sujeito de direito, além da condição ‘ser homem’, concorriam mais três, a saber: ser livre, cidadão e senhor de si mesmo - sui iuris. Só nos textos pós-clássicos é que emerge um emprego diverso do termo, para exprimir uma noção que se avizinha ao que os modernos entendem por ‘capacidade jurídica’”. A mesma indistinção entre o “ser humano” e o “ser pessoa” continuou na compilação justinianéia e — recorro ainda a Maren Taborda — “os glosadores civilistas bolonheses continuaram a não lhe atribuir, em referência ao homem, qualquer particular significação jurídica, sendo apenas na canonística, mais precisamente na obra de Sinibaldo de Fieschi (futuro papa Inocêncio IV), que se passou a aplicar correntemente o termo persona para designar entidades coletivas com uma configuração unitária e abstrata distinta de seus membros particulares”. (A Publicação da noção de pessoa jurídica como fator de construção da dogmática do “Estado de Direito”, inédito. Porto Alegre, 2000).*

¹⁰ *Da literatura, mais do que dos tratados jurídicos, vem esta compreensão. Lembro, a propósito, de “Au plaisir de Dieu”, o romance de JEAN D’ORMESSON (Gallimard, Paris, 1974).*

¹¹ *A expressão é de DAVIDE MESSINETTI, “Personalità” (Diritti della), verbete, in Enciclopedia Giuridica Giuffrè, Milão, 1984, 356.*

adquirir direitos e contrair obrigações”. Em outras palavras, instrumentalizou-se a personalidade humana, reproduziu-se, na sua conceituação, a lógica do mercado, o que conduziu à desvalorização existencial da idéia jurídica de pessoa, para torná-la mero instrumento da técnica do Direito¹², ponto que foi percebido com especial nitidez pela civilista argentina Aida Kemelmajer de Carlucci segundo a qual, sob a ótica codificatória oitocentista o dano (“*el mal hecho*”) à pessoa se justificava “*en la supuesta existencia de un verdadero derecho del sujeto sobre el propio cuerpo, concebido a imagen y semejanza del derecho de Propiedad*”¹³. A frase “eu sou dono de meu corpo” expressa lapidarmente esta lógica. O corpo humano, reificado, é visto como objeto de um direito de propriedade, integrante de um patrimônio individual, e, como os demais bens patrimoniais, pode ser objeto de mercancia¹⁴.

A barbárie do século XX — o totalitarismo estatal¹⁵, econômico ou científico¹⁶ — teve

como contrapartida a afirmação do valor da pessoa como titular da sua própria esfera de personalidade, a qual, antes de ser vista como mero suposto do conceito técnico de capacidade, fundamenta-se no reconhecimento da dignidade própria à pessoa humana. Esta é a “novidade” que tem, para o Direito, o princípio da dignidade da pessoa. Como explica Bernard Edelman¹⁷, embora a palavra “dignidade” fosse há muito conhecida, e a idéia de uma dignidade própria ao homem remonte à filosofia de Kant, a idéia da existência de uma proteção jurídica que é devida em razão da dignidade liga-se fundamentalmente a um duplo fenômeno, a barbárie nazista (que fez alcançar a idéia de crimes contra a humanidade, no Tribunal de Nuremberg) e à biomedicina.

Por este caminho opera-se um câmbio semântico específico, verifica-se a passagem de um grau de significação a outro: a dignidade da pessoa, como princípio jurídico, vai designar não apenas o “ser da pessoa”, mas a “humani-

¹² Veja-se as observações de HANS HATTENHAUER, “Conceptos Fundamentales del Derecho Civil”, tradução espanhola de Pablo Salvador Coderch, demonstrando as razões pelas quais desde Kant ter assentado na “*Metafísica dos Costumes*” que “pessoa é o sujeito cujos atos podem ser a si próprio imputados” operou-se a transmutação da idéia de “pessoa” para a de “sujeito”, abrindo caminho para a consideração da pessoa como “mero material para a construção de relações jurídicas”, reduzindo-se a idéia de personalidade à noção de “capacidade de direito”. Na doutrina brasileira veja-se ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, “Dignidade da Pessoa Humana: conceito fundamental do Direito Civil”, ensaio integrante de “A reconstrução do Direito Privado — reflexos dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais no Direito Privado”, ao cuidado de JUDITH MARTINS COSTA, no prelo.

¹³ “Codigo Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”, ao cuidado de BELLUSCIO Y ZANNONI, Astra, Buenos Aires, 1984, p. 34, comentário ao art. 68, apud J. MOSSET ITURRASPE, “El daño fundado en la dimension del hombre”, in Revista de Derecho Privado y Comunitario, 1, 1995, 34.

¹⁴ Veja-se o instigante texto de MARIE-ANGÈLE HERMITE, “Le corps hors du commerce, hors du marché”, in Archives de Philosophie du Droit, T. 33, 323 e ss., na qual propõe a categorização das “coisas de origem humana” como escapatória à lógica do mercado para a apreciação daquilo que, no corpo, pode ser objeto de relação jurídica (sangue, órgãos, etc).

¹⁵ Acerca dos vários totalitarismos, notadamente o político, veja-se CELSO LAFER, “A Reconstrução dos Direitos Humanos — um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt”, São Paulo, Ed. Companhia das Letras, 1991.

¹⁶ Acerca do totalitarismo da ciência veja-se BERNARD EDELMAN, “Sujet de droit et technoscience”, in La personne en danger, Ed. PUF, 1999, 397.

¹⁷ “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, in La personne en danger, Ed. PUF, 1999, 505.

dade da pessoa”¹⁸. Esta é vista de uma perspectiva que não a confunde conceitualmente com o “sujeito capaz juridicamente”, nem com o indivíduo atomisticamente considerado, significando, diversamente, “*a reunião simbólica de todos os homens naquilo que eles têm em comum, a saber, a sua qualidade de seres humanos. Em outras palavras, é ela que permite o reconhecimento de uma pertença (appartenance) a um mesmo “gênero”: o gênero humano*”¹⁹. A mudança de grau no significado está em que a dignidade é o atributo ou qualidade desta pertença: “*se todos os seres humanos compõem a humanidade é porque todos eles têm esta mesma qualidade de dignidade no “plano” da humanidade; dizemos que eles são todos humanos e dignos de o ser*”²⁰.

Por isto é que, mais do que uma “vazia expressão”, como poderiam pensar os que estão ainda aferrados à concepção legalista estrita do ordenamento jurídico, a afirmação do princípio, que nos mais diferentes países tem sido visto como um princípio estruturante da ordem constitucional — apontando-se-lhe inclusive um valor “refundante” da inteira disciplina privada²¹ — significa que a personalidade humana não é redutível, nem mesmo por ficção jurídica, apenas à sua esfera patrimonial, possuindo

dimensão existencial valorada juridicamente na medida em que a pessoa, considerada em si e em (por) sua humanidade, constitui o “valor fonte” que anima e justifica a própria existência de um ordenamento jurídico.

É o que assinala o civilista peruano Carlos Fernandez Sessariego, pioneiro na América Latina no destacar a proteção jurídica a pessoa humana: “*Referirse a la protección de la persona humana supone, como cuestión previa, determinar que tipo de ente es ella, considerada en si misma, per se. Es decir, indagar por la naturaleza misma del ser sometido a protección jurídica*”, pois é “*la necesaria aproximación a la calidad ontológica del bien a tutelar (que) nos permitiría precisar tanto los criterios como la técnica jurídica susceptibles de utilizar para lograr este primordial objetivo*”²². Ou como entre nós afirmou recentemente Josaphat Marinho ao aludir à disciplina dos direitos da personalidade, “*o homem, por suas qualidades essenciais, e não propriamente o dado econômico, torna-se o centro da ordem jurídica*”²³.

No que concerne especificamente ao Direito Civil o princípio da dignidade da pessoa humana tem permitido a reconstrução conceitual do termo “pessoa”²⁴ em larga medi-

¹⁸ “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau” cit, 507.

¹⁹ “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau” cit., 509, traduzi.

²⁰ “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau” cit., 509, traduzi.

²¹ Na literatura italiana, PIETRO PERLINGIERE, “Il Diritto Civile nella Legalità Costituzionale” e na literatura brasileira, o artigo pioneiro de MARIA CELINA BODIN DE MORAES, “A caminho de um Direito Civil Constitucional”, in Revista Direito, Estado e Sociedade, PUC, n° 1, Rio de Janeiro, 1991 e a monografia de TERESA NEGREIROS, “Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé”, Ed. Renovar, 1998.

²² “Protección a la persona humana”, in Revista Ajuris, 56, Porto Alegre, 1992, 87 e 88.

²³ “Os Direitos de Personalidade no Projeto do Novo Código Civil Brasileiro”, in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, col. Studia Iuridica, 40, in Portugal-Brasil ano 2000, Coimbra, 2000.

²⁴ Para o exame da concretização jurisprudencial do princípio e suas repercussões, BERNARD EDELMAN, “La dignité de la personne humaine, un concept nouveau”, in “La personne en danger”, cit, 505 e ss.

da com base no fato de as “Constituições do Século XX”²⁵ o terem posto — ou deixado suposto — como princípio estruturante da ordem constitucional. É indiscutível que a atual ênfase numa esfera de valores existenciais da pessoa deve-se, entre outros fatores²⁶, à compreensão do papel desempenhado pelos princípios constitucionais no Direito Civil na medida em que estes, para além de constituírem normas jurídicas atuantes nas relações de Direito Público, têm incidência especial em todo o ordenamento e, nesta perspectiva, também no Direito Civil, disciplina das relações jurídicas travadas entre os particulares entre si²⁷. Ao mesmo tempo, estando estes princípios e garantias expressos em cláusulas gerais²⁸, permite-se o desenvolvimento jurisprudencial de novas hipóteses mediante a emprego do raciocínio tópico, podendo-se assim falar na elaboração de um direito geral da personalidade que não se esgota no reconhecimento dos tradicionais atributos, tais como a honra, o nome, a imagem, a

intimidade e a vida privada, mas tem alargada possibilidade de expansão.

Pela via aberta por estas novas configurações semânticas e metodológicas a contemporânea afirmação da dignidade da pessoa humana superou as delimitações individualistas e puramente formais que poderiam tê-la marcado no individualismo burguês, passando a constituir, como observa Maurício Ribeiro Lopes, “*um ponto de apoio fundamental da defesa dos direitos humanos, sob o prisma da igualdade material*”²⁹. Abre-se, assim, vasto e rico campo de reconstrução de institutos e conceitos no Direito Privado, entre os quais o de responsabilidade civil, o adjetivo ligando-se menos à disciplina consagrada pelo paradigma oitocentista da sociedade burguesa e mais às suas raízes etimológicas, indicativas de quem está na *cive*, e, sendo assim, vive em necessária comunidade.

²⁵ *Uso essa expressão para deixar marcada a distinção entre as Constituições posteriores ao pós-guerra europeu e as “Constituições do Século XIX”, uma e outra expressão não devendo ser lidas em sua literalidade cronológica, mas como paradigmas de dois diversos modos de elaborar-se e compreender-se a Constituição: pela primeira tem-se a Constituição como documento meramente político, formado pelas normas de organização da estrutura e das funções do Estado e dos seus Poderes; o segundo modelo indica a Constituição normativa, fundada em normas (princípios e regras) cujo conteúdo material em muito ultrapassa a mera regulação da organização estatal.*

²⁶ *Assim a Filosofia existencialista, na qual o ser humano concreto, porque marcado por sua dimensão histórica está no centro do debate filosófico, a Psicologia e a Psicanálise e, fundamentalmente, a Ética.*

²⁷ *Como referência a esta vasta questão, consulte-se PIETRO PEILINGIERE, “Il Diritto Civile nella legalità costituzionale”, cit., JOAQUIN ARCE Y FLORES-VALDEZ, “El Derecho Civil Constitucional”, Editorial Civitas, 1ª ed., Madrid, 1986; KONRAD HESSE, “Derecho Constitucional y Derecho Privado”, Editorial Civitas, 1ª ed., Madrid, 1985. Na literatura brasileira, MARIA CELINA BODIN DE MORAES e TERESA NEGREIROS, antes citadas e LUÍS AFONSO HECK, “Direitos Fundamentais e sua influência no Direito Civil”, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS Ed. Síntese, 8, Porto Alegre, 1999, 111-125.*

²⁸ *Para o conceito de cláusula geral vide o meu “A Boa Fé no Direito Privado”, Editora Revista dos Tribunais, 1999, 273 a 377.*

²⁹ *“A dignidade da pessoa humana: estudo de um caso”, Revista dos Tribunais 758/107 e ss. O trecho transcrito está na p. 113, e o “caso” examinado constitui um dos mais lúcidos momentos da jurisprudência brasileira que pela inteligência do Desembargador Relator, Cezar Peluso conferiu eficácia direta e imediata ao princípio para o efeito de afastar regras do Código Civil com ele colidentes (TJSC- Ap. Civ. nº 007.512 – 4/2-00 – 2ª Câm. – j. 18.08.1999).*

É sob esta perspectiva da renovação e reconstrução conceitual que enfoco o tema da reparação civil dos danos à pessoa, começando por questionar a apontada autonomia da *fattispecie* ou sua compatibilidade com o regime incidente à tutela do dano moral (I), para alcançar, após, o exame dos critérios da liquidação e a natureza da reparação (II).

I - OS DANOS À PESSOA COMO ESPÉCIES DE DANOS EXTRAPATRIMONIAIS

Integram e concretizam a dignidade humana, no campo da responsabilidade civil, interesses tais como a vida privada³⁰, a intimidade³¹ ou o “direito de estar só, consigo mesmo”, a dor³² e os afetos, as expectativas de vida e os projetos existenciais, a imagem social e a auto-estima, a estética, as criações do intelecto em seus aspectos não-patrimoniais, a honra e o nome, interesses constitucionalmente garantidos e que

servem a renovar o antiquíssimo instituto da responsabilidade civil. Contudo a taxinomia, ordem humanamente elaborada, pode por vezes, suscitar o caos: frente ao crescimento das espécies, onde alocar os danos à pessoa? Serão constitutivos de uma classificação própria ou podem ser sistematicamente reconduzidos ao gênero “danos extrapatrimoniais”, beneficiando-se do seu regime?

A. A caracterização do dano à pessoa

Os danos à pessoa constituem *fattispecie* em construção. Numa definição meramente aproximativa, Sessari³³ os delinea como os danos incidentes em qualquer aspecto do ser humano considerado em sua integridade psicossomática e existencial, abrangendo aquilo que, em outros ordenamentos, como o italiano e o francês, têm sido caracterizado como “dano biológico”, “dano à saúde”, “dano ao projeto de vida” e o “dano moral”, considerado em seu aspecto estrito³⁴. Podem ter origem

³⁰ *Têm crescido no Brasil os casos judiciais que buscam demarcar os limites entre a tutela à vida privada e a liberdade de imprensa. Exemplificativo é acórdão da 7ª Câmara Cível do TJRS na Ap. Civ. nº 595098856, Rel. Des. Paulo Heerd, 25. 10. 95, assim ementado: “Liberdade de Imprensa. Limites. Direito Constitucional à Reserva da Intimidade. Direito do Cidadão à Privacidade. A liberdade de imprensa, embora essencial ao regime democrático, encontra limites nos direitos e garantias individuais consagrados pela Constituição Federal, que assegura a intimidade e a privacidade dos cidadãos. (...)”.*

³¹ *Exemplificativamente, acórdão da 4ª C. Civ. do TJRS na Ap. Civ. nº 59516596, Rel. Des. Ramon Georg von Berg, 08.11.95, cuja ementa é a que segue: “Tutela Civil da intimidade. Estabelecimento Bancário. Fornecimento de Extrato a terceiro. Dano Moral Configurado. A devassa da intimidade dos correntistas, que tiveram o extrato de sua conta corrente que mantinham com o demandado entregue a terceiro com o qual litigavam, constitui dano moral. Aplicação do inciso X, do art. 5º da CF.”*

³² *Assim o caso, julgado pelo TJRS, pelo qual condenou-se solidariamente médico, hospital e banco de sangue ao pagamento de indenização por dano material e moral a paciente pela divulgação do resultado de exame para identificar o vírus da SIDA, decorrendo o dano extrapatrimonial tanto da quebra do dever de sigilo, com prejuízo à imagem, quanto da quebra do dever de refazer o exame, que não era definitivo e que, uma vez refeito, veio a confirmar que o paciente não era portador do vírus HIV. Por esta lesão, da qual decorreu o sentimento de dor e medo de morrer, eis que lhe fora comunicado pelo médico que teria “no máximo três meses de vida” decorreu o dever reparatório. (Ap. Civ. nº 595160250, Rel. Des. Araken de Assis, j. 7.12.95, in RJTJRS nº 175/702).*

³³ *“Protección a la persona humana”, cit., 115.*

³⁴ *“Protección a la persona humana”, cit., 121.*

contratual ou extracontratual e, embora qualificados como danos extrapatrimoniais, pois atingem a pessoa em sua esfera de humanidade, não raro têm origem em evento que pode ter reflexos também na esfera patrimonial³⁵, o que caracteriza a chamada cumulação objetiva³⁶.

Cabe à Itália a distinção de ter sido o primeiro país a sistematizar, no Código Civil, os direitos de personalidade³⁷ e à sua doutrina a honra de cunhar a expressão “danos à pessoa”, por obra de Guido Gentile, em 1962³⁸. Desde então, discute-se se estes configuram ou não um “*tertium genus*” ou se estão compreendidos na categoria do dano moral. Debate-se, ainda, se esta expressão guarda ou não sinonímia com a expressão “dano extrapatrimonial”, utilizada prevalentemente na literatura germânica³⁹.

É bem verdade que o desenvolvimento

das expressões “dano à pessoa”, “dano à saúde” e “dano biológico” deveu-se, na doutrina e na jurisprudência italianas, à necessidade de ultrapassar a “norma de clausura” do art. 2.059 do Codice Civile segundo o qual a responsabilidade não-patrimonial é admitida “*solo nei casi determinati dalla legge*”, admitindo-se, assim, a indenizabilidade somente quando o dano seja consequência de um fato que tipifique um crime⁴⁰.

Em razão desta limitação, doutrina e tribunais encontraram na norma do art. 32 constitucional, que situa a saúde como “*fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività*” a janela que permitiu a formação, por via jurisprudencial, de uma nova *fattispecie*, a saber, o “dano biológico”, tido como uma concha hospedeira de quase todos os danos extrapatrimoniais que estivessem conexos a qualquer lesão ao bem jurídico “saúde”, entendido

³⁵ Assim, o sempre lembrado exemplo de um acidente automobilístico no qual uma artista de cinema vem a lesionar gravemente sua saúde, perdendo a beleza física ou certos atributos funcionais. O dano será patrimonial na medida em que o acidente e os seus efeitos infletem sobre o patrimônio da vítima, mas haverá também dano não patrimonial, por atentado ao “projeto de vida”, ou “dano psíquico” (conforme a qualificação dada pela doutrina dos diferentes países) na medida em que a carreira projetada, na qual a pessoa pretendia desenvolver a sua personalidade como artista, restará impossibilitada. Pode ser lembrada a hipótese de homossexual que, por ter a sua imagem devassada por meio de comunicação que revela, com escândalo, a sua opção sexual, vem a perder o emprego, ou vínculo profissional. Haverá, ao mesmo tempo, dano patrimonial, pela perda do vínculo profissional e dano extrapatrimonial, seja por violação da imagem, seja pelo atentado ao livre desenvolvimento da personalidade.

³⁶ Consagrada, no Direito Brasileiro, pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça, pela qual “são cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundos do mesmo fato”.

³⁷ Codice Civile, Livro I, Título I, arts. 5º a 10.

³⁸ A primazia é atribuída por JORGE MOSSET ITURRASPE, “El danõ fundado en la dimension del hombre”, in Revista de Derecho Privado y Comunitario, cit., 16. A expressão foi usada por GENTILE no verbete “Danno a la persona” da Enciclopedia del Diritto, Milão, Tomo VI, 634 e ss.

³⁹ Para o exame do estado atual da discussão consulte VICENZO CARBONE (coord), Responsabilità Civile – rassegna di Giurisprudenza e Dottrina, IPSOA, 1998, PAOLO CENDON, LUIGI GAUDINO e PATRICIA ZIVIZ, “Responsabilità Civile”, Riv. Dir. Civ. anno LXV, nº 3, 1991, 971, MARCO BONA, “Danno alla persona”, Riv. Dir. Civ., 313 e FRANCESCO DONATO BUSNELLI, “Interessi della persona e risarcimento del danno”, Riv. Dir. Civ., p. 1.

⁴⁰ Situação semelhante ocorre na Alemanha, em virtude da regra limitativa do parágrafo 254 do BGB, severamente criticada pelos tribunais, que alargaram o seu espectro, conforme dá conta CLÓVIS DO COUTO E SILVA, in “Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé”, 1988, datilografado, 60.

em seu mais amplo sentido, seja saúde física, seja o bem estar psíquico ou mental⁴¹.

As circunstâncias peculiares ao sistema italiano não devem confundir o comparatista, sendo por isto indevida a mera transposição conceitual, até porque não havendo, no Direito brasileiro vigente, limitação ao reconhecimento do dano moral e à formação de concretas *fattispecies* – sendo a matéria regulada por meio de cláusulas gerais – não há o repúdio à expressão “dano moral”, tal como verificou-se no Direito italiano, que precisou ultrapassá-la para permitir a aceitação de novas hipóteses em um quadro mais efetivo de reparação. Assim, embora não seja tecnicamente a melhor expressão, como adiante examinarei, seu emprego vem legitimado pelo uso, podendo-se afirmar que, no Brasil, as expressões “dano moral” e “dano não-patrimonial” são sinônimas. Entendida latoamente a expressão “dano moral”, os “danos à pessoa” constituem uma de suas espécies.

No vigente Direito Brasileiro, as cláusulas gerais que regulam a responsabilidade civil extrapatrimonial encontram-se no art. 1º, inciso

III⁴² e no art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal⁴³, no art. 6º, incisos VI e VII da Lei nº 8.078, de 11.9.90 (Código de Defesa do Consumidor⁴⁴), no art. 17, combinado com o art. 201, incisos V, VIII e IX da Lei nº 8.069, de 13.07.90 (Estatuto da Criança e do Adolescente⁴⁵), e, ainda, no art. 1.553 do Código Civil, norma de abertura em matéria de fixação do *quantum* indenizatório. Se aquiliana a fonte do dever de indenizar incide, ainda, a cláusula geral do art. 159 do Código Civil, que estabelece os pressupostos da responsabilidade segundo o modelo posto no célebre art. 1382 do Código de Napoleão, limitando, contudo, o seu alcance pela redação aposta à sua segunda parte, mediante a qual “a violação da culpa e a avaliação da responsabilidade regulam-se pelo disposto neste Código, arts. 1518 a 1532 e 1537 a 1553”.

Existem, demais disto, as *fattispecies* de dano extrapatrimonial casuisticamente previstas pelo Código Civil Brasileiro que, coerentemente com o espírito de sua época, havia previsto escassas hipóteses, consistentes basicamente na indenização em casos de homicídio (art. 1537), de ofensas à saúde ou à integridade física (art.

⁴¹ Para o exame dos casos singulares de responsabilidade extracontratual por danos à pessoa e danos biológicos, ver CARBONE - Rassegna di Giurisprudenza e Dottrina, cit., Parte Terza, 217 a 277. Para o exame da reversão atual deste entendimento, MARCO BONA, “Danno alla persona”, cit., 313.

⁴² Art. 1º: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direitos, e tem como fundamentos (...) – III – a dignidade da pessoa humana”.

⁴³ Art. 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral e à imagem (...) X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

⁴⁴ Os dispositivos asseguram, como “direito básico” do consumidor, a reparação dos danos patrimoniais e morais que lhes tenham sido causados.

⁴⁵ O art. 17 afirma o “direito ao respeito”, da criança e do adolescente, consistente na inviolabilidade de sua integridade física e moral, “abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais”, assegurando os citados incisos do art. 201 a competência do Ministério Público para impetrar ações visando a tutela dos seus direitos e interesses.

1538), injúria ou calúnia (art. 1.547), “desonra” sexual de mulher (art. 1548), demais casos de violência sexual (art. 1.549) e por ofensas à liberdade (art. 1550). Leis especiais, como Lei nº 9.610, de 19.2.98 (Lei dos Direitos Autorais), contém enumeração casuística dos direitos extrapatrimoniais do autor⁴⁶.

O aspecto mais importante do sistema brasileiro reside, como observou Clóvis do Couto e Silva⁴⁷, na conjugação de duas cláusulas gerais do Código Civil, a do art. 159, que dá as condições para o nascimento do dever de indenizar, e a do art. 1553, segundo a qual “*nos casos não previstos por este Capítulo, se fixará por arbitramento a indenização*”. Na opinião do autor — expressa ainda antes que a Constituição de 1988 encerrasse definitivamente a polêmica acerca do cabimento, ou não, do dano moral no direito brasileiro — “*essa disposição não impede a indenização dos danos morais, e ela constitui mesmo uma cláusula geral nesta matéria. De mais a mais, o art. 1.553 se relaciona com o princípio do art. 159 do Código Civil, que pode ser considerado como uma cláusula*

geral, situação que não é muito diferente daquela adotada pelo Código Civil francês”⁴⁸.

Muito embora a possibilidade oferecida pelo sistema e indicada pelas mais abalizadas vozes doutrinárias desde Bevilacqua⁴⁹, a jurisprudência brasileira foi extremamente tímida⁵⁰, não desenvolvendo todos os casos de reparação. A limitação prevista na parte final do art. 159 relativamente ao montante da indenização, combinada com a previsão casuística da Parte Especial, tudo somado à tradição exegética de grande parte da jurisprudência, levaram a entender que, à falta de previsão expressa, a possibilidade de acolher-se o dano não-patrimonial cingia-se aos poucos casos previstos no próprio Código Civil e, paulatinamente, nas leis especiais. Conquanto houvesse, mesmo assim, lenta evolução pretoriana⁵¹, a admissibilidade geral dos danos à pessoa só foi assentada após a vigência da Constituição de 1988, em razão da expressa previsão de seu art. 5º, incisos V e X, desenvolvendo-se com intensidade — e até com certos exageros, sempre devidos à novidade — após a previsão do Código de Defesa do Consumidor⁵².

Mesmo após a Constituição, porém, poucos são os acórdãos que buscam no princípio da dignidade da pessoa humana a fonte para a criação de novos casos⁵³, ou para operar a ponderação de valores quando conflitantes princípios e garantias constitucionais⁵⁴, frente aos constantes atentados verificados, na ordem prática, ao livre desenvolvimento da personalidade e à dignidade humana.

Esta limitação, para além das razões metodológicas e sociológicas ligadas à formação da magistratura brasileira pode ter por base, também, as dificuldades advindas da pré-compreensão da expressão “dano moral” que, conotando a idéia de dor ou de *pretium doloris*, em certos casos é impeditiva de uma apreensão mais integral do fenômeno da personalidade humana, cuja dimensão é ao mesmo tempo subjetiva e social⁵⁵.

Cabe, assim, examinar, à vista da doutrina e da jurisprudência brasileiras, as distinções conceituais, comparando-as com as observações doutrinárias e os preceitos legais verificáveis no Direito Argentino de reparação de danos.

B. Dano Moral e Dano à Pessoa: soluções do direito brasileiro e argentino

A legislação brasileira utiliza a expressão “dano moral” para referir-se a todas as espécies de danos não-patrimoniais, assim constando do art. 5º, incisos V e X da Constituição Federal, do art. 186 do Projeto do Código Civil, ora em tramitação final na Câmara dos Deputados e da legislação especial, antes referida. A mesma denominação é seguida por grande parte da doutrina⁵⁶ e

⁴⁶ Arts. 22 a 27.

⁴⁷ “Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé”, *cit.*, 61, original no idioma francês, versão minha.

⁴⁸ “Principes Fondamentaux de la Responsabilité Civile en Droit Brésilien et Comparé”, *cit.*, 61 e 62, original em francês, versão minha.

⁴⁹ “Código Civil”, T. I, p. 256, observações ao art. 76.

⁵⁰ Deve ser sempre ressaltado o pioneiro e corajoso voto do Ministro Pedro Lessa ainda nos primeiros anos do século XX, orientação que, contudo, não foi seguida (STF, Ac. De 13.12.1913, transcrito na Revista dos Tribunais n° 8, p. 180).

⁵¹ Para o exame dessa evolução, vide YUSSEF SAID CAHALI, “Dano Moral”, 2ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1998, 43 a 51.

⁵² Trata-se aí do choque entre a liberdade empresarial, expressa na publicidade comercial e o tutela da dignidade da pessoa e dos direitos da personalidade, devendo a primeira ceder quando abusiva, encontrando-se os parâmetros que auxiliam a concreção desta expressão (“abusiva”) no art. 37, parágrafo 2º do CDC: “É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança”.

⁵³ Curiosamente, o chamado “Código de Auto-Regulamentação Publicitária – CONAR, regulamentação estatutária privada, sem força coercitiva jurídica em sentido próprio estabelece, no art. 19 que “toda a atividade publicitária deve caracterizar-se pelo respeito à dignidade da pessoa humana, à intimidade, ao interesse social, às instituições e símbolos nacionais, às autoridades constituídas e ao núcleo familiar”, regra que é completada pela do art. 20. Pelo qual “nenhum anúncio deve favorecer ou estimular qualquer ofensa ou discriminação racial, social, política, religiosa ou de nacionalidade”. As regras do CONAR podem todavia, ser acolhidas na condição de fontes subsidiárias, auxiliando na formação de tópicos que auxiliem a ponderação judicial, ou até mesmo como fontes em sentido próprio, se considerarmos que formam modelos decorrentes da prática social constante e reiterada (regras da boa prática ou dos usos publicitários).

⁵⁴ Por isto é exemplar acórdão do TJSC, por voto do Des. Alcides Aguiar que, fundamentado diretamente no princípio constitucional da dignidade da pessoa, deferiu Mandado de Segurança para sustar programa de televisão que noticiara fato delituoso, envolvendo o autor da ação, assinalando-se o seguinte excerto da fundamentação: “Diante de dois direitos fundamentais conflitantes, deve prevalecer aquele que defende um bem maior, e, no caso em discussão, este é o da dignidade da pessoa humana face à liberdade, indiscriminada, da imprensa”. (MS nº 9.564, 4ª C. Civ. TJSC, Xanxerê, Rel. Designado Des. Alcides Aguiar, 13. 03. 97).

⁵⁵ O que foi posto em evidência pelo Existencialismo, sendo tratado, em seus reflexos jurídicos, por CARLOS FERNANDEZ SESSARIEGO, “Protección a la persona humana”, *cit.*, 91 e ss.

⁵⁶ Assim, JOSÉ DE AGUIAR DIAS, “Da responsabilidade Civil”, Ed. Forense, Rio de Janeiro, Tomo II, 1994, 713; CARLOS ALBERTO BITTAR, “Reparação Civil por Danos Morais”, 3ª edição, 2ª tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1999; YUSSEF SAID CAHALI, “Dano Moral”, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1998; CLÓVIS DO COUTO E SILVA, “O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado”, in “O Direito Privado Brasileiro na visão de Clóvis do Couto e Silva”, ao cuidado de VERA FRADERA, Editora Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997, 217; ARNOLDO MEDEIROS DA FONSECA, “Dano Moral”, verbete in “Repertório Enciclopédico Brasileiro”, vol. 14, 241; ZULMIRA PIRES DE LIMA, “Responsabilidade Civil por Danos Morais”, Revista Forense 83/216, 1940; MÁRIO MOACIR PORTO, “Algumas Anotações sobre o Dano Moral”, Revista Forense, 1159/492; MIGUEL REALE, O Dano Moral no Direito Brasileiro, in Temas de Direito Positivo, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1992; WILSON MELO DA SILVA, “O dano moral e sua reparação”, Belo Horizonte, 1949, entre outros.

da jurisprudência⁵⁷, encontrando-se a distinção seja entre danos morais subjetivos e objetivos, seja entre danos morais diretos ou indiretos para especificar aqueles que dizem respeito diretamente à esfera da mais direta subjetividade e os que atinam à repercussão social da esfera da personalidade.

Raros são os textos, doutrinários ou jurisprudenciais, que utilizam a expressão “danos à pessoa” para indicar a vasta categoria dos atentados à personalidade, como o faz Clóvis do Couto e Silva⁵⁸, o qual, todavia, realiza a sinonímia entre dano moral e dano extrapatrimonial⁵⁹ que já havia sido contestada nos anos 60, com integral pertinência, por Pontes de Miranda⁶⁰. Mais raros, ainda, são os julgados que traçam a distinção entre o “dano psíquico” e o “dano moral”.

Em voto pioneiro⁶¹, proclamado mais de um lustro antes de a Constituição de 1988 ter assentado definitivamente a indenizabilidade do dano moral, o então Juiz do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul Ruy Rosado de Aguiar Júnior, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça acatou pedido de indenização, por “dano psíquico”, de uma senhora, professora, grandemente prejudicada em seu físico, e até em seu pudor, em decorrência de lesões sofridas em acidentes de trânsito, o que motivou seu pedido de indenização, ao causador do dano, por invalidez parcial e permanente por dano estético e conseqüente cirurgia reparadora por danos psíquicos, se reconhecida a incapacidade total para o trabalho, e lucros cessantes.

A tese defendida por Rosado de Aguiar, vencida na 3ª Câmara Cível, mas, posteriormen-

⁵⁷ Exemplificativamente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, REExt 112263 (veiculação de programa sobre falecido jogador de futebol, sem autorização dos herdeiros); REExt 99501 (danos morais por modificação da obra e omissão do nome do autor); REExt 98942 (pensão e dano moral à companheira de vítima de acidente); REExt 83978 (não cabimento do dano moral à alegada vítima de dano por ricochete). Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, também exemplificativamente: REsp 221757 (publicação, em revista especializada em “fofocas”, de fotografia de jornalista, sem autorização); REsp 157912 (dano moral por ricochete); REsp 77117 (responsabilidade de instituição bancária); Resp 60.033-2 (dano moral à pessoa jurídica, por ofensa à honra objetiva).

⁵⁸ “O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado”, cit., 227.

⁵⁹ “O conceito de dano no Direito brasileiro e comparado”, cit., 230, como segue: “Realizada a lesão ao direito de personalidade, e também a outros direitos e interesses, surge o problema da responsabilidade do dano extrapatrimonial, denominado, também, de dano moral”.

⁶⁰ Tratado de Direito Privado, T. 26, Ed. Borsoi, Rio de Janeiro, 1959, parágrafo 3.108, 30 e ss.

⁶¹ O Acórdão da 3ª Câmara Cível está comentado por AGUIAR DIAS in Revista Ajuris vol. 29m 1983, 65, sob o título “Dano psíquico e Dano Estético – uma decisão memorável”. Na mesma Revista, a transcrição do Acórdão que, acolhe em Embargos Infringentes (nº 183001056 – 2º Grupo Cível – Novo Hamburgo, 25.03.1985) a argumentação expendida no voto vencido, assentou, pelo voto do seu Relator, Juiz Décio Erpen, o que segue: “Ação de Reparação de Danos. Dano psíquico e dano estético, advindo de lesões sofridas por professora. Comprovado o dano psíquico, afetando a capacidade laborativa, deve o mesmo ser indenizável, mesmo que a vítima passe a auferir proventos em razão da profissão que desempenhava. Não há como se confundir o direito à indenização advindo de fato ilícito, com o de percepção de proventos, porque as relações jurídicas são diversas. Adoção dessa premissa com reservas de parte da minoria. O direito deve proteger a pessoa com visão humanística, com seus predicados, atributos, atentando a um convívio futuro. Absorção do dano estético pelo psíquico acolhido pela maioria. Divergência nesse particular, entendendo-se cumuláveis em determinadas circunstâncias. Votos vencidos”.

te, acolhida pelo 2º Grupo Cível do mesmo Tribunal de Alçada por via de recurso de Apelação foi no sentido da indenizabilidade do dano psíquico, dada a sua qualificação como prejuízo no sentido jurídico do termo. O Relator do caso no 2º Grupo Cível, Juiz Décio Erpen assentou, então, que o “direito deve proteger a pessoa com visão humanística, com seus predicados, atributos, atentando a um convívio futuro”, em decisão tida pelo tratadista Aguiar Dias como “memorável”. É de sublinhar o uso da expressão “dano psíquico”, que demonstra a atenção do julgador à lição de Pontes de Miranda. Já na década de 50 acentuava este, com inteira razão, ter a expressão “dano moral” concorrido “para graves confusões”, explicando:

“As vezes, os escritores e juízes dissertadores empregam a expressão “dano moral” em sentido amplíssimo (dano à normalidade da vida de relação, dano moral estrito, que é o dano à reputação, o dano por depressão ou exaltação psíquica ou nêurica, dano que não é qualquer dos anteriores mas também não ofende o patrimônio, como a dor sofrida, o de destruição de bem sem qualquer valor patrimonial ou de valor patrimonial ínfimo. Aí, dano moral seria dano não patrimonial. Outros têm como dano moral o dano à normalidade

da vida de relação, o dano que faz baixar o moral da pessoa e o dano à reputação. Finalmente, há o senso estrito de dano moral: o dano à reputação”⁶².

Contudo a distinção conceptual aí ensaiada não prosperou, o que veio a causar dificuldades quando se tratou de afirmar a indenizabilidade do dano extrapatrimonial às pessoas jurídicas – que não poderiam sentir a subjetividade da dor – tendo então, doutrina e jurisprudência tendo que distinguir entre “honra objetiva” e “honra subjetiva”⁶³.

Esta distinção tem origem, segundo o magistério de Miguel Reale⁶⁴, em pioneiro ensaio de Renato Sconamiglio publicado, no ano de 1957, na Rivista di Diritto Civile, no qual observava que, “se o dano moral, como tal, se refere essencialmente à esfera subjetiva e íntima da personalidade, não se compreende como seja possível incluir nesta categoria um dano que, ao contrário, reverbera sobre relações externas”⁶⁵. Presente essa observação propõe Reale, seguido pela majoritária doutrina brasileira, a diferenciação entre dano moral objetivo, assim compreendido o que “atinge a dimensão moral da pessoa no meio social em que vive, envolvendo o de sua imagem”, e o dano moral subjetivo, o qual estaria correlacionado “com o mal

⁶² Tratado de Direito Privado, T. 26, cit., 31, grifos do autor.

⁶³ Assim decisão do STJ no REsp nº 60033-MG, Relator Ministro Ruy Rosado de Aguiar, in DJ 27.11.95; no mesmo sentido, REsp nº 112127 – RS, Rel. Min. Barros Monteiro e REsp nº 129428 – RJ, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, o primeiro deles assim fundamentado: “Quando se trata de pessoa jurídica, o tema da ofensa à honra propõe uma distinção inicial: a honra subjetiva, inerente à pessoa física, que está no psiquismo de cada um e pode ser ofendida com atos que atinjam a sua dignidade, respeito próprio, auto-estima, etc., causadores de dor, humilhação, vexame; a honra objetiva, externa ao sujeito, que consiste no respeito, admiração, apreço, consideração que os outros dispensam à pessoa. (...) A pessoa jurídica, criação da ordem legal, não tem capacidade de sentir emoção e dor, estando por isso desprovida de honra subjetiva e imune à injúria. Pode padecer, porém, de ataque à honra objetiva, pois goza de uma reputação junto a terceiros, passível de ficar abalada por atos que afetam o seu bom nome no mundo civil ou comercial onde atua”.

⁶⁴ “O Dano Moral no Direito Brasileiro”, cit., 22.

⁶⁵ RENATO SCONAMIGLIO, “Il dano morale” Contributo alla teoria del danno extracontrattuale, in Rivista di Diritto Civile, vol. 3, 1957, 283.

sofrido pela pessoa em sua subjetividade, em sua intimidade psíquica, sujeita a dor ou sofrimento intransferíveis porque ligados a valores do seu ser subjetivo, que o ato ilícito veio penosamente subverter, exigindo inequívoca reparação”⁶⁶. Só assim explicar-se-ia, aliás, a defeituosa redação do inciso V do art. 5º da Constituição brasileira, que trata da indenizabilidade do dano “material, moral ou à imagem”, tomando-se “patrimonial” por “material” e tentando-se desajeitadamente distinguir entre o chamado dano moral subjetivo e objetivo pelo emprego da alternativa “moral” e “à imagem”, quando poderia tudo simplificar e melhor sistematizar com o emprego da expressão “extrapatrimonial”.

Por isto encontra-se na doutrina mais recente⁶⁷ vozes que propõem a distinção conceitual não para caracterizar o dano à pessoa como um *tertium genus*, mas para assentar o emprego da expressão “danos extrapatrimoniais” como indicativa de gênero do qual seriam espécies os “danos à personalidade”. Assim, Sérgio Vianna Severo, para o qual a importância dos direitos da personalidade não deve levar nem à construção de um terceiro gênero nem à redução de todos os danos extrapatrimoniais às lesões à personalidade porquanto “a proteção cível dos direitos de personalidade encontra-se inserida na esfera dos danos extrapatrimoniais, é uma de suas espécies; não é, portanto, um gênero autônomo, nem, muito menos, a síntese dos interesses não eco-

nômicos juridicamente protegidos”⁶⁸.

Entendo efetivamente que, sendo mais ampla, a expressão “danos extrapatrimoniais” inclui, como subespécie, os danos à pessoa, ou à personalidade, constituído pelos danos morais em sentido próprio (isto é, os que atingem a honra e a reputação), os danos à imagem, projeção social da personalidade, os danos à saúde, ou danos à integridade psicofísica, inclusive os “danos ao projeto de vida”⁶⁹, e ao “livre desenvolvimento da personalidade”, os danos à vida de relação, inclusive o “prejuízo de afeição” e os danos estéticos. Inclui, ainda, outros danos que não atingem o patrimônio nem a personalidade, como certos tipos de danos ambientais.

A distinção entre as várias subespécies de danos à pessoa justifica-se porque a expressão “dano moral”, em virtude de suas próprias conotações históricas, está ligada à dor moral, ressentindo-se do entendimento que rejeitava a indenizabilidade do *pretium doloris* por ser este incomensurável e, nesta medida, irredutível a valores monetários. Esta conotação redutora tem impedido, a meu juízo, a adequada apreensão, pela jurisprudência, de novas *fattispecies* que poderiam ser mais livremente desenvolvidas não fossem as amarras pré-compreensivas, o que têm importância capital nesta matéria, pois a maior particularidade dos deveres extra-contratuais reside no fato de serem formados por criação jurisprudencial, pois eles não existem antes da

⁶⁶ “O Dano Moral no Direito Brasileiro”, *cit.*, 23.

⁶⁷ Veja-se a monografia de SÉRGIO VIANA SEVERO, *Os Danos Extrapatrimoniais*, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.

⁶⁸ *Os Danos Extrapatrimoniais*, *cit.*, 47.

⁶⁹ Teria sido o caso de reconduzir-se a esta espécie decisão do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul que expressamente reconheceu “o direito” do nascituro à indenização pela morte de seu pai, considerando “desimportante o fato de Diogo ter nascido apenas após o falecimento do pai”, pois “mesmo que não o tenha conhecido, por certo terá o menino, por toda a vida, a dor de nunca ter conhecido o pai”. (Ap. Civ. nº 195080585, 5ª C. Civ., 26.10.95, Rel. Des. Rui Portanova, in RTARCS 97/298).

lesão, resultando, como afirmou Clóvis do Couto e Silva, de uma casuística feita pelos juizes por ocasião do julgamento, quando surge a questão de saber, *in concreto*, qual deveria ter sido o comportamento seguido pelo autor do dano⁷⁰.

Demais disto, embora tradicional no Direito brasileiro, a expressão “dano moral” ressent-se, também, de armadilhas teóricas: seria indenizável, constituindo dano moral o atentado à honra de alguém, se este fato não provocasse, subjetivamente, nenhuma dor? Seria indenizável, sob o fundamento de constituir dano moral, o prejuízo à imagem, que diz respeito não à esfera do íntimo psiquismo, mas à dimensão da pessoa no meio social em que vive?

Não são estes os critérios, contudo, pelos quais modifica-se a linguagem e operam-se os câmbios semânticos: consagrada pelo uso a expressão “dano moral”, é preciso enfrentar a “guerra de etiquetas” lembrada pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior em caso no qual se discutiu a possibilidade de cumulação entre dano moral e dano estético em razão de aci-

dente no qual a vítima sofreu queimaduras graves, tendo amputadas braço e perna⁷¹. E a “multiplicidade de aspectos que a realidade apresenta” ao juiz continuará a ser perspectivada com a redutora expressão se aprovado o Projeto de Código Civil Brasileiro atualmente em tramitação no Congresso Nacional, muito embora a expressão “danos à pessoa” seja mais afinada com a tutela dos Direitos de Personalidade que o mesmo Projeto prevê e disciplina por meio da combinação de regras casuísticas e cláusulas gerais⁷², sendo de anotar, entre estas, as do art. 12 e a do art. 21, a primeira configurando cláusula geral de tutela a todos os direitos de personalidade e voltando-se a segunda a garantir especificamente a vida privada da pessoa física, qualificadamente “inviolável”⁷³.

Na doutrina latino-americana a decantação conceitual é apontada como necessária por Carlos Fernandez Sessarego, o qual afirma a necessidade de marcar a diferença existente entre “*el concepto genérico de daño a la persona y la restringida noción de daño moral*”⁷⁴, na medida em que o dano moral é apenas um dos

⁷⁰ “*Principes Fondamentaux ...*”, *cit.*, 23.

⁷¹ *Resp 226190/RJ*, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar Jr, STJ, 4ª T., in DJ 01.02.2000, unânime, sendo partes Milton Oliveira Rufino e Grêmio Recreativo Escola de Samba Beija Flor, em decisão assim fundamentada: “Independentemente da nomenclatura aceita quanto ao dano extrapatrimonial, e sua classificação em dano moral, dano à pessoa, dano biológico, dano fisiológico, dano à saúde, dano à vida de relação, etc., cada um constituindo, com autonomia, uma espécie de dano, ou todos reunidos sob uma ou outra dessas denominações, a verdade é que para o juiz essa disputa que se põe no âmbito da doutrina, essa verdadeira “guerra de etiquetas” de que nos fala MOSSET ITURRASPE (“El daño fundado en la dimensión del hombre en su concreta realidad”, Revista Derecho Privado y Comunitario, 1/9) somente interessa para evidenciar a multiplicidade de aspectos que a realidade lhe apresenta, a fim de melhor perceber como cada uma delas pode e deve ser adequadamente valorizada do ponto de vista jurídico”.

⁷² *Acerca do emprego destas técnicas na Parte Geral do Projeto veja-se o ensaio de JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES*, “A Parte Geral do Projeto do Código Civil Brasileiro”, Ed. Saraiva, 1986.

⁷³ *A previsão da reparabilidade do dano também encontra-se adequadamente posta na Parte Geral que comanda todo o sistema — estatuiendo o art. 186, também redigido sob a forma de cláusula geral (e sem incorrer nas limitações que sofre o art. 159 do vigente Código pela redação aposta à sua parte final) a reparabilidade do dano, “ainda que exclusivamente moral”, causado por ato ilícito e culposo.*

⁷⁴ *Protección a la persona humana*, in “Daño y protección a la persona humana, *Andorno et alii*, Ediciones la Roca, Buenos Aires, 1993, 57.

tantos componentes do amplo espectro de lesões compreendidas no genérico conceito de dano à pessoa. Na classificação que propõe, este abarca o dano moral como lesão “*a uno de los múltiples aspectos o facetas de la personalidad*” e o “dano ao projeto de vida”, compreendendo todos os atos atentatórios ao livre desenvolvimento dos projetos existenciais e inclusive os danos à saúde, considerada a expressão em seu mais amplo espectro, “*toda lesión que, en alguna medida o intensidad, afecta el bienestar del sujeto de derecho*”⁷⁵.

Diferentemente do que ocorre na doutrina brasileira, é crescente, na Argentina, o emprego das expressões “danos à pessoa” e “danos extrapatrimoniais”. A primitiva redação do Código Civil Argentino não continha — nem poderia conter, já que editado em 1871 —, nenhuma menção aos direitos da personalidade ou aos danos a pessoa, embora previsse, em regra ainda vigente que “*habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades*” (art. 1068).

Segundo Mosset Iturraspe⁷⁶, a situação começou a mudar nos últimos trinta anos, e, no que diz com os danos extrapatrimoniais, especialmente a partir da reforma de 1968 que, nos artigos 522 e 1078, com a redação dada pela Ley 17.711, aludiu ao dano moral, muito embora a doutrina seguisse, por algum tempo, ainda a concepção estreita do *pretium doloris*.

Compreende-se a inserção, na reforma de 1968, da expressa previsão da responsabilidade por dano moral, haja vista o perfil do seu redator, o civilista Guillermo Borda, cuja obra

é marcada por profundo humanismo. Na redação que propôs, o dano à pessoa está no centro da responsabilidade determinando o art. 522 caber ao juiz condenar “*al responsable a la reparación del agravio moral que hubiera causado, de acuerdo con la índole del hecho generador de la responsabilidad y circunstancias del caso*”, constituindo verdadeira cláusula geral na matéria. Já o *caput* do art. 1078 contém regra que firma o caráter de reparação, estatuinto que a obrigação de ressarcir o dano causado pelos atos ilícitos “*comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima*”.

O alcance das reformas de 68 foi ainda ampliado doutrinariamente, assinalando-se entre os trabalhos elaborados as “*Jornadas sobre temas de responsabilidad civil en caso de muerte o lesión de las personas*”, celebradas em Rosario em 1979 e o *II Congreso Internacional de Derecho de Daños*, celebrado em Buenos Aires, em 1991, que afirmou a expressão “*daño a la persona*” e assentou, entre outras, as seguintes recomendações:

“*El daño a la persona configura un ámbito lesivo de honda significación y trascendencia en el que pueden generarse perjuicios morales y patrimoniales*”; “*El daño a la persona no constituye una categoría autónoma*”; “*la lesión a la persona sicofísica constituye un daño autónomo*”; “*Corresponde ampliar el contenido del daño patrimonial y moral a fin de salvaguardar eficazmente la intangibilidad de la persona*”; “*El daño moral se extiende más allá de la afectación síquica*”; “*La reparación del dano a la persona debe ser plenamente adecuada a la magnitud de lo que ésta representa, descartando las indemnizaciones simbólicas*”.

⁷⁵ SESSARIEGO, “Protección a la persona humana”, *cit*, 60.

⁷⁶ “El daño fundado en la dimension del hombre en su concreta realidad”, in “Daños a la persona”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, T. 1, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1995, 30.

Recomendaram ainda os congressistas, de *lege ferenda*, a incorporação, ao Código Civil, de normativa sistemática que hierarquizasse, na órbita privada, os direitos personalíssimos (recomendação XIII, unânime), a ampliação da legitimação das vítimas indiretas do dano (recomendação XIV, unânime) e a especial proteção da vida humana nascente, resguardando os valores éticos que comprometam a sua dignidade (recomendação XV, unânime)⁷⁷.

Presente estas recomendações, assinala Moisset Iturraspe que os Tribunais argentinos acompanharam o avançar da doutrina, instalando novas fronteiras aos danos à pessoas, ressaltando a Corte Suprema de Justicia de La Nación, nos últimos anos, “*su preocupación intensa por salvaguardar la dignidad, el honor, la intimidad de las personas*”⁷⁸.

Embora não formulado expressamente na Constituição argentina, como ocorre na brasileira, o princípio da dignidade da pessoa tem sido deduzido pela jurisprudência dos Tratados Internacionais, assim a Declaração Americana dos Direitos do Homem e do Cidadão, a Convenção Americana dos Direitos Humanos, acolhidos com hierarquia constitucional. Por esta via, os direitos da personalidade, decorrentes do princípio, têm sido objeto da mais recente e crescente atenção doutrinária e jurisprudencial⁷⁹.

Comprova esta afirmativa o texto proposto⁸⁰ em 1998 pela Comissão encarregada da redação de um Projeto de Código Civil⁸¹, coordenada por Atilio Anibal Alterini: o Código projetado é claramente voltado à proteção da personalidade e, por consequência, pleno de cláusulas gerais que permitem caracterizar ampliadas hipóteses de danos à pessoa. Sua novidade e a minudência com a qual trata o tema ensejam uma referência particularizada, ainda que incompleta, aos artigos nos quais o princípio da dignidade da pessoa vem posto, ou pressuposto, como fundamento do dever de indenizar.

A referência deve iniciar pelo art. 105 que fundamentando expressamente este dever na lesão aos direitos da personalidade já tradicionalmente consagrados, enseja, contudo, a possibilidade de acolhimento da novos bens jurídicos. Vale a pena reproduzir a sua letra, pela qual “*la persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la reparación de los daños sufridos*”. A expressão “de qualquer modo”, caracterizando a cláusula geral que poderá permitir, caso aprovado o Projeto, o desenvolvimento, por via judicial, de novas hipóteses.

A imagem, uma das projeções sociais da personalidade, vem especialmente tutelada no

⁷⁷ Arrolamento das “recomendaciones” segundo MOSSET ITURRASPE, “El daño fundado en la dimension del hombre”, in Revista de Derecho Privado y Comunitario, *cit*, 31 e 33.

⁷⁸ “El daño fundado en la dimension del hombre”, in Revista de Derecho Privado y Comunitario, *cit*, 35 a 37.

⁷⁹ Para estes esclarecimentos, agradeço a sempre solidária colaboração da Professora Doutora Noemi Lidia Nicolau, da Universidad de Rosario, Argentina.

⁸⁰ <http://www.alterini.org>

⁸¹ O Projeto de 1998 está em estudo em uma “Comisión bicameral” (criada pela Cámara de Senadores e Cámara de Diputados da Nación), estando presentemente recebendo notas de apoio ou crítica por parte da comunidade jurídica. (Para estas informações, agradeço a colaboração da Professora Doutora Noemi Lidia Nicolau, da Universidad de Rosario.)

art. 107 que inadmitte, como regra geral, a reprodução da imagem ou da voz sem o consentimento da pessoa. Completa-a o art. 109, que confere direito à vítima do dano, além da ação indenizatória o direito a exigir que o atentado cesse imediatamente, sem necessidade de provar culpa ou dolo do autor e ainda solicitar as publicações que entenda satisfatórias para o desagravo da imagem atingida. Cabe ainda especial referência à normativa do art. 112, que versa matéria merecedora da atenção dos estudiosos da Bioética, qual seja, o consentimento informado do paciente no caso de submetimento a exames ou tratamentos químicos ou cirúrgicos, disposição que é completada por outras regras que tratam de casos excepcionais ou a fletizam, em certas circunstâncias (arts. 113 e 114).

A nova normativa argentina de tutela à pessoa deve ser entendida à luz do “princípio da prevenção do dano”, acolhido pela cláusula geral do art. 1585, pelo qual *“toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella: a) De evitar causar un daño no justificado. b) De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño, del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa (e) c) De no agravar el daño, si ya se ha producido”*, possibilitando-se, para a observação e efetivação máxima do princípio, várias medidas preventivas e punitivas que serão posteriormente aludidas.

O art. 1600, alínea b, ocupa-se em estender o alcance do dano extrapatrimonial, aludindo expressamente àquele que *“interfiere en el proyecto de vida, perjudicando a la salud física o psíquica o impidiendo el pleno disfrute de la vida”*, e ainda aos que causam danos à liberdade, à segurança pessoal, à dignidade pessoal *“o en cualesquiera otras afecciones legítimas”*, disposição que é completada, e ainda alargada, pela do art. 1601 que declara reparável o dano extrapatrimonial direto ou indireto, assim como o dano futuro certo, e mesmo a “perda de uma chance” (“la pérdida de probabilidades”) na medida em que *“su contingencia sea razonable”*, proibindo o art. 1642 a exclusão ou limitação de responsabilidade por este dano⁸².

Já o art. 1689 realiza a opção pela expressão “dano extrapatrimonial”, estendendo a legitimação para a ação, nos termos da seguinte cláusula geral: *“La persona humana damnificada directa tiene legitimación para accionar por la satisfacción de su daño extrapatrimonial. Si sufre gran discapacidad, o del hecho danoso resulta su muerte, también tienen legitimación a título personal, según corresponda conforme las circunstancias, el cónyuge, los descendientes, los ascendientes, y quienes convivían con ella recibiendo trato familiar ostensible. Los tribunales tienen atribuciones para asignar legitimación a otros sujetos, en los casos especiales en los que el hecho tiene un grado de repercusión en el reclamante que excede del ordinario, habida cuenta de su vinculación con el damnificado y las demás circunstancias”*.

Tanto no Projeto do Código Civil Brasileiro quanto no Argentino e na Constituição do Brasil, a previsão legislativa do dano moral vem

⁸² Para o aprofundamento do exame destas disposições veja-se os comentários de ATÍLIO ALTERINI in “Informe Sobre la Responsabilidad Civil en El Proyecto Argentino de Código Civil de 1998”, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 11, 1999, 22.

expressa em normas semanticamente vagas, notadamente mediante a técnica das cláusulas gerais. Cabe, pois, examinar, como vêm solucionados os tormentosos problemas da fixação do montante indenizatório e do seu caráter, se reparatório, compensatório ou se dotado de um escopo de exemplaridade que o aproximariam da pena privada.

II- A SATISFAÇÃO DOS DANOS À PESSOA

A tutela à pessoa, ou mais comumente, aos direitos de personalidade é tema que, por toda a sua riqueza e extensão escapa aos lindes deste exame⁸³ que versa exclusivamente da reparação dos danos como consequência das normas que impõem o dever de indenizar. Nestes estreitos limites é preciso tratar da liquidação do dano (A), examinando após o caráter da condenação (B).

A. A Liquidação do Dano

A satisfação do dano não-patrimonial mediante indenização em dinheiro foi tradicionalmente o óbice ao reconhecimento de sua

indenizabilidade. No direito anterior ao Código Civil, a doutrina sustentava que o dano moral não obrigava à indenização por não ser suscetível de avaliação pecuniária, considerando Lafayette *“uma extravagancia do espírito humano a pretensão de reduzir o damno moral a valor monetario”*⁸⁴, opinião que, com maiores ou menores temperamentos, teve largo curso nas décadas seguintes.

Hoje em dia, admitida plenamente a indenizabilidade, a dificuldade está na liquidação, que admite um compósito de formas diversas tendo em vista as concretas *fattispecies*.

No direito brasileiro esta composição de formas resulta, na responsabilidade civil extracontratual, da peculiar sistematização dada à matéria, vale dizer, da combinação entre a cláusula geral de previsão de indenizabilidade do dano (art. 159) e a limitação, para o efeito da indenização, à abertura da cláusula geral, mediante a remissão a certas regras que estabelecem, em determinadas espécies de dano, formas especiais de reparação⁸⁵. Por esta razão, apenas na hipótese de não-existência de regra própria da avaliação do dano ou de sua liqui-

⁸³ Cresce em importância a tutela inibitória dos direitos de personalidade. No Brasil, é veículo da tutela inibitória genérica o art. 461 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 8.952/94, o qual estabelece que “ha ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento”. Na opinião de SÉRGIO CRUZ ARENHARD, este dispositivo é capaz de veicular tutelas não apenas condenatórias, mas especialmente mandamentais e executivas lato sensu. Demais disto, “permite a proteção provisória do direito ameaçado de lesão, (...) concebe (...) a realização in natura da pretensão exposta” e, “por fim, elenca técnicas de coerção capazes de atuar na vontade do requerido, para impor-lhe a abstenção pretendida”, atuando, assim, na proteção a “todas as carências da proteção à vida privada”. (“A Tutela Inibitória da Vida Privada”, Ed. Revista dos Tribunais, 2000, 111).

⁸⁴ “Direito das Causas”, parágrafo 205, nota 8, apud JOÃO LUIZ ALVES, “Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil, 1ª edição, Ed. F. Briguiet e Cia, Rio de Janeiro, 1917, 1086 e 1087.

⁸⁵ As espécies não são imóveis. Lembro o que vem ocorrendo nos casos de danos extrapatrimoniais resultantes de infração capitulada na “Lei de Imprensa”, que segue o modelo da indenização tarifada, sujeita a “teto”: mesmo aí a jurisprudência vem entendendo que “inexiste limite prefixado à indenização resultante de infração capitulada na Lei de Imprensa quando se trata de conduta dolosa”, de modo que “se a quantia for estipulada no máximo previsto para os casos de ação culposa, deve ser majorada em razão da vontade deliberada de ofender que distingue as duas situações” (RT 616/46).

dação, lembra Araken de Assis em primoroso estudo, “*aplicar-se-á a outra cláusula geral, prevista no art. 1.553, que a remete ao arbitramento*”⁸⁶. Com o que, alcança-se a singular disciplina que associa preceitos do Código Civil ao do Código de Processo Civil⁸⁷.

A compreensão desta disciplina é relevante por uma série de motivos que convém anotar. Primeiramente, a liquidação por arbitramento, que numa leitura estreita do Código Civil denotaria caráter residual – pois às poucas espécies de danos extrapatrimoniais cuja indenizabilidade ali vêm expressamente previstas ligam-se regras próprias de avaliação e liquidação – hoje apresenta-se, quantitativa e qualitativamente como a regra geral.

E assim é por uma dupla ordem de razões, seja em razão da ampliação da *fattispecie*, espalhada nas cláusulas constitucionais e na legislação especial, de um lado, seja, de outro, porque cuida-se de dar a devida importância às

lesões aos direitos da personalidade, chegando mesmo construção jurisprudencial recente a obstar o alcance restritivo da indenização tarifária do art. 51 da chamada “Lei de Imprensa” (Lei nº 5.250/67⁸⁸), que trata também da indenização do dano não-patrimonial quando perpetrado mediante meios de comunicação de massa⁸⁹.

Demais disto, sabe-se que, em matéria de responsabilidade civil vigora o princípio da dupla forma de reparação: ou a restituição *in natura* ou a indenização *stricto sensu*. A restauração *in natura*, dita específica, significa a reposição das coisas ao estado anterior do dano, a indenização em sentido estrito é a restituição pelo equivalente pecuniário.

No sistema tradicional da responsabilidade civil a pretensão para haver a indenização em dinheiro seria exercida apenas se a restauração em natura não pudesse ser feita, ou se ela não satisfizesse ao credor (Código Civil, art. 1534)⁹⁰, o que significa afirmar a centralidade

⁸⁶ “Liquidação do Dano”, *Revista dos Tribunais* 759/12.

⁸⁷ “Liquidação do Dano”, *Revista dos Tribunais* 759/12.

⁸⁸ O art. 51 estabelece tarifa cujo valor máximo para “cada escrito, transmissão ou notícia”, de dez salários mínimos nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém, aumentando o art. 52 da mesma lei, em dez vezes este valor no caso da responsabilidade civil da empresa que explora o meio de comunicação. Com integral razão afirma ARAKEN DE ASSIS: “O advento do art. 5ºm V e X da Carta em vigor colocou sob suspeita a recepção do art. 51 da Lei nº 5250/67 pela Constituição. A 3ª Turma do STJ, sob fundamento de que a ilícito ocorreu “maliciosamente, de forma insidiosa, por interesses mesquinhos, afastou tais limites, porque não teria sentido pretender que a regra constitucional que protege amplamente os direitos subjetivos privados nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse um tratamento discriminatório. E a 4ª Turma do STJ, tratando do valor do depósito recursal, previsto no art. 57, parágrafo 6º da Lei nº 5250/67, admitiu a revogação do art. 51 pela Constituição, e, concebido aquele para a indenização tarifária, estimou inaplicável a exigência”. (“Liquidação do Dano”, *Revista dos Tribunais* 759, cit., 16. Os acórdãos do STJ referidos são: 3ª T. STJ, REsp 52.842-RJ, 16.09.1997, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 27.10.97, p. 54.876, e 4ª T, Resp. 39.886 – SP, 22.09.1997, Rel. Min. Sávio de Figueiredo, RJSTJ 10(103)/245.

⁸⁹ Assim o Acórdão RESP 164421/RJ in DJ de 16/08/1999, p.00073 e RSTJ vol.128, p.372, Relator Min. Ruy Rosado de Aguiar, STJ, 4ª T. assim ementado: LEI DE IMPRENSA. Legitimidade ativa. Pessoa jurídica. Legitimidade passiva. Empresa e jornalistas. Valor da indenização.(...) 3. A indenização por dano extrapatrimonial decorrente de matéria divulgada através da imprensa, em ação de responsabilidade fundada no direito comum, não está limitada aos parâmetros do art. 51 da Lei nº 5.250/67.

⁹⁰ Art. 1534: - “Se o devedor não puder cumprir a prestação na espécie ajustada, substituir-se-á pelo seu valor, em moeda corrente, no lugar onde se execute a obrigação”.

da reparação em espécie e dizer que a indenização pelo equivalente pecuniário é meramente subsidiária⁹¹. Embora assim efetivamente tivesse sido o sistema pensado, hoje em dia essa afirmativa não resiste mais ao filtro da realidade. Na base da centralidade da restituição *in natura* está a ficção de que encontrando-se a vítima de volta ao *statu quo ante*, todo o dano foi apagado. A prática também demonstra que atualmente, quantitativa e qualitativamente, é a indenização em dinheiro, e não a restituição pelo equivalente que está a ocupar o “*papel central nas modalidades de reparação*”⁹².

É que o duplo modelo de reparação ajustava-se perfeitamente bem às lesões patrimoniais, a reparação específica sendo tida como a regra dominante também no direito comparado, como anota Araken de Assis lembrando o Código Civil português e o francês⁹³. Por outro lado, mesmo no que diz com a restituição pelo equivalente, o cálculo do montante apresenta, quanto aos danos patrimoniais, dificuldades contornáveis, pois tudo está no terreno da patrimonialidade.

Este modelo reparatório é posto em xeque com a consagração do dano não-patrimonial e, notadamente, com os atentados aos direitos da personalidade. Certas formas de reparação são tidas apenas “*aproximativamente*”⁹⁴ como restituição *in natura*: assim a retração de alguém ofendido em sua honra. Outras são contrárias à dignidade humana, em especial a regra do art. 1548 do Código Civil brasileiro, que presume dano ao que chama de

“honra” da mulher e, considerando-a “desonrada” presume a reparação pelo casamento, transformando este ato de afeto que é privilegiada expressão da autonomia privada na esfera existencial em mera forma de reparação de dano. Demais disto, a regra concede, como espécie de reparação substitutiva ao fato de o agressor sexual com ela não casar, um dote “*correspondente à sua própria condição e estado*” avaliáveis segundo condições claramente discriminatórias e afrontosas da dignidade feminina pois só teriam direito ao dote – conforme a regra, a meu juízo, inconstitucional –, a mulher que, se virgem e menor, fosse deflorada (inc. I), ou se, “*mulher honesta*”, fosse violentada ou aterrada por ameaças (inc. II), se seduzida com promessa de casamento (inc. III) ou se raptada (inc. IV).

Por isto é que na interpretação do malsinado art. 1548 razão tinha, já no início do século XX, João Luiz Alves, um dos primeiros exegetas do então nascente Código Civil, que a propósito do art.1548 observava: “*Estabelecendo o Cod., a obrigação de reparar o mal, no caso de estupro, se a mulher for honesta, teve por fim negar à deshonesta, vítima de estupro, qualquer direito? Não seria justo, nem seria humano. Por mais degradada que seja a mulher, resta-lhe sempre o direito de dispor livremente do seu corpo (...). Esta indemnização, certo, não pode ser a devida à mulher honesta, consistente no dote ou na reparação pelo casamento, mas terá de obedecer aos princípios gerais de direito, nos termos dos arts. 1549 e 1553*”⁹⁵.

⁹¹ ARAKEN DE ASSIS, “Liquidação do Dano”, *Revista dos Tribunais* 759, cit., 15.

⁹² ARAKEN DE ASSIS, “Liquidação do Dano”, *Revista dos Tribunais* 759, cit., 15.

⁹³ ARAKEN DE ASSIS, “Liquidação do Dano”, *Revista dos Tribunais* 759, cit., 15.

⁹⁴ A expressão é de PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito Privado, T. 26, cit., parágrafo 3.108, 35, também citado por ARAKEN DE ASSIS, “Liquidação do Dano”, *Revista dos Tribunais* 759, cit., 15.

⁹⁵ Código Civil da República dos Estados Unidos do Brasil, 1ª edição, Ed. F. Briguiet e Cia, Rio de Janeiro, 1917, 1087 e 1088.

O que aí se afirmava não era apenas o clamor aos princípios gerais de direito, a isonomia, a equidade ou a razoabilidade, mas, por igual, a forma da liquidação, a ser obtida pela via do arbitramento em todos os casos não especificamente previstos. Esta forma, se residual naquela época, hoje cresce em importância quando “a tendência contemporânea elimina a formulação de regras prévias, deixando ao arbítrio do juiz a avaliação do dano”⁹⁶.

A liquidação por arbitramento seria, no meu entender, a solução mais adequada ao tratamento do dano à pessoa⁹⁷ se a jurisprudência brasileira tivesse a compreensão das formas de atenuação dos riscos que a liquidação por arbitramento pode acarretar à segurança jurídica e à isonomia⁹⁸. Estes serão superados apenas na medida em que os juízes compreendem a função das cláusulas gerais, o que é dizer, quando lograrem alcançar os modos de operá-las, viabilizando a ressystematização das decisões que, atomizadas, díspares em seus fundamentos, provocam quebras no sistema e objetiva injustiça, ao tratar desigualmente casos similares.

O ideal, nesta matéria, seria o estabelecimento de “grupos de casos típicos” conforme o interesse extrapatrimonial concretamente lesado e consoante a identidade ou a similitude da *ratio decidendi*, em torno destes construindo a jurisprudência certos tópicos ou parâmetros que pudessem atuar, pela pesquisa do precedente, como amarras à excessiva flutuação do entendimento jurisprudencial. Facilitada, assim, estaria a pesquisa do precedente e a elaboração, progressiva e aberta de tópicos, nos sentido viehwegiano, obtendo-se, pouco a pouco a ressystematização das *fattispecies* já previstas e permitindo-se a incorporação de novas hipóteses sem que fosse necessário recorrer à punctual intervenção do legislador⁹⁹.

Assim, sendo progressivamente formados os “tópicos reparatórios” dos danos à pessoa poderiam os juízes furtar-se aos riscos do imobilismo decorrente da fixação legal do montante indenizatório, podendo melhor atender a tarefa de ponderação de valores que habitualmente ocorre na tutela da personalidade, até pela freqüente possibilidade de colisão de prin-

⁹⁶ Assim a opinião de ARAKEN DE ASSIS, “Liquidação do Dano”, cit., e também a de CARLOS ALBERTO BITTAR, que cita. Não é, porém, uma tendência isolada, uma vez que a ela contrapõe-se a da fixação de tarifas, ou “tetos”, como no projetado Código Argentino de 1998.

⁹⁷ Observa ARAKEN DE ASSIS que esta forma harmoniza-se ainda com a dicção do art. 606, inciso II, do CPC, pela qual far-se-á a liquidação por arbitramento “quando o exigir a natureza do objeto da liquidação”. Contudo, por vezes a jurisprudência prefere as facilidades do estabelecimento do quantum fixo, como expresso no Ac da 1ª C. Civ. do TJRJ de 19.11.91, Rel. Des. Carlos Alberto Menezes Direito, in RDTJ RJ 14/190.

⁹⁸ O que tem ocorrido nos casos de injúria e calúnia, para as quais é prevista, no Código Civil, a adoção da multa criminal como parâmetro. Contudo, a mudança no valor da pena criminal enseja indenização de até 10.800 salários mínimos, ou seja, mais de um milhão e quinhentos mil reais, aproximadamente um milhão de dólares. Explica ARAKEN DE ASSIS: “Ampara a conclusão complexo raciocínio. O art. 49 do Código Penal reza que a pena máxima de multa corresponderá a 360 dias multa, e, segundo seu parágrafo primeiro, o valor do dia multa é de cinco salários mínimos. Logo, 360 X 5 + 1.800 salários mínimos. E a multa, conforme consta do art. 60, parágrafo 1º do CP poderá ser triplicada, considerando a condição econômica do réu. Assim, o valor máximo da pena criminal de multa é de 5.400 salários mínimos e, permitindo o art. 1.547 parágrafo único do CC a aplicação do seu dobro, chega-se à aquele valor assombroso”. (“Liquidação do Dano”, cit., 18).

⁹⁹ Para o exame das funções e modos de operação das cláusulas gerais, ver o meu “A Boa Fé no Direito Privado”, cit., 330 a 377.

cípios, como ocorre, paradigmaticamente, nos casos em que a tutela à vida privada choca-se com a liberdade de expressão artística ou de informação jornalística. Por este motivo, a razão novamente está com Ruy Rosado de Aguiar Júnior quando ensina que na concretização das cláusulas gerais “sobressai a responsabilidade do juiz de agir com extremo cuidado ao estabelecer tal norma de dever, que ele usará como parâmetro para resolver o caso”, cabendo-lhe ainda “nesse trabalho criador (...) mais do que em outras ocasiões fundamentar as suas decisões”¹⁰⁰.

Outras lesões a interesses não patrimoniais, como o dano à vida privada trazem ainda maiores dificuldades, o que tem levado à busca de soluções complementares à indenização do dano, tal como, na condenação à restituição *in natura*, a cumulativa imposição de *astreintes*, para convencer a parte vencida a prestar rapidamente o devido.

Na França, desde 1970 vigora a Lei de 17 de julho que, modificando o art. 9 do *Code Civil* e determinando que “*chacun a droit au respect de sa vie privée*”, permite ao juiz, “*sans préjudice de la réparation du dommage subi (de) prescrire toutes mesures, telles que séquestre, saisie et autres, propres à empêcher ou à faire cesser une atteinte à l'intimité de sa vie privée*”, possibilitando, ainda, que estas medidas, se houver urgência, possam ser “*ordonnés en référé*”.

Entre nós, Sérgio Arenhard, em trabalho recente, verbera a “insuficiência” dos instrumentos tradicionais do processo e nomeadamente da sentença condenatória, para fazer frente,

com eficiência, a certos tipos de lesão extrapatrimonial, notadamente os danos à vida privada, porque, nesses casos, poderá não haver “*sentido prático*” na sentença pela qual o juiz declarou o demandado responsável pelo ressarcimento de danos e o condenou a indenizá-lo¹⁰¹. Nessas situações, pondera o autor, com “*pouco mais do que inútil é um provimento capaz, apenas, de exortar (ou convidar) alguém a adimplir determinada prestação*” (pois), “*ultima ratio, a função da sentença condenatória é, tão-somente, abrir ao vencedor o acesso ao processo de execução; é formar um título executivo*”¹⁰².

Na Argentina, o Projeto de 1998 ocupa-se especialmente da tutela preventiva aos danos, conferindo o art. 1586 a atribuição, ao tribunal, para “*disponer, conforme a las circunstancias, medidas tendientes a evitar la producción de daño futuro*”, podendo aplicar, conforme o art. 1587, uma multa civil a quem “*actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva*”, fixando-se seu montante conforme as circunstâncias do caso.

As *astreintes* estão previstas no art. 1590, que confere ao tribunal o poder de impor, ser requerido pela parte, e em seu benefício, “*condenaciones pecuniarias, que pueden ser progresivas, a quien no cumple los deberes jurídicos impuestos en una resolución judicial. Son graduadas teniendo en cuenta la situación patrimonial del destinatario, y pueden ser reajustadas, o dejadas sin efecto, si éste desiste de su resistencia y justifica total o parcialmente su proceder*”.

¹⁰⁰ “O Poder Judiciário e a Concretização das Cláusulas Gerais: Limites e Responsabilidade”, Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 18, 2000.

¹⁰¹ “A Tutela Inibitória da Vida Privada”, cit., 161.

¹⁰² “A Tutela Inibitória da Vida Privada”, cit., 161 e 162.

A menção às *astreintes* leva à consideração do caráter da reparação nos danos à pessoa, introduzindo o tema — entre nós ainda recoberto de “*idées recues*” — do caráter de exemplaridade da indenização por danos à pessoa.

B. O Caráter Punitivo da Condenação às Perdas e Danos

Quando, no Direito, certo instituto é refuncionalizado para atender novas necessidades, ou a circunstâncias que, mesmo existentes, não eram consideradas dignas de tutela, é preciso que a doutrina não se aferre a dogmas que bem vestiam tão só a função antiga restando, na nova, como roupas mal cortadas, em massa produzidas. É precisamente o que ocorre com a insistência de atribuir-se à responsabilidade civil, como se integrasse a sua própria natureza, um caráter estritamente reparatório, sem nenhum elemento de punição ou de exemplaridade.

Por vezes é melhor ser eterno do que ser moderno, como afirmou o poeta¹⁰³, buscando, na História, os sinais que permitem compreender o presente e visualizar o futuro. “*Cercatore di segni*”¹⁰⁴, quem compreende o Direito pela História (e haverá outra maneira de compreendê-lo, e não apenas aplicá-lo?) deve buscar no tempo que não é só linear cronologia — é superposição e recuperação, é signo e indicação —, os modelos constitutivos daqueles “*momentos dialéticos que hay que poner en*

contacto y conexión com el patrimonio del que somos portadores”¹⁰⁵.

Em 1947, quando Boris Starck publicou na França a sua tese *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*¹⁰⁶ restou praticamente isolado porque sublinhou o caráter sancionatório da reparação a certos bens de vida, sanção perspectivada desde uma finalidade de prevenção e repressão de condutas reprováveis. Apontava então o autor às diversas manifestações do caráter repressivo da responsabilidade, exemplificadas, no ordenamento francês, pela tendência do juiz a aumentar a indenização no caso de o dano ter sido produzido por culpa grave, ou, ao inverso, de reduzir proporcionalmente o valor no caso de culpa concorrente da vítima.

O *éclat* que acompanhou a tese de Starck deveu-se à sobrevivência de um dogma, qual seja, o que afirmara o caráter puramente restitutivo da reparação civil. Esta não seria jamais contaminada por nenhum elemento repressivo ou punitivo desde que ultrapassado o estágio das sociedades arcaicas. Mais de cinquenta anos passados do trabalho de Starck e a mais de um século da Pandetística alemã caberia ainda razão a von Jhering, segundo o qual a história da pena privada é a história da sua decadência?

Estudos mais recentes têm demonstrado a relatividade, quanto ao menos, do célebre dito de von Jhering. Já nos anos 30 do século trans-

¹⁰³ CARLOS DRUMMOND DE ANDRADE, “Eterno”, in Antologia Poética, Ed. Sabiá, 5ª edição, 237.

¹⁰⁴ PAOLO GROSSI, “Página Introdutiva” ao volume 27 dos “Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno”, Milão, Giuffrè, 1998.

¹⁰⁵ PAOLO GROSSI, “Modelos Históricos y Proyectos Actuales en la Formación de un Futuro Derecho Europeo”, discurso pronunciado ao receber o Título de Doctor Honoris Causa da Pontificia Universidad Católica del Perú, publicação Cuadernos del Archivo de la Universidad, 13, Lima, 1999, 33.

¹⁰⁶ Thèse, Paris, 1947. Veja-se, para uma síntese, do mesmo autor, “Domaine et fondement de la responsabilité sans faute”, Rev. Trim. Dr. Civ. 1958, 475-515, e Droit Civil – Obligations, LITEC, Paris, 1972, 34 e ss.

curso Pasquale Voci¹⁰⁷ afirmava a vitalidade que o direito pretoriano conferia à pena privada no período clássico. Pena privada, entenda-se bem, não como pena aplicada “pelos privados” ou como resultado de uma “justiça privada”, mas como a forma de punição atrelada ao *delictum*, conceito originalmente próprio ao *ius civile* (mais tarde estendido ao *ius honorarium*) e por isto distinto do *crimen*, ato contrário ao Direito castigado pelo Direito Penal público¹⁰⁸. Recorro a Max Kaser: “*las consecuencias de carácter jurídico privado que dimanam de un delito, rebasan la esfera propia de los actualmente llamados actos ilícitos, en cuanto que en el correspondiente proceso civil no sólo se pretende obter un resarcimiento del daño patrimonial sufrido, sino también una pena, esto es, un mal que se inflige al autor, com el que expie su delicto y procure satisfacción al ofendido*”¹⁰⁹.

Não há como não relacionar estas palavras com o teor da fundamentação de acórdão relativamente recente do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul segundo o qual a natureza da reparação do dano moral consiste em um “*misto de satisfação compensatória à vítima e de sanção ao causador do dano, ou seja, deve-se, com a condenação pecuniária, propiciar à vítima uma satisfação, um prazer, que*

sirva de lenitivo à amargura que lhe foi imposta, ao mesmo tempo em que se pune civilmente o lesador (SIC), buscando até mesmo efeito repressivo e pedagógico”¹¹⁰.

Se no Brasil este caráter vem exposto, mas não comentado ou, ao menos, não explicitamente relacionado ao modelo romano, na Alemanha Bernd-Rudinger Kern, catedrático de Direito Privado, em artigo recentemente traduzido para o português assenta, no título, a “função de satisfação na indenização do dano pessoal”, para logo no sub-título questionar provocativamente: “*um elemento penal na satisfação do dano*”¹¹¹.

A provocação já vem de certo modo respondida no primeiro parágrafo do texto: ao referir o *leading case* na matéria — a decisão do Grande Senado do ano de 1955, seguida uniformemente pela doutrina e jurisprudência — sublinha o autor os seus fundamentos, indicativos de que a pretensão deduzida do art. 847 do BGB (que assegura indenização para certos tipos de danos extrapatrimoniais) não configura uma pretensão comum de indenização por perdas e danos, antes constituindo “*uma pretensão de natureza peculiar, com dupla função: propiciar ao lesado uma compensação adequada à injustiça que sofre e, ao mesmo tempo, levar*

¹⁰⁷ Caráter que vem afirmado desde o estudo já vetusto de PASQUALE VOCI, “Risarcimento e Pena Privata nel Diritto Romano Classico”, Milão, Ed. Giuffrè, 1939, em especial pp. 185 e ss até o mais recente trabalho do romanista francês GUILLAUME CARDASCIA, “Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain”, in “La Responsabilité à travers les Ages”, MARQUERITE BOULET-SAUTEL et alii, Economica, Paris, 1989, 1-43.

¹⁰⁸ FRITZ SCHULZ, Derecho Romano Clásico, Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1960, 547 ss. Também MAX KASER, Derecho Romano Privado, Reus, Madri, 1968, 224 e ss.

¹⁰⁹ KASER, Derecho Romano..., cit., 224.

¹¹⁰ xAp. Civ. n° 196032965 – 9ª Câm. Civ. – Porto Alegre, TARS, Rel. Juiz Antônio Guilherme Tanger Jardim, Revista Julgados do TARGS n° 98/407 e 408.

¹¹¹ “A função de satisfação na indenização do dano pessoal -um elemento penal na satisfação do dano?”, in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 17, Porto Alegre, 1999, 25-46, tradução de Lélío Candiota de Campos, publicado originalmente in Archiv für die civilistische Praxis, vol. 191, ano 1991, 247-272.

em conta que o autor do dano deve ao ofendido uma satisfação pelo que lhe fez"¹¹².

Kern menciona essas duas finalidades, reconhecidas no direito alemão¹¹³, interpondo, contudo, a tradicional objeção: a de que a função de satisfação "se movimenta perigosamente perto da pena privada". À função satisfatória agregar-se-iam elementos propriamente punitivos?

A esta objeção responde o civilista alemão com o entendimento que tem sido seguido pelo BGH (Bundesgerichtshof, o Supremo Tribunal Federal) que em 1975 assentou que "um aprimorado conceito de expiação, não necessariamente criminal no sentido do regramento legal (...) impõe que um pesado prejuízo causado ao ser humano não deve permanecer sem uma reparação, no mínimo simbólica"¹¹⁴, reparação que exige "expiação de modo simbólico", o que significa, segundo

Kern, que "o pagamento deve atingir os ofensores como um sacrifício palpável"¹¹⁵, atuando a satisfação pecuniária em primeira linha contra o ofensor, mas secundariamente de modo preventivo, também sobre o público¹¹⁶.

É, em linha de princípio, o entendimento adotado em parte da jurisprudência brasileira¹¹⁷ e acolhido na doutrina¹¹⁸, que entretanto não relacionam este caráter de expiação e satisfação diretamente com a pena privada romana, mas com o instituto dos *punitive damages*, ou *exemplary damages* do direito norte-americano, cabíveis notadamente nos casos de danos extrapatrimoniais coletivos¹¹⁹.

De toda a forma, ao fundar o valor da verba na relação entre a necessidade de satisfazer, de um lado, a vítima, e, de outro, impor expiação, sacrifício palpável ao lesante, ultrapassa-se outro dogma, conexo ao do caráter puramente restitutivo da responsabilidade civil,

¹¹² "A função de satisfação na indenização do dano pessoal -um elemento penal na satisfação do dano?", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, vol. 17, 25, com a indicação da fonte original na nota 4.

¹¹³ "A função de satisfação na indenização do dano pessoal -um elemento penal na satisfação do dano?", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, 26.

¹¹⁴ Apud Bernard-Rüdiger Kern, "A função de satisfação na indenização do dano pessoal -um elemento penal na satisfação do dano?", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, cit., 30.

¹¹⁵ "A função de satisfação na indenização do dano pessoal -um elemento penal na satisfação do dano?", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, cit., 30.

¹¹⁶ "A função de satisfação na indenização do dano pessoal -um elemento penal na satisfação do dano?", in Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, cit., 30.

¹¹⁷ Vg, o acórdão proferido pelo TJRS na Ap. Civ. n.º 596.210.840, 5ª Câm. Civ., j. 21.11.96, rel. Des. Araken de Assis, in RT 738/402, assim ementado: "O banco credor é responsável pelo dano moral provocado contra homônimo, executado em lugar do verdadeiro obrigado, pois a execução se realiza no seu interesse, devendo o valor da indenização atender ao exemplary damages".

¹¹⁸ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Responsabilidade Civil", n. 49, 67, Rio de Janeiro, 1989, CARLOS ALBERTO BITTAR, "Reparação civil por danos morais", São Paulo, 1993, 202.

¹¹⁹ Também a doutrina argentina sinaliza neste sentido, Veja-se a relação apresentada por Ricardo Luis LORENZETTI ao Colloquio Internazionale "L'unificazione del Diritto in América Latina: principi e regole comuni in materia di responsabilità extracontrattuale.

qual seja, a não-incidência, na fixação do quantum, do dever de proporcionalidade, também dito princípio da proporcionalidade.

O Projeto do Código Civil prevê no parágrafo único do art. 946 regra que atenua o princípio da identidade entre o dano e o quantum da reparação, estatuinto: "Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização", determinando o art. 947 que, na hipótese de concorrência de culpa entre a vítima e o autor do dano, "a sua indenização será fixada tendo-se em conta a gravidade de sua culpa em confronto com a do autor do dano".

Não muito diverso é o panorama do direito argentino, ao menos do direito projetado¹²⁰. O art. 1621 do Projeto Alterini, ao traçar regras gerais de reparação, distingue entre os quatro modos diversos, segundo o caso, quais sejam, a reposição ao estado anterior ao dano; a restituição do que o responsável está obrigado a devolver, do que obteve indevidamente; o ressarcimento do valor do dano patrimonial e a satisfação do valor do dano extrapatrimonial (alínea d). O termo "satisfação" volta a ser empregado no art. 1640, que trata especialmente do dano extrapatrimonial e que estatui: "El acreedor tiene derecho a requerir que el daño extrapatrimonial sea satisfecho, total o parcialmente, mediante el pago de dinero, o de otro modo distinto. El tribunal, según las circunstancias, dispone lo que corresponde; en los casos de lesiones a la dignidad personal puede ordenar la publicación de la sentencia".

À vista do caráter satisfatório, e não restitutivo, os tribunais têm, em certas circunstâncias, atribuições para determinar a atenuação da responsabilidade, por razões de equidade, conforme preceitua o art. 1641, segundo o qual

o Tribunal tem essa competência em certas hipóteses, desde que fundado em razões de equidade, considerando, entre outros fatores, a situação patrimonial do devedor, "y, en su caso, a la circunstancia de que el damnificado haya percibido la indemnización proveniente de un seguro personal", ou se "el hecho dañoso fue causa de ventajas para el acreedor", cabendo também a atenuação na responsabilidade por fatos involuntários e nos demais casos previstos em lei.

Parece assim evidente que a tendência, nos diversos ordenamentos, é agregar às funções compensatória — ou simbolicamente compensatória — e punitiva, a função pedagógica, ou de exemplaridade, de crescente importância nos danos provocados massivamente, seja no âmbito das relações de consumo, seja no dano ambiental, ou nos produzidos pelos instrumentos de *mass media*. Este caráter de exemplaridade guarda, incontrovertidamente, nítido elemento penal, ao menos se tivermos, da pena, a lata e até intuitiva definição que lhe foi atribuída por Grotius: "Malum passionis quod infligitur propter malum actiones"; ou seja, pena é o padecimento de um mal pelo cometimento de outro.

Os traços que procurei aqui reunir desenham o tema "danos à pessoa" como uma daqueles paradoxos que a História frequentemente propõe: traz a perplexidade dos novos problemas, axiológicos ou tecnológicos, fazendo repensar questões que pareciam sepultadas pela História, como a introdução de elementos penais na responsabilidade civil e assim suscitando o que o romanista alemão Rolf Knutel, Professor na Universidade de Bonn chamou de "retorno das figuras jurídicas"¹²¹. Um "retorno", é bem verdade, entendido na acepção histórica, que se dá sempre no tempo presente, jamais é simples "transposição" porque "Direito" é uma palavra que só se realiza no seu tempo.

¹²⁰ Veja-se a exposição de ROBERTO LOPES CABAÑA, no mesmo Colloquio.

¹²¹ "Unidad Jurídica Europea y Derecho Romano", in "Derecho y Argumentación Histórica", cit., 120.

O Limite Constitucional da Autonomia Privada: O Princípio da Solidariedade Social como Limite à Liberdade Contratual

Luciane Lourdes Webber Toss

SUMÁRIO

- I. Introdução.*
- II. A Tutela da Autonomia Privada – Panorama Histórico - 2.1 Conceito e Evolução 2.2 A influência do Code no Direito Privado Brasileiro.*
- III. Autonomia Privada na Constituição Brasileira - 3.1 Autonomia Privada como Tutela da Liberdade; 3.2 Liberdade Individual como exercício da iniciativa e do interesse privado.*
- IV. A Igualdade como Pressuposto da Liberdade Contratual - 4.1 O Princípio da Solidariedade Social como limite dos pactos realizados entre os particulares; 4.2 O Princípio da Solidariedade Social como limite e garantia da liberdade e igualdade contratual.*
- V. A Constituição como Forma de Intervenção Pública no Domínio Privado - 5.1 O exercício da liberdade contratual vinculada ao Princípio da Solidariedade Social; 5.2 O papel do Estado na garantia do solidarismo contratual.*
- VI. Conclusão.*
- VII - Referências Bibliográficas.*

I - INTRODUÇÃO

A autonomia privada surgiu como grande argumento para garantir e justificar o poder proprietário da sociedade do século XVIII. Como instrumento fundamental para o seu exercício surge o Contrato e com ele a codificação das relações sociais e econômicas. O poder privado é ilimitado e legitimado.

Os conceitos de autonomia privada e liberdade contratual só seriam questionados dois séculos depois, com a Estadualização da sociedade e com o surgimento das Constituições. O rejuvenescimento das teorias impostas por novas realidades sócio-econômicas, teorias estas influenciadas por visões sociais mais inclusivas do que as do Estado Liberal Burguês, denota uma evolução na própria Ciência Jurídica como um todo. A realidade sempre operou-se mais dinâmica do que o direito. Os princípios constitucionais, como regras de conduta, fazem com que os ordenamentos jurídicos possam adequar-se mais satisfatoriamente aos fatos.

Neste pequeno estudo abordaremos as idéias clássicas da autonomia privada sob a ótica de sua necessária limitação para chegarmos

ao reconhecimento de que as desigualdades sociais e econômicas punham em cheque os conceitos de liberdade/igualdade e autonomia da vontade. O contrato e os interesses privados devem levar em conta a eticidade das relações estruturais da sociedade e submeter-se ao fim social que é imposto pelo poder público, através de sua Constituição Federal: o da solidariedade social.

II - A TUTELA DA AUTONOMIA PRIVADA - PANORAMA HISTÓRICO

Durante o período da Revolução Francesa, séc. XIX, a autonomia da vontade ganha uma dimensão objetiva e passa a ter caráter paradigmático para o direito. A vontade é expressão da liberdade e da igualdade dos homens perante o Estado e a sociedade. Este ideal de homem livre e capaz de traçar seus próprios objetivos e de vincular-se, conscientemente, será a base teórica da codificação francesa que influenciará, sobremaneira o Código Civil Brasileiro.

2.1 Conceito e Evolução

Quem desprende o ser humano de uma concepção absolutamente metafísica, ou seja, de uma conceituação completamente teológica foi Hobbes em *Leviatã*. Para Hobbes o indivíduo igual, livre, geral, sujeito a impulsos naturais é a chave para a compreensão do poder político. O homem livre possuía vontades próprias e poderia lançá-las vinculando outras vontades. Surge a teoria voluntarista e contratualista pois a forma de expressão da vontade era o

pacto. Para o voluntarista o direito é sempre uma consequência da vontade, seja a de Deus – para São Tomas de Aquino, seja a do príncipe – para Hobbes, seja a do legislador – para Rosseau. Daí porque ao voluntarista não cabe pensar o direito e sim obedecê-lo. É com Locke e, mais tarde, Rosseau que a autonomia da vontade irá transformar-se em fonte do direito para o Estado Moderno¹.

Quando Rosseau, um dos mais importantes teóricos do Estado Liberal-Burguês e da Tutela da Autonomia da Vontade, em seu Contrato Social, exprime a lei como uma declaração pública e solene da vontade geral, estabelece o primeiro e mais importante paradigma jurídico da época: o da vontade geral, que será aplicado na sociedade moderna através do Princípio da Autonomia da Vontade. A base da teoria voluntarista vem de uma visão radical da liberdade como direito natural do homem. Se o homem é naturalmente livre, a maior expressão da liberdade humana é seu livre-arbítrio, sendo este expressado através da vontade. Portanto, a vontade é autônoma e é a mais clara manifestação da liberdade do homem. Sendo assim, os direitos naturais são direito subjetivos, inerentes aos homens. Para o homem racional, os direitos subjetivos estão ligados a sua manutenção, personalidade, defesa e desenvolvimento. O direito dos particulares, ou direito privado surge como uma forma de desenvolvimento da personalidade de cada um, de forma ordenada, pacífica e harmônica².

No período pré-revolução francesa, o controle e domínio da autonomia privada, assim como pressupunha Hobbes, estava nas mãos do Estado, que através das leis organizava o ina-

to direito subjetivo. Com o advento da Revolução Francesa a tripartição de poderes proposta por Montesquieu tem fôlego suficiente para dividir o poder político em Executivo, Parlamento e Judiciário, sendo que as leis seriam a expressão da vontade geral mas, preservando seu caráter autônomo. A nova ordem constituída pelos franceses estabelecia os ideais de Liberdade, Igualdade e Fraternidade para o Estado e os princípios de liberdade, igualdade e propriedade para o Direito e, conseqüentemente para a sociedade.

Conforme Ana Prata, o princípio da autonomia da vontade, até então, não era universal e sim entre proprietários, pois pressupunha um sujeito de direito e uma propriedade a ele destinada. Era necessário, para a sobrevivência do conceito, que se universalizasse o princípio para que fossem integrados novas formas de propriedade. Surgem na Revolução Industrial, os trabalhadores, através da implantação do modo de produção capitalista, como único bem de propriedade a força de trabalho. Este era o seu bem proprietário. A força de trabalho passa a ser comercializada, caracterizando-se assim a liberdade sob a ótica burguesa. *Todos passam necessariamente a ser propriedades, ou de bens que lhe permitam subsistir, ou de força de trabalho que vendam*. A propriedade, conceitualmente mais abrangente, não restringindo-se somente a *res*, passa a ser o bem absoluto que irá reger todas as demais relações da vida privada³.

Mas, para o regime econômico (burguês) que surgia, era necessário mecanismos que garantissem, além de sua permanência, seu desenvolvimento, quais sejam: um direito estável que garantisse a estabilidade do mercantilismo,

um direito intereuropeu que pudesse propiciar o comércio entre as novas nações e uma abertura suficientemente adequada aos particulares para estabelecer livremente seus negócios jurídicos. Assim, cria-se uma codificação específica para regulamentar a liberdade negocial dos proprietários. Entre 1817 e 1850 a Europa irá fundamentar a teoria do Estado Liberal que teve grande ajuda do *Code – Código Civil Francês* (1804) publicado no Império Napoleônico⁴.

2.2 A influência do Code no Direito Privado Brasileiro

Rodotá afirma que a grande contribuição do *Code Francês* ao Estado Liberal e ao Direito de Propriedade foi propiciar, não o acesso da burguesia à propriedade privada, mas sim, as formas de utilização desta propriedade através da inserção de tais bens *no fenômeno da produção e da troca*⁵.

O Estado liberal-burguês pressupunha requisitos necessários para sua existência: 1º) a separação entre a sociedade política – antes Império, com suas instituições e a sociedade civil – com o poder dos privados de estabelecer obrigações impositivas por meio dos contratos; 2º) divisão entre as atribuições do Estado – poderes públicos e as atribuições dos particulares – poderes privados; 3º) a idéia de que o Estado era um contrato geral e que aos particulares cabia a plena participação na ordem pública baseada nos contratos privados, que exprimem a maior liberdade possível; 4º) a legalização do direito, ou seja, o direito visto como lei regido pelo Estado e livremente estabelecido pelos particulares e 5º) a justiça estatal como a única capaz de dirimir conflitos nas vidas dos particulares.

¹ HESPANHA, Antônio Manuel. *Panorama Histórico da Cultura Jurídica Europeia*. Ed., Lisboa: Fórum da História, Publicações Europe-América, 1998.

² ROSSEAU, Jean-Jaques. *O Contrato Social (Princípios de Direito Político)*. Tradução de Antônio de P. Machado. São Paulo: EDIOURO.

³ PRATA, Ana. *A tutela constitucional da autonomia privada*. Coimbra, Almedina, 1982.

⁴ HESPANHA, *idem*.

⁵ PRATA, *idem*.

A publicação de um instrumento normativo que garantisse a não intervenção estatal nos direitos privados dos particulares, com a criação de uma esfera estritamente privada nas relações sociais, garantiria a livre utilização da propriedade privada. É o que ocorre em 1804 com a publicação do Código Civil Francês.

Instaura-se a legalidade absoluta. Todos são livres e iguais perante a lei. Judith Costa afirma que a mesma submissão do homem à Deus, na Idade Média, era reproduzida em relação à lei no *Code*. Tal prestígio legal tinha duas origens: a) as teorias iluministas de Rousseau, Montesquieu e Voltaire - Teoria da Vontade Geral e b) na sua generalidade que traduzia o ideal de igualdade. A codificação francesa estabelece a *constituição da vida privada* vez que ao Estado Liberal não era atribuída garantia de intervenção na vida dos particulares, não tendo a vida pública a relevância que contemporaneamente conhecemos⁶.

No Brasil, como bem observa Nelson Werneck Sodré, o início da segunda metade do século XIX contava com uma ascensão exportadora, proveniente da expansão agrícola e da economia coletora na Amazônia. O capitalismo começava lenta e gradualmente e com ele a possibilidade de uma industrialização que só foi crescente no início do século XX. Mesmo assim, o parque industrial era disperso, a zona geográfica mercantil próxima, a manufatura e o artesanato mantinham grande peso na economia. Os trabalhadores assalariados começam a surgir com grande força após a I Guerra Mundial. Do final do século XIX até meados de 1920, houve decomposição do escravismo e lenta criação de mão-de-obra assalariada. Sodré observa que afirmar que

a sociedade, no Brasil de 1916, era *essencialmente agrícola e exportadora* já não definia fielmente o quadro mas, o fato é que, mesmo a industrialização, passava pela inauguração de usinas no nordeste o que necessitava de um grande contingente de mão-de-obra agrícola⁷.

É neste contexto de desenvolvimento industrial mas, com contornos essencialmente agrícolas, que Clóvis Beviláqua, professor de direito comparado, elaborou o Código Civil Brasileiro. Beviláqua irá servir-se da estrutura do Código Alemão (BGB) - Parte Geral e Parte Especial mas, materialmente, do Código Civil Francês. Após a independência do Brasil, em 1822, determinou-se que até a publicação de uma legislação pátria, utilizariam-se as normas portuguesas vigentes. Em 1867, com a publicação do Código de Seabra, em Portugal, baseado no Código Francês, surge emergente necessidade da criação de um Código Civil e Criminal com sólidas bases na justiça e na equidade. Beviláqua, substituindo Teixeira de Freitas inicia, em 1872, a codificação civil no Brasil. O Código Civil Brasileiro, cujo início data de 1899, seria votado em 1912 entrando em vigência, somente, na data de 1 de janeiro de 1917.

A necessidade de uma codificação civil no Brasil, para Beviláqua, estava ligada a idéia de ordem do sistema. Respeitava e acreditava nos ideais de *consciência individual, igualdade de todos perante a lei e livre atividade*. O Código limitaria o arbítrio do poder e garantiria a segurança dos interesses. Além das influências do centralismo, do bartolismo e da sistemática de Teixeira Freitas, sem dúvida a maior influência sofrida foi a do Código Francês. A materialidade do Código Civil é de conteúdo

liberal quanto às manifestações da autonomia individual. A vontade, subjetiva, é considerada inderrogável e os efeitos do pacto como acordo destas vontades, assim como no Código Francês, vinculam os privados entre si. É o *pacta suum servanda*: o contrato deve ser cumprido por ser acordo de vontades. O princípio da autonomia da vontade é formalizado e fará parte da vida obrigacional dos particulares, sem qualquer interferência do Estado. Não há qualquer abertura para as teorias que já eram discutidas na Europa, muito antes da publicação do Código Civil Brasileiro, tais como a Teoria da Confiança de Von Büllow e a Teoria Preceptiva de Emílio Betti⁸.

A inexistência de classe média, em um país de transitoriedade econômica, da classe rural para a urbana, não acolheu em sua codificação a possibilidade da *rebus sic stantibus* que tinha origem na Teoria da Imprevisão, onde os contratos podem ser alterados se a situação das partes também o for, nem tampouco os contratos de adesão que já existiam na época. O abandono a esta neutralidade jurídica proposta pela codificação brasileira inicia-se ainda no século XX, pós II Guerra Mundial. Havia mudanças nas relações entre capital e trabalho e entre proprietários e propriedade privada. O Código se demonstrava insuficiente para responder a esta nova realidade social.

A professora. Carmem Lúcia aponta a publicação dos Estatutos como tentativas (bem sucedidas) de adequar a legislação à realidade social. O país estava deixando a realidade rural para assumir uma realidade econômica urbana e assim, a população via-se compelida a participar dos negócios que envolviam a pro-

priedade privada. O sistema legal deveria incluir, através de leis que completassem o conteúdo codificado, os trabalhadores que começariam a utilizar-se de locações e de aquisição de terrenos financiados (à prestação). Tratava-se de *descentralizar o sistema de direito privado*. Era o retorno do Direito Civil às suas raízes romanísticas, criar um ambiente legal que favorecesse um conceito de cidadão no direito civil⁹.

III - AUTONOMIA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA

A dicotomia gerada pela noção legalista-individualista (que pressupunha o afastamento do Estado da relação entre particulares) e a publicação de leis especiais (Estatutos) reconhecendo a desigualdade nas operações privadas da propriedade (com nítida interferência do Estado objetivando uma diminuição das diferenças econômicas interpessoais) desembocava na necessidade de garantir uma legislação que socializasse a intervenção do Estado de forma mais genérica. O Estado protegeria as relações privadas mas, os particulares deveriam obedecer um domínio de esfera pública.

Vários instrumentos legais foram publicados naquela época, dentre eles a CLT, garantindo limites à autonomia privada dos empregadores; o Estatuto da Terra, impondo à propriedade uma função social; as leis sobre condomínios em edificações, locação de prédios e o parcelamento do solo urbano, impondo flexibilidade ao cumprimento das obrigações impostas.

⁸ RAMOS, Carmem Lúcia Silveira. *A constitucionalização do direito privado e a sociedade sem fronteiras*. In. FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 3-29.

⁹ Art. 3º, I, CF/88 - *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária.*

⁶ COSTA, Judith Martins -, *A Boa-Fé no Direito Privado*. São Paulo, Ed. RT, 1999.

⁷ COSTA, Judith Martins -, *Crise e Modificação da Idéia de Contrato no Direito Brasileiro in Revista da AJURIS*, nº 58, Porto Alegre, AJURIS, 1992, p. 56-86.

Todos estes instrumentos, bem como, o interesse em dotar de valor social as normas do sistema jurídico desembocam na Assembléa Constituinte de 1986 e passam a condicionar, ao menos em parte, a elaboração da nova Constituição Brasileira. A Constituição de 1988 acaba por congrega os anseios de adaptação da realidade social brasileira ao seu sistema legal. A recepção de novos conteúdos materiais (função social da propriedade, família como um conteúdo único e não hierarquizado) e a inclusão de novas figuras jurídicas (como o consumidor – alterando as relações contratuais) estabelece um novo conceito de liberdade e igualdade nas relações, que deixam de ser interpessoais e passam a ser transindividuais.

3.1 Liberdade Individual como exercício da iniciativa e do interesse privado

Num Estado Capitalista obvio é que a manutenção da propriedade privada e da livre iniciativa sejam formalizadas através do sistema legal. É preciso manter a liberdade individual que norteia a elaboração dos negócios jurídicos e da vinculação interpessoal. O capitalismo sobrevive da circulação de riqueza proveniente dos modos de produção. Assim, a liberdade negocial entre capital e trabalho e entre vendedores e compradores ganha seu espaço no ordenamento jurídico constitucional.

O diferencial apontado pela Constituição Federal está em, ao mesmo tempo que estabelece os direitos de livre iniciativa, propriedade privada, regime de mercado, etc., estabelecer uma interferência do Estado nas relações mercantis. Existe uma vinculação entre os direitos da liberdade individual e os da dignidade da pessoa. É um acordo que pressupõe o livre mercado mas, apegado à construção de uma

sociedade justa e solidária (art. 3º, I da CF)¹⁰.

Valoriza-se o trabalho e os mecanismos de proteção do trabalhador (art. 7º e 8º, e seus incisos – principalmente reconhecendo a Substituição Processual) e a possibilidade de intervenção do Estado na economia e em suas relações interpessoais (defesa do consumidor, art. 5º, XXXII, função social da propriedade, art. 5º, XXIII e art. 170, III, fiscalização e planejamento econômico – art. 174 e parágrafos, limites aos juros contratuais, art. 192, § 3º, entre outros).

A vinculação dos efeitos da liberdade negocial aos direitos que garantem a dignidade da pessoa criam uma dicotomia entre a liberdade individual – garantida pela manutenção da livre iniciativa e a autoridade estatal – imposição/interferência do Estado nas relações ditas privadas. Sem dúvida a liberdade negocial/contratual é, para nosso sistema legal civil, a maior expressão do sujeito de direitos. O homem expressa sua condição jurídica a partir das obrigações ao qual se vincula. Não há qualquer restrição no conceito de sujeito que integra o conjunto de relações jurídicas. O *homem* de que fala o Código Civil Brasileiro, em seu art. 2º, tem capacidade jurídica (personalidade) para estabelecer vinculações patrimoniais e obrigacionais.

O exercício dos direitos de personalidade é que concretizam a atividade jurídica do homem-social. A liberdade constitui, portanto, o pressuposto principal para o exercício da autonomia privada. O conceito não é novo. Foi formulado, por Emanuel Kant, no séc. XIX. Para Kant, *o princípio da autonomia da vontade é a liberdade*, sendo esta uma propriedade de todos os seres racionais, sendo que a vontade submetida às leis morais e *à liberdade*, ambas representam a autonomia, se confundem e se mis-

turam pois, no fundo, *são uma e a mesma coisa*. O Direito é a legislação moral. Faz com que o livre uso de meu arbítrio não se confronte com o dos outros, apenas *limitando minha liberdade sem comprometé-la ou retirá-la*, sendo assim, estabelecem-se os limites de meu agir em conformidade com o agir de outros homens. A vontade livre faz com que o homem racionalize seus desejos. Para Kant o homem é um legislador universal. Daí porque o imperativo categórico estabelecer um agir como causa geradora de um comportamento universal^{11 12}.

Ao revés de uma teoria progressista que pressupõe a liberdade do homem a partir de sua capacidade de auto-censura e comportamento ético-jurídico, a teoria Kantiana formulou um conceito de vinculação obrigatória de vontades. Bem traduz Michel Mialle “...*surgiu a hipótese de, se sou titular activo deste direito, as pessoas que me rodeiam serem os seus titulares-passivos*”¹³.

A liberdade individual como exercício da iniciativa e do interesse privado foi se configurando como uma verdade absoluta em nosso ordenamento jurídico. Em que pese a realidade social apontar para a inadequação material de tal conceito.

3.2 Autonomia Privada como Tutela da Liberdade

Para o senso comum teórico¹⁴ a liberdade do indivíduo carrega um adjetivo que lhe é inerente, ou seja, a liberdade de contratar. Vá-

rios conceitos, ideologicamente formulados, estão relacionados à liberdade negocial: faculdade de contratar, liberdade de escolher com quem contratar, liberdade de fixar o conteúdo contratual. Esta visão estagnada do contrato está aliada a tese de que os efeitos do contrato somente vinculam as partes que dele participam. Ora, com o fenômeno da massificação na sociedade moderna, sabemos que os efeitos contratuais podem estender-se a outros, que dele não participam, como é o caso dos contratos de seguro de vida, contratos coletivos de trabalho, direitos de sucessões, entre outros. Podem ainda, gerar novos contratos que surgem, independentemente, da vontade de seus contratantes, como nas contas bancárias que criam uma série de outras relações contratuais (cartões de crédito, limites de cheque especial, fixação de juros, etc.).

O reconhecimento da massificação das relações de consumo amplia os efeitos da autonomia privada. Esta não diz respeito somente as relações entre proprietários (aqui incluída a força de trabalho) mas e, sobretudo, a sociedade de bens de consumo. As categorias que mais comprometem a visão conservadora de liberdade ligada à autonomia privada são: os trabalhadores e os consumidores.

O conceito de liberdade contratual, como tutela da liberdade individual, entra em cheque no momento em que a observação dos mecanismos e evolução de determinados tipos contratuais – os contratos de trabalho onde a manutenção ao emprego é prioridade e dos contratos de consumidores, onde muitas vezes

¹¹ KANT, Emanuel. *Doutrina do Direito*, São Paulo, Ícone, 1993. P. 43-90.

¹² KANT, Emanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, São Paulo, Abril Cultural, 1984.

¹³ MIALLE, Michel. *Introdução Crítica ao Direito*, Lisboa, Editorial Estampa, 1989. p. 140-151.

¹⁴ A referência ao conceito ideologicamente formulado segue a definição de Luiz Alberto Warat em “O Senso Comum dos Juristas”. In: SOUZA JÚNIOR, José Geraldo (org.). *O Direito Achado na Rua*. Brasília, EdUnb, 1990. p.102 - Warat justifica que o objetivo do conhecimento do senso comum teórico é exatamente o de ocultar a realidade histórica dos conceitos para reproduzir a ideologia predominante que os formulou. Assim, materializa-se a ideologia de um determinado grupo detentor do poder, para além de seu exercício histórico.

¹⁰ Art. 2º Código Civil: *Todo o homem é capaz de direitos e obrigações na ordem civil.*

não há opção ao contratar, escancara a desigualdade e desproporção entre as partes vinculadas. Não há verdadeira liberdade quando há desigualdade entre as partes.

Ana Prata critica esta interrelação entre liberdade e autonomia privada afirmando que o conceito de liberdade do homem extrapola o limite patrimonial da autonomia privada. Para os defensores do voluntarismo-contratual, diz ela, a liberdade resume-se em uma *liberdade negocial*. A liberdade, enquanto atividade humana, não sobrevive apenas de relações interindividuais mas, e sobretudo, da transindividualidade, ao passo que a autonomia privada prescinde de uma tutela de interesses objetiva e formal para sua manutenção.

É necessário que façamos uma digressão histórica para entendermos a conexão teórica entre liberdade individual e liberdade negocial que só recentemente tem sido criticada pelos juristas, não só no Brasil mas, em todos os sistemas jurídicos do mundo.

A revalorização do homem como ser dotado de vontade e razão suficientes para estabelecer pactos de interesses comerciais e de propriedade surge no final da Idade Média. Era crucial que os iluministas resgatassem um homem livre da autoridade opressora do Estado Feudal. Era necessário uma concepção radical de liberdade e vontade

racional. Por esta razão, a Idade Moderna nega à subordinação do homem ao Estado.

No Capitalista, esta figura de Estado autárquica, centralizada e fechada – própria do Antigo Regime, dá lugar a um Estado preocupado com a circulação de bens e de capital e isto pressupõe a colaboração dos cidadãos. Seja uma colaboração produtiva (mão-de-obra), seja uma colaboração mercantil (consumidores). A liberdade individual necessita destas inter-relações de colaboração: dos homens para com o Estado e dos homens entre si. O Estado deixa de ser o inimigo do qual o homem tem de defender-se e passa a ser o parceiro. As responsabilidades passam a ser recíprocas¹⁵.

O que imporá limites à liberdade contratual/negocial será o conceito de liberdade dos indivíduos. Hegel define que nenhuma liberdade é absoluta quando se vive em comunidade: *a liberdade tem de suprimir-se a si própria para ser liberdade*¹⁶.

A convivência de liberdades individuais gera a possibilidade de uma liberdade negocial. Há necessidade de tutelar *a priori* a liberdade. Tutelada esta como direito fundamental, subordina-se à ela a liberdade negocial, sendo esta segunda somente possível quando privilegiadas outras garantias fundamentais, tais como a da igualdade, entre os pactuantes.

¹⁵ É o paradoxo ético entre a concepção de homem como entidade individual e a inserção social real deste, e a sua resolução só pode passar por uma reformulação da noção de liberdade jurídica, que não aliene a realidade social, que tenha em conta o caráter instrumental da liberdade relativamente à realização da dignidade humana, que não ignore o confronto inelutável entre o exercício da liberdade por uns e a liberdade de todos numa comunidade. PRATA, *idem*.

¹⁶ Ana Prata aponta a exigência de uma convivência entre as diversas liberdades para sobrevivência do direito privado. Diz ela: não são na realidade limites da autonomia, mas seus aspectos essenciais, reflexo do caráter bilateral das normas de direito civil que, quando tutelam um interesse através da atribuição daquele poder de o realizar, que é o direito subjetivo, tem necessariamente de criar, através de uma situação subjetiva passiva, de dever, de obrigação, de sujeição, um limite da liberdade dos outros sujeitos. PRATA, *idem*.

IV - A IGUALDADE COMO PRESSUPOSTO DA LIBERDADE CONTRATUAL

Podemos afirmar que a predominância do ter como reconhecimento do ser é superada pela substancialidade concedida aos direitos fundamentais pelas normas constitucionais. Respeitar valores e princípios fundamentais representa um equilíbrio entre as forças estatais e os interesses privados. Ou como bem observa Sarlet: *não se cuida mais, portanto, da liberdade do e perante o Estado* (conforme os conceitos de liberdade e igualdade formais – legais – do Estado Liberal), *e sim de liberdade por intermédio do Estado* (onde prima-se pelo bem-estar social e busca-se uma igualdade material)¹⁷.

Reconhecendo maiorias e minorias, e mais especificamente, desigualdades, é possível estabelecer critérios de proteção (tutela) aos desfavorecidos cultural, econômica, política e socialmente, integrando-os ao sistema jurídico e superando o conceito de igualdade formal. Em regra, o princípio de igualdade vem sempre acompanhado da noção de paridade de tratamento. Mas, conforme Perlinger, em situações de disparidade econômica e social a disparidade do tratamento justifica-se¹⁸.

Quando considerada a realidade fática, supera-se um princípio de igualdade formal por um de igualdade substancial, ou

seja, o sistema jurídico progride do reconhecimento conceitual da dignidade humana, sob os aspectos de desenvolvimento econômico, social e cultural para a viabilização de tal conceito pelo Estado. As transformações na realidade social impõe uma mudança da realidade normativa. Nenhum ordenamento jurídico é suficientemente legítimo se não refletir os valores e princípios da sociedade que defende. Sua legitimidade passa, obrigatoriamente, por sua fidelidade aos aspectos culturais, econômicos e políticos da sociedade¹⁹.

A formação de uma sociedade com tantas distinções - de um lado o escasso poder aquisitivo dos trabalhadores e de outro, uma nova classe (média), com maior poder aquisitivo, com uma gradativa, ainda que insípida no princípio, conscientização dos direitos de cidadania -, as novas necessidades que as grandes populações impunham - a habitação locada, os transportes de massa (coletivos) -, o poder cada vez mais crescente das grandes corporações (empresas transacionais), a impossibilidade (incapacidade) do cidadão comum em ter exata noção do alcance de alguns negócios jurídicos especialmente complexos (contratos bancários), criam uma nova classe de sujeitos de direito e, com ela a necessária releitura do conceito de liberdade contratual, até então baseada num princípio de igualdade formal.

¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 1998 p.46-58; .

¹⁸ PERLINGERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil – Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. Maria Cristina De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1999.

¹⁹ Gaston Moran, em 1937, referia-se a uma revolta dos fatos contra os códigos, refletindo claramente que as leis de direito privado não mais respondiam aos conflitos de interesses gerados pela nova realidade social e econômica. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, apud, Morin, p. 84.

4.1 Os limites necessários à autonomia privada

O direito privado consubstanciado na codificação pátria cria uma interposição do dado axiológico do ser (o quanto ele vale) sobre o dado ontológico do ser (o que ele é) na definição dos direitos de personalidade. O Código Civil *estimula o poder de adquirir e protege o possuir justificado*. O redimensionamento da importância do ser em relação ao ter, dando mais ênfase ao primeiro, não está relacionada apenas a uma maior inserção do sujeito no direito mas sim, à proteção de valores que são inerentes à pessoa, quais sejam, a igualdade e a liberdade, dependendo para completo exercício da segunda, uma redescoberta e mesmo, redefinição do conceito da primeira. A valorização da coexistência social baseada em aspectos de compromisso e funcionalidade, bem como, respeito à dignidade humana, tem sido a tônica do direito contemporâneo. Sobrepõe-se à idéia de possuir a de liberdade da pessoa e *da garantia de seu livre desenvolvimento*. O sistema jurídico desenvolve-se a partir do ser humano tornando a personalidade um direito preexistente, tanto na relação entre indivíduos quanto na sua relação com o Estado²⁰.

Ao tipificar os elementos formais que traduzem o conceito de dignidade humana a Constituição Federal condiciona, imperativamente, o exercício dos direitos de cada pessoa ao respeito e construção da personalidade e dignidade de outros. É o conteúdo normativo constitucional que estabelece os limites à autonomia privada, no momento que exclui a liberdade absoluta em nome de uma igualdade não só formal mas, e sobretudo, substancial.

Não estamos falando apenas de normas jurídicas constitucionais que impõe limites às normas ordinárias e sim, de normas que primam pelo reconhecimento que, independentemente do setor ou classe a que fizer parte o indivíduo, este deve se desenvolver no meio social coexistindo de forma que seus interesses possam integrar os interesses de todos (interesse social – função social do contrato).

Na codificação temos a defesa da liberdade econômica, ou seja, o liberalismo econômico impõe ao conceito de liberdade um conteúdo aquisitivo, patrimonial. Ao passo que a liberdade constitucional é um conceito que extrapola o econômico e está relacionado ao crescimento do indivíduo em seu meio.

Este caráter existencial do conceito constitucional de liberdade não exclui interesses materiais e patrimoniais, muito pelo contrário. A inclusão de elementos que compõem a dignidade do homem enquanto participante de uma vida social estão incluídos e integrados nesta concepção. Assim, como bem lembra Perlinger, todos os bens que viabilizam e concretizam uma vida digna, tais como, habitação, transporte, educação, estão de acordo com o *pleno desenvolvimento da pessoa e assumem papel de valores*. O limite que se impõe está na finalidade dos atos privados (no exercício dos direitos subjetivos).

Se considerarmos que a expressão maior da liberdade individual está na realização da dignidade humana, podemos concluir que preserva-se a liberdade contratual se o negócio jurídico a ser firmado for dirigido à realização de interesses e funções que merecem tutela e são socialmente úteis.

²⁰ CORTIANO JUNIOR, Eroulth. *Alguns Apontamentos Sobre os Chamados Direitos de Personalidade*, In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998 p. 31-56.

Nesta perspectiva, não somente atuam os interesses privados (direitos subjetivos) mas *os deveres de solidariedade... não somente econômica mas também social*²¹.

4.2 O princípio da Solidariedade Social como limite dos pactos realizados entre os particulares

A solidariedade como princípio constitucional, de interesse superior e fundamental para ordem pública, preceituado no art. 3º, III da CF, considera o desenvolvimento econômico e social, não sob um caráter individualista mas sim sob a perspectiva de igualdade e dignidade social.

Esta dignidade social leva em conta a exposição do ser na sociedade em todos os aspectos. O conceito de dignidade social pode variar de acordo com o contexto histórico mas, podemos afirmar que está ligado à noção de respeito e possibilidade de crescimento do ser. Falamos aqui de um conceito de solidariedade baseado no respeito ao princípio fundamental e constitucional da dignidade da pessoa humana que tem como elementos objetivos a igualdade e a liberdade.

A liberdade está vinculada ao desenvolvimento da pessoa. Portanto, a liberdade contratual expressa no princípio da solidariedade significa o direito à aquisição de bens necessários a total integração do indivíduo no seu meio social, do acesso deste aos meios culturais, de seu livre exercício de culto religioso, do trabalho digno, e assim por diante.

²¹ PERLINGERI, *idem*.

²² MRQUES, *idem*.

²³ NALIN, Paulo R. Ribeiro. *Ética e boa fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando Fundamentos do Direito Civil Brasileiro Contemporâneo*. Rio de Janeiro, Renovar, 1998 p. 173-207

Considerado o Estado de Bem Estar Social o princípio da solidariedade como limitador do poder negocial dos particulares passa a ser um critério de *inclusão social, proteção de determinados grupos na sociedade, de realização de novos direitos fundamentais, de combate do abuso do poder econômico e de toda atuação profissional*²².

Há uma proteção dos interesses sociais e um limite ao poder da vontade/autonomia privada.

O equilíbrio contratual, tornando equânimes os que do pacto participam, em uma visão contemporânea, norteadas pelas normas constitucionais, está relacionada a princípios jurídicos como o da *solidariedade social, proteção dos interesses coletivos, direito de personalidade, dignidade da pessoa humana*, entre outros. É a funcionalidade do contrato que impõe limites à liberdade de contratar²³.

Trata-se assim, não de eliminar o poder da vontade individual mas, observar seu exercício nas relações sociais, ou seja, verificando quais os reflexos que tal negócio pode gerar no âmbito social em que se inclui. Enzo Roppo declina a sobrevivência do instrumento “contrato” baseada na tutela do interesse coletivo, da funcionalidade material e econômica, na racionalização da sociedade e na objetivação da vontade contratual. Sem dúvida podemos afirmar que o limite ao interesse privado está vinculado a necessidade social de tal manifestação de interesse. A constituição Federal ao impor que todas as ações, públicas ou privadas, devem visar o

bem estar social e a solidariedade, vincula tanto as atividades do Estado quanto os direitos subjetivos a não atentar contra a estabilidade social, privilegiando o princípio da dignidade humana e seus pressupostos, quais sejam, a liberdade e a igualdade ²⁴.

Ou seja, ninguém, em virtude de suas necessidades (sejam econômicas, culturais ou religiosas) deve ser exposto a situações degradantes, vexatórias, excludentes e assim por diante.

V - A CONSTITUIÇÃO COMO FORMA DE INTERVENÇÃO PÚBLICA NO DOMÍNIO PRIVADO

A segunda metade do século XX é marcado por uma substancial mudança no conceito de dignidade da pessoa humana. Isto, por questões óbvias, afetou o Direito em sua estrutura e gerou a chamada crise paradigmática que se traduz por uma tentativa de superação do referencial legalista e a introdução da tutela dos valores existenciais do homem.

O Direito, até então, tutelara o homem de propriedades. A proteção do patrimônio era o *a priori* da relação entre o homem e o Estado. O livre arbítrio do possuidor, que relacionava-se socialmente a partir da mercantilização, era o paradigma da justiça jurídica.

Os movimentos sociais, as guerras, as comunidades socialistas, baseadas nos ideais marxistas, a massificação econômica entre outros fatores, levam a ruptura de um sistema jurídico que não mais atenderia, de forma equitativa os anseios das sociedades.

Tais anseios refletem a Constitucionalização Européia (Alemanha, Portugal e Itália)

lia) que tornam-se o marco de defesa e proteção da pessoa humana, tutelando a personalidade (enquanto conceito de dignidade) e viabilizando tal proteção num sistema ordenado de normas imperativas e hierarquicamente superiores dentro do sistema jurídico.

A codificação e, conseqüentemente, seus diplomas legais (os Códigos) tiveram uma preocupação enfatizada nos *aspectos patrimonialísticos da existência humana* criando um vazio à proteção da *personalidade humana*. Esta lacuna foi facilmente preenchida pelos textos constitucionais que tornaram-se um *centro de integração* entre os direitos da dignidade e os direitos patrimoniais, unificando o sistema jurídico que, por sua vez, *gravita em torno da Constituição* ²⁵.

A inserção de um sistema de normas imperativas que norteiam a atividade jurisdicional como base hermenêutica fundamental para o exercício dos direitos privados torna possível a funcionalização das relações subjetivas (poder dos particulares) aos valores contemporâneos (proteção à dignidade da pessoa humana).

Assim, no exercício dos direitos subjetivos consideram-se-ão novos conceitos de liberdade e igualdade não somente formais mas, sobretudo, substanciais.

5.1 O exercício da liberdade contratual vinculada ao princípio da solidariedade social

Esta mudança conceitual no exercício dos direitos subjetivos inaugurada (de certa forma) pela Constituição de 1988 (no Brasil) ocorre concomitantemente ao um fenômeno de crise do liberalismo econômico onde a incapacidade

²⁴ ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Coimbra, Almedina, 1988.

²⁵ CORTIANO, *idem*.

de auto-regulamentação normativa das relações de consumo punha em cheque, não somente a legitimidade do sistema jurídico mas, sobretudo, a sobrevivência do próprio capitalismo.

Assim como o liberalismo, o capitalismo, como sistema econômico, necessitava de adequações normativas que pudessem corrigir determinados desvios nas relações entre o poder econômico e o Estado e, conseqüentemente, entre este mesmo poder econômico e a sociedade.

Combinado ao Estado de Bem-Estar Social está um *modelo econômico de bem-estar*. Sem dúvida, a ordem social na Constituição de 1988 é integradora e incluyente, ou seja, corresponde aos anseios da maior parte de sua sociedade no momento que impõe o desenvolvimento da pessoa humana como *a priori* nas relações privadas mas, não podemos omitir que o capitalismo sobrevive exatamente deste vasto número de pessoas que estão incluídas em seu leque de produção e consumo ²⁶.

O capitalismo transforma-se e assume um novo caráter: social. Para Grau um dos principais instrumentos que sofre mudanças a partir da interferência estatal, sob o aspecto de ordem social, são os contratos.

O caráter de impessoalidade que surge com a sociedade de massas - onde a eficácia vinculativa origina-se, muitas vezes, com a ausência de disposição da parte - cria a necessidade de mudar os pressupostos de validade contratual. É preciso redimensionar do papel da autonomia privada/liberdade de contratar para que mercado flua com a inclusão dos particulares e não a sua revelia.

O volume de produção, distribuição e consumo de bens inaugurou a necessidade de garantir, nos dizeres de Enzo Roppo: *a celeridade das contratações, a segurança e a estabilidade das relações* o que significaria, sobretudo, *..garantir a estabilidade, a ligeireza, o dinamismo das relações contratuais e, portanto, das transferências de riqueza* (grifo nosso).

As atividades econômicas, no mundo contemporâneo, passaram a representar operações idênticas e padronizadas, tornando os contratos, instrumentos típicos e impessoais. O poder econômico necessitava de um instrumento despersonalizado e automático.

A importância do Contrato como expressão máxima do princípio da propriedade não foi diluído ao longo dos tempos, nem mesmo pelos princípios constitucionais. *O princípio da liberdade de contratar é instrumental do princípio da propriedade privada dos bens de produção* (conforme Eros Grau). O limite constitucional imposto está na sua funcionalidade. Cada indivíduo, na sua esfera de atuação, deve beneficiar o conjunto. É o primado do solidarismo, agir de forma a gerar conseqüências produtivas na ordem geral/social/coletiva.

As relações contratuais traduzem, de forma intensa, a possibilidade de convivência entre os indivíduos na sociedade e é através dele que se implementam todos os passos da vida econômica e social de tais indivíduos (moradia, transporte, educação, etc.). Portanto, solidarizar o contrato, não é senão, impor vinculação imperativa à liberdade contratual de princípios superiores.

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. Malheiros Editores Ltda., 1997.

A leitura do art. 3º da CF nos remete a acreditar que, ao menos, intencionalmente, o constituinte propôs uma sociedade que minimizasse os efeitos das diferenças econômicas. Inseto aí está o princípio da solidariedade social que combinado ao da liberdade contratual traduz a possibilidade de um contrato solidário ou de um solidarismo contratual²⁷.

5.2 O papel do Estado na garantia do solidarismo contratual

No momento em que o Estado tem suas atribuições (poderes de intervenção) ampliadas pelo texto Constitucional é possível uma inter-

ferência direta nas atividades econômicas²⁸. A Constituição estabelece limites à liberdade de contratar a partir do interesse social e coletivo²⁹, daí porque afirmamos que o princípio da solidariedade não suprime a liberdade de contratar mas atribui-lhe significado social³⁰.

As normas constitucionais não são meras normas de caráter hermenêutico (que norteiam a interpretação justificando sua predominância técnica) mas sim normas que estabelecem direitos substanciais. Nos dizeres de Perlinger a norma constitucional é *norma de comportamento, idônea a incidir sobre o conteúdo das relações entre situações subjetivas, funcionalizando-as aos novos valores*. Há uma

²⁷ Massimo Bianca, ao analisar o princípio da solidariedade contido na Carta Constitucional Italiana reflete: "Il riconoscimento della libertà del sigolo s'inserisce ormai in una concezione dell'ordinamento che s'ispira al prevalente valore della solidarietà sociale, quae valore di fondo della nostra Costituzione". NALIM, apud, Bianca, *idem*, p. 180. OU seja, a liberdade contratual, do privado, é uma concepção do Estado que deve ser norteadada por um valor prioritário, que prevalece sobre àquele, qual seja, o da solidariedade social, que na Itália, como no Brasil, é princípio inserto na Carta Constitucional.

²⁸ Nas palavras de Nalim, o Estado pode controlar e intervir nas regras de mercado por meio de uma supervisão nas diretivas de quem controla o preço e concorrência". *Idem*, p. 203.

²⁹ Daí não apenas as normas que conformam, condicionam e direcionam o exercício da atividade econômica pelos seus agentes – relação do agente econômico com o Estado – mas também as que criam direitos e obrigações atribuíveis aos agentes privados nas relações contratuais – relação dos agentes econômicos entre si. GRAU, *idem*, p. 126.

³⁰ Neste sentido, vale citar dois acórdãos do Eg. STF, sobre mensalidades escolares e sobre contratos de seguro, onde fica clara a aplicação do texto constitucional aos casos priorizando o reflexo social e diminuindo o poder da autonomia privada: 1º) ADIMC – 1003 – Relator Celso de Mello, Publicação 10/09/99 pp-00002 EMENT VOL -01962-01 pp-00001 – Julgamento 01/08/1994 – Tribunal Pleno: EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE -ILEGITIMIDADE ATIVA DE FEDERAÇÃO SINDICAL - LEI Nº 6.194/74 (ART. 7º), COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI Nº 8.441/92 (ART. 1º) -AMPLIAÇÃO DAS HIPÓTESES DE RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DAS ENTIDADES SEGURADORAS - ALEGAÇÃO DE OFENSA À CONSTITUIÇÃO - APARENTE INOCORRÊNCIA - NÃO-CONFIGURAÇÃO DO PERICULUM IN MORA - MEDIDA CAUTELAR INDEFERIDA; 2º) AGRAG - 214756 – Relator Min. Moreira Alves - Publicação DJ 05/03/99 pp-00003 EMENT VOL -01941-02 pp-00323 – Julgamento 03/11/1998 – Primeira Turma: EMENTA: Agravo regimental. - O despacho agravado enfrentou a questão constitucional em causa ao afastar as alegações de inconstitucionalidade do dispositivo legal atacado baseadas nos princípios da livre iniciativa, da livre concorrência, da liberdade de ensino pela iniciativa privada e da isonomia, com o entendimento desta Corte, na ADIN 319 - relativa a critérios de reajuste de mensalidades escolares - que permite ao Estado, por via legislativa, regular a política de preços de bens e de serviços, abusivo que é o poder econômico que visa ao aumento arbitrário dos lucros, fim a que visou, como bem demonstrado pelo acórdão recorrido, o dispositivo legal impugnado, ambos os acórdãos in www.stf.gov.br/jurisprudência.

predominância, portanto, do interesse coletivo, da possibilidade de participação de todos na vida econômica e social do país.

Os problemas das relações de direito privado são recolocados em um espaço de interesse público, destruindo (ao menos aparentemente) a divisão entre o Direito Público e o Direito Privado, afastando a idéia, até então consolidada de que a liberdade de cada um de cuidar, por vezes arbitrariamente, dos próprios interesses é sinônimo da plena igualdade e liberdade de cada um e de que ao Estado cabe, meramente, implementar iniciativas sociais para que o interesse privado promova a sua livre manifestação e efetiva atuação.

Considerando a Constituição Federal como um conjunto de princípios que não podem ser analisados separadamente mas, ao contrário, como um todo unitário³¹, percebemos que ao aplicarmos um direito estamos aplicando todo o sistema de direitos previstos na Constituição. Assim, como bem assevera Juarez de Freitas, "desassiste razão àqueles que tentam concentrar, por exemplo, direitos fundamentais apenas num dado ponto normativo do sistema, uma vez que se encontram no sistema como um todo".

Sendo assim, toda a atividade econômica deve estar vinculada ao preceito constitucional da dignidade humana (que é a síntese de toda normativa constitucional) e este pressupõe, entre outras, instrumentos que capacitem a inclusão do indivíduo nas mais abrangentes esferas de satisfação de necessidades que possam significar dignidade social, cultural e econômica.

³¹ ...uma interpretação constitucional, sobre levar em conta os princípios e subprincípios hermenêuticos, exige uma consideração unitária, que não afaste a possibilidade de antinomias.....entre os aludidos princípios, especialmente aqueles estatuídos como fundamentais, assim a dignidade humana, a cidadania, a soberania, os valores sociais do trabalho...desempenham a função de espinha dorsal do sistema jurídico pátrio. FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo, Malheiros Editores, 1998

Daí porque ao afirmar que o princípio da solidariedade como princípio de reflexos absolutamente sociais e coletivos deve nortear o instrumento principal nas relações entre os indivíduos, qual seja, o contrato, dotando-o de caráter funcional e racionalizando sua aplicação incluindo-o nas intenções constitucionais que são as de favorecer a construção de uma sociedade, *livre, justa e solidária* (art. 3, III da CF).

VI - CONCLUSÃO

O maior reconhecimento ao solidarismo contratual, ou a vinculação de um fundamento Constitucional à liberdade contratual passa, em primeiro lugar, pela interpretação dos aplicadores (magistrados, advogados, doutrinadores) do Direito e em segundo lugar, pela redefinição de ordem pública, onde privilegie-se o ser humano e não o que este possui. As mudanças conceituais do direito contratual exigem uma interpretação contextual e ampla, agregando aos direitos subjetivos os princípios constitucionais dotando-lhes de funcionalidade social. Os aplicadores do direito, obrigatoriamente, devem abandonar a interpretação gramatical (lógico-positiva) do Código Civil. É preciso verificar quais os elementos presentes, não só no clausulamento contratual, mas no meio em que as partes estão inseridas e, sobretudo na observância dos princípios fundamentais que regem a Estado Democrático de Direito.

O contrato tem uma função social. Tem reflexos econômicos de continuidade e permanência. Os princípios da justiça, solidariedade e liberdade estão, sobretudo, na esfera ética das

relações privadas. Daí porque uma interpretação axiológica é necessária para depreender-se o real significado do cumprimento ou não de determinado negócio jurídico.

Não podemos esquecer que a vida é muito mais dinâmica do que o Direito, ou seja, a sociedade cria relações e estabelece novos interesses muito mais rapidamente do que uma regra é publicada. A interpretação jurídica deve acompanhar as mudanças sociais e abrir-se para a possibilidade de estabelecer novos instrumentos na solução de conflitos. Deve abandonar a idéia de adequação da realidade à norma jurídica. Deve criar possibilidades para que a sociedade e seus conflitos vislumbrem no sistema jurídico a segurança necessária.

Tal segurança jurídica surge quando o Direito privilegia a socialização das relações, a solidariedade social e o bem comum. No momento em que o direito privado tem de submeter-se ao interesse coletivo, limitando sua ação a uma função que não prejudique a sociedade como um todo, temos Justiça. Este é o bem maior que os privados almejam, qual seja, um sistema jurídico que privilegie as intenções, a confiança e não o poder econômico, ou seja, que o Estado viabilize o exercício do princípio da dignidade humana (real).

Os intérpretes dos Direitos (bem como seus aplicados) devem atentar para o fato de que a Constituição Federal é um instrumento capaz de promover uma solidarização/funcionalidade/publicização de instrumentos próprios e típicos do direito privado, tal como é o contrato.

O papel do jurista nesta nova concepção de direito privado, que abomina a divisão metodológica entre este e o direito público, é invasivo, ou seja, o jurista deve invadir o preceito constitucional para analisá-lo. Não deve contemplá-lo ou observá-lo isoladamente. Como

exaustivamente referimos ao longo deste trabalho, a Constituição é um sistema unitário. As decisões que diluem conflitos de interesses na esfera privada geram conseqüências no interior do sistema jurídico e da sociedade como um todo.

A resistência à possibilidade de mudança paradigmática do Direito torna a Constituição Federal uma mera Carta de Princípios. A divisão entre conteúdos eficazes e programáticos estabelece a possibilidade de não aplicação dos direitos que possuem conteúdos aptos à transformações sociais.

Um grande passo foi dado no sentido da constitucionalização do direito privado com o Projeto do novo Código Civil que tramita no Congresso Nacional. O texto incorpora à consolidação civil de nosso país muitos dos direitos fundamentais constantes da Constituição Federal. Se a inspiração do Código Civil Brasileiro de 1917 era liberal-burguesa, o texto do novo Código Civil prima pelo reconhecimento do interesse público como limite ao interesse privado privilegiando o fundamento da República contido no princípio da dignidade da pessoa humana. É, ao mesmo, atualização em relação aos avanços sociais - reconhecendo direitos como o da igualdade entre homens e mulheres, a união estável, o fim social da propriedade entre outros -, e possibilidade de uma interpretação sistemático-ética do direito em relação aos casos por ele protegidos, onde o magistrado tem a possibilidade de resolver lacunas legais utilizando os princípios fundamentais da República (CF/88).

A materialização dos valores sociais contemporâneos já foi efetivada no momento em que a Constituição Federal foi promulgada. Cabe-nos (a nós, aos intérpretes e aplicadores do Direito) um esforço concentrado para dotar-lhe da maior eficácia possível.

O CDC e os Serviços Bancários no Brasil¹

Luciano Benetti Timm²

INTRODUÇÃO

Não existem dúvidas de que as pessoas vivem hoje numa sociedade de serviços, especialmente se se considera a composição preponderante do setor terciário (serviços) no produto nacional bruto (PNB) nas maiores economias mundiais (por exemplo os Estados Unidos, a Inglaterra e mesmo o Brasil)³. Por serviços, os economistas designam “o componente do Produto Nacional Bruto que mede a produção de artigos imateriais, como telecomunicações, transporte, conserto de equipamentos”⁴. Os outros componentes do PNB são o setor primário (produção agropecuária) e secundário (produção industrial). Os economistas e estatísticos normalmente incluem as operações bancárias nas atividades ditas terciárias ou setor de serviços⁵, como não poderia deixar de ser – dados os conceitos retro citados –, pois elas não caracterizam nem uma atividade ligada ao setor agropecuário, nem industrial.

Nesse contexto econômico de preponderância do setor terciário nas grandes potências mundiais, o papel que jogam os bancos é significativo enquanto fornecedor de serviços no mercado, considerando-se sobretudo que nem as pessoas, nem as empresas e nem mesmo os governos têm suficientes rendimentos (ganhos e poupança) para consumir e investir o quanto necessitam para saciar as suas necessidades (até porque, como se sabe também da ciência econômica, as necessidades humanas são ilimitadas).

De outro lado, o ponto que talvez mais chame a atenção dos juristas dessa nova realidade econômica antes descrita, seja como essas atividades, serviços e operações bancárias são negociadas no mercado. Isto porque cedo eles se aperceberam que bancos e consumidores (sobretudo as pessoas naturais ou físicas) não estão na mesma condição de barganha na configuração de suas relações contratuais por causa da situação de vulnerabilidade econômica dos úl-

¹ Tradução de monografia apresentada para a disciplina de Direito Bancário (*Banking Regulation*) ministrada pelo Prof. Dr. Frank Dawson no curso de pós-graduação (*Master of Laws, LL.M.*) da Universidade de Warwick (Inglaterra) no ano letivo de 1998-1999.

² Luciano Benetti Timm, Mestre em direito civil pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Master of Laws pela Universidade de Warwick e Doutorando em Teoria Geral do Direito na USP. Advogado militante em São Paulo e ex-Juiz Leigo do Juizado Especial Cível do Rio Grande do Sul.

³ LEWIS (1973), p. 01.

⁴ Cf. GREEWALD (1993).

⁵ Ver, por exemplo, o quadro em LEWIS (1973), p. 3.

timos. O Código Civil Brasileiro (CCB), que entrou em vigor em 1916 (mas o anteprojeto de Clóvis Bevilacqua é de 1899), inspirado nos ideais iluministas da igualdade formal e liberdade não oferece instrumentos para combater a desigualdade fática daqueles que negociam no mercado financeiro (bancos e pessoas naturais ou jurídicas).

Em 1990, o Congresso Nacional brasileiro aprovou uma legislação que objetiva fundamentalmente proteger a parte mais fraca ou hipossuficiente (e mais especificamente o consumidor) nas relações desenvolvidas pelos agentes econômicos no mercado: o chamado Código de Proteção e Defesa do Consumidor (CDC). A inspiração para isso foram artigos expressos da Constituição Nacional da República de 1988 (CF), que dispõem sobre a necessidade de se protegerem os direitos dos consumidores, especialmente o seu artigo 170. Nesta esteira, uma questão bastante controversa exsurge: o CDC aplica-se aquelas relações desenvolvidas pelo banco e seus clientes para os fins de proteção do polo mais fraco?

Essa discussão é importante porque não existe no Brasil ainda nenhuma lei do consumidor de crédito, ao contrário de outros países como a Inglaterra (onde vigora desde 1974 o Consumer Credit Act⁶). Por outro lado, o CDC tem um artigo de redação bastante ampla para a prestação de serviços no mercado, com referência explícita às atividades bancárias⁷.

Dessa forma, as principais questões propostas aqui serão em que medida as atividades bancárias ofertadas pelos bancos para seus clientes se subsume

ao suporte fático do CDC retro citado e como consequência, quais os resultados disso?

Embora a resposta a essas duas questões pareçam simples, divergências surgiram porque algumas vezes no Brasil, como mostrado no Capítulo II a seguir, defendem que essas atividades bancárias não podem ser consideradas tecnicamente de serviços⁸ – normalmente e não surpreendentemente tratam-se de argumentos construídos por renomados juristas e bem recompensados pelos sindicatos dos banqueiros. Nesse diapasão, elas não sofreriam a incidência do CDC, recaindo na esfera regulatória do CCB e do quase-medieval princípio do *pacta sunt servanda*⁹. Na verdade, o real objetivo desses argumentos contrários à aplicação do CDC nas relações em alvitre é deixar os bancos, a parte mais forte e rica, livre para abusar de sua posição frente aos consumidores, pressupondo uma fictícia igualdade e liberdade em contratar (qual será a margem de liberdade, por exemplo, que tem o mutuário que tira financiamento bancário para adquirir sua casa própria...).

O objetivo de fazer incidir o CDC nas relações entre instituições financeiras e mutuários é sobretudo beneficiar o consumidor através da imposição de uma série de deveres implícitos ou anexos (*implied duties*) derivados do princípio da boa fé objetiva (positivado no art. 4º, III do CDC) às primeiras. Sustentar o contrário seria a mesma coisa que deixar os consumidores de atividades bancárias desprotegidos e a mercê de práticas abusivas, especialmente se se tem em conta a recente volumosa privatização e internacionalização ocorrida no mercado financeiro brasileiro¹⁰.

⁶ *The Consumer Credit Act 1974.*

⁷ *CDC, art. 3º, par. 2º*

⁸ *DALL'AGNOL JUNIOR (1998), p. 15.*

⁹ *Salienta-se que essa expressão, tal como utilizada hoje, coube a Grotius e não aos romanos antigos.*

¹⁰ *Desde 1994, quase metade das 25 maiores instituições financeiras brasileiras alteraram seu controle acionário, com especial ênfase para as aquisições internacionais. In Gazeta Mercantil, 23-27/12/98, Caderno Finanças & Mercados, p. B-1.*

Com o fito de subsumir as atividades bancárias dentro da órbita regulatória do CDC, deve-se examiná-las em si mesmas e depois como são executadas, i.e., perquirir a forma pela qual elas são negociadas – existe algum contrato que operacionaliza essa relação? Isso será feito no primeiro Capítulo deste trabalho.

Considerando os resultados dessa investigação preliminar, deve-se então pesquisar a aplicabilidade do CDC a essas relações bancárias, ou, pelo menos, a algumas delas. Isso será feito no Capítulo II. Dessa forma, responder-se-á à primeira indagação fundamental desse artigo tal como supra exposta.

Finalmente, o último passo será a análise das principais implicações de uma eventual aplicação do CDC às relações em tela. Esse é o objeto do Capítulo III. De sorte que a segunda e última pergunta resta respondida outrossim.

I – A RELAÇÃO ENTRE BANCOS E CONSUMIDORES

A. Atividades Bancárias

O primeiro passo desse capítulo será a explicação do que consistem os bancos para os fins de caracterizar suas principais atividades envolvendo clientes.

Bancos, espécie do gênero instituição financeira, são essencialmente intermediários do dinheiro, ou seja, eles captam esse bem no mercado e o repassam. Nessa intermediação, remuneram-se pelo *spread* (diferença entre o valor do dinheiro na captação e no repasse) e de juros do mutuário (preço do dinheiro).

De acordo com o Lei Brasileira de Refor-

¹¹ *FORTUNA (1992), p. 23.*

¹² *CRANSTON (1997), p. 03.*

ma Bancária (Lei 4.595/64), em seu artigo 17:

“São consideradas instituições financeiras...aquelas entidades públicas e privadas que têm primária ou secundariamente as atividades de captação, o ato de intermediação (de recursos financeiros)”

No mesmo sentido, o Manual de Normas e Instruções (MNI) do Banco Central do Brasil (BACEN), os bancos (comerciais) são intermediários financeiros que recebem o dinheiro do público e o emprestam àqueles que dele necessitam com o fim de multiplicar a circulação de moeda – o chamado “efeito multiplicador da moeda”¹¹.

Naturalmente, bancos estão envolvidos com atividades muito mais complexas do que simplesmente captar e emprestar dinheiro no mercado, mas indubitavelmente, face ao retro exposto, essa é a sua essência, sua atividade precípua e caracterizadora. Para se evitar qualquer confusão, uma precisa distinção entre as atividades bancárias deve ser trazida neste momento.

De acordo com CRANSTON¹²:

“Bancos podem ser divididos em bancos comerciais, isto é, aqueles envolvidos com suas atividades fundamentais de receber depósitos, efetuar pagamentos ordenados pelos clientes e prover financiamento de variadas formas. Sob diversas formas. Bancos de investimento englobam uma larga escala de atividades, incluindo atividades no mercado de capitais, gerenciamento de investimentos, corporate financing e aconselhamento, e desenvolvendo produtos no mercado de derivativos”.

No entanto, é bem verdade que grandes

bancos hoje (ainda na linha do mesmo autor supra citado):

"...são tipicamente instituições multifuncionais, envolvidas não apenas nas atividades bancárias essenciais mas dedica-se a um sem número de outras atividades [tais como] câmbio de moedas, mercado de ações e de derivativos, em seu próprio benefício ou representando os clientes".

Depreende-se, assim, que os bancos estão envolvidos em uma larga escala de atividades, desde a tradicional de captação e empréstimo, até operações mais complexas como investimento no mercado de capitais.

Essa evolução pode inclusive ser encontrada na legislação brasileira. No passado, a citada Lei de Reforma Bancária, que passou no Congresso em 31 de dezembro de 1964 (Lei nº 4.595) trouxe inúmeras alterações ao Sistema Financeiro Nacional; dentre elas, a a divisão entre bancos comerciais e de investimento. Entretanto, a Resolução nº 1.524 do BACEN, de 22 de setembro de 1998, permitiu a operação de bancos múltiplos.

Feita essa precisão conceitual, para os efeitos desse trabalho considerar-se-ão tão somente as principais atividades dos bancos, pois somente elas refletirão mais intensamente na vida da grande maioria de usuários dos serviços bancários. Como se disse acima, as principais atividades bancárias são o recebimento de depósitos em conta-corrente, realizar pagamentos sob a direção do cliente e conceder empréstimos.

Aproveita-se aqui posição do Conselho Nacional do Consumidor Britânico (*the National Consumer Council of the United Kingdom*)¹³, que descreveu os principais serviços bancários:

- (a) *Depósitos e poupança*
Provisão de uma conta corrente e de talonário de cheques
Máquinas automáticas para saques, depósitos e pagamentos
Contas de poupança e recebimento de depósitos
Cartão magnético da conta-corrente e da conta-poupança
- (b) *Circulação de moeda*
Cheques
Transferência de créditos
Débitos diretos em conta-corrente
Concessão de empréstimos via cheque especial (por exemplo)
- (c) *Empréstimos*
Concessão de crédito em conta-corrente com cheque especial
Empréstimos pessoais
Financiamento habitacional
Cartões de crédito
- (d) *Viagens e câmbio de moedas*
Moeda estrangeira
Travellers' cheques
Transferências e remessas internacionais de dinheiro
- (e) *Investimento, trust and impostos*
Seguros diversos (saúde, vida, residência, automóvel, incêndio)
Planos de previdência privada
Planejamento fiscal
Fundo de investimentos
- (f) *Serviço especializado, informações e serviços*
Informações específicas sobre mercado financeiro, acionário, etc..."

¹³ *National Consumer Council (1983), p. 07.*

B. O Contrato de Serviços

Definidas as principais atividades bancárias, deve-se agora atentar como são negociadas essas operações com os clientes, vale dizer, o contrato firmado entre as partes.

Com efeito, para atingir seus objetivos principais, os bancos normalmente abrem uma conta-corrente em nome dos usuários (correntistas) através de um contrato, para que possam captar dinheiro no mercado.

Do outro lado, consumidores abrem uma conta-corrente no banco, celebrando com ele um contrato, por duas razões principais: *"primeiramente, ele fica livre de carregar largas somas de dinheiro consigo, e, em segundo lugar, é uma forma conveniente de pagar contas"*¹⁴.

Portanto, é claro nesses casos que um contrato de serviços é feito entre bancos e correntistas quando uma conta-corrente é aberta. Isso para que o banco assuma duas obrigações fundamentais: cuidar do dinheiro como depositário fiel do bem recebido e também pagar as contas do cliente conforme suas instruções. Ultimamente, inclusive, os bancos tem desenvolvido formas bastante diferentes e novas de executar essa última obrigação no Brasil (como caixas expressas, débito direto).

Para permitir os clientes fazerem paga-

mentos, os bancos transmitem o dinheiro de quatro maneiras principais:

- (a) *Acesso ao dinheiro através de retiradas da conta-corrente nos guichês das agências bancárias ou máquinas automáticas;*
- (b) *cheques e transferências de crédito;*
- (c) *débito direto;*
- (d) *cartão de crédito..."*¹⁵

Essas duas obrigações fundamentais assumidas pelo banco no negócio jurídico em tela constituem indubitavelmente modalidades das chamadas obrigações de fazer¹⁶. Isso é evidência ainda maior que tal relação contratual é espécie do tipo serviços, nos exatos termos da definição traçada na Introdução deste trabalho.

De fato, quando uma obrigação de fazer é contratada com caráter de profissionalidade (habitualidade e remuneração) no mercado¹⁷, um serviço está sendo prestado ao usuário do banco. Lembre-se aqui que o contrato de serviços pode englobar uma grande variedade de obrigações negociadas entre as partes dada a amplitude do seu conceito.¹⁸ Efetivamente, serviço pode ser definido como qualquer atividade humana prestada por uma pessoa a outra sem se configurar uma obrigação de dar¹⁹. Dessa forma, serviço pode ser considerado como a *"...realização de qualquer tipo de trabalho (em sentido lato e não do Direito Trabalho) mediante retribuição"*²⁰.

¹⁴ *National Consumer Council, op. cit., p. 15.*

¹⁵ *National Consumer Council, op. cit., p. 27.*

¹⁶ *Como se sabe, a disciplina das obrigações no CCB (como se dava semelhantemente no direito romano antigo) são divididas em obrigações de dar, fazer e não fazer. A primeira é aquela em que o devedor deve transferir a posse ou propriedade de uma coisa (ou restituí-las ao credor), ao passo que as obrigações de fazer tem um conceito residual, configuram tudo aquilo que não seja uma obrigação de dar e de não fazer.*

¹⁷ *TIMM (1998), p. 58.*

¹⁸ *TIMM (1998), p. 58.*

¹⁹ *LANTIN & WOODROFFE (1981), p. 4.*

²⁰ *LANTIN, (1981), p. 4.*

Não restam dúvidas então ser o contrato bancário sobretudo um contrato de serviços já que o banco assume fundamentalmente as obrigações de cuidar do dinheiro depositado (atividade que não obrigação de dar) e pagar as contas contra a ordem do cliente (atividade que não obrigação de dar). Claro que subliminarmente há uma obrigação de dar dinheiro, mas essa obrigação de dar é absorvida pelo fazer, como no contrato de empreitada a entrega da obra é subsidiária ao fazê-la.

Deve ser enfatizado aqui que o serviço provido pelos bancos são "... *muito particulares. Eles consistem não a prática de um simples ato, mas a realização contínua de atos em favor do cliente*"²¹.

Poder-se-ia arguir, como faz LEWIS²², que a definição de serviços é meramente classificatória e não existe distinção intrínseca entre produtos e serviços, mas essa discussão fogiria aos propósitos desse trabalho especialmente porque essa dicotomia foi consagrada no CDC²³.

Finalmente, o serviço de financiamento aos clientes é executado pela inclusão de crédito na conta-corrente da parte (conforme previsão contratual), ou ainda através da concessão de empréstimos pessoais para fins específicos como casa, carro²⁴. No primeiro caso, de concessão de crédito em conta-corrente, o contrato é acessório ao negócio principal de abertura em conta-corrente. Assim, ambos são contratos de prestação de serviços. Por outro lado, uma empréstimo pessoal a mutuário pode ser independente de conta-corrente e portanto do con-

trato principal de serviços, como no caso de alguma pessoa que não é correntista do banco tira um mútuo habitacional. Nesse caso, a aplicação do CDC deriva do fornecimento de um bem (dinheiro) no mercado. Muito embora se possa, mesmo nessa situação, vislumbrar-se uma prestação de serviços, pois o banco não produz o dinheiro, mas capta-o no mercado, prestando um serviço de intermediação financeira.

Ponto menos delicado é saber se o contrato de serviços celebrado entre bancos e correntistas subsume-se a definição legal de serviços prevista no CDC e por outro lado se o correntista pode ser considerado um consumidor.

Para tanto, essas atividades bancárias devem ser consideradas como uma relação de consumo de produtos e serviços ofertados pelo banco no mercado. Vale dizer, aplica-se o CDC desde que haja subsunção do negócio alvitado às previsões legais acerca do consumidor e do fornecedor de um bem ou serviço.

II - O CONSUMIDOR DE SERVIÇOS BANCÁRIOS

A. Subsunção às Provisões do CDC

O CDC tem como objetivo a proteção da parte mais fraca em qualquer relação de consumo²⁵. Essa relação especial é normalmente estabelecida por um contrato entre o consumidor e o fornecedor, embora outras pessoas fora deste negócio jurídico podem também ser protegidos pelas normas do CDC, caso sofram um dano em

²¹ LANTIN (1981), p. 05.

²² LEWIS (1973), p. 02.

²³ Ver artigos 12 e 18 para produtos e artigos 14 and 20 para serviços.

²⁴ National Consumer Council, p. 124.

²⁵ BOURGOIGNE (1982), p.03.

razão de alguma prática comercial daquele fornecedor no mercado²⁶.

Foi dito supra que o contrato de serviços negociado entre banco e cliente seria uma relação de consumo desde que, primeiramente, ele concretizasse os suportes fáticos do artigos 2º e 3º do CDC que definem serviços e consumidor. Isso porque a noção de relação de consumo é achada quando se liga a definição legal de consumidor e de serviços (conceito relacional).

O fornecedor de serviços é a pessoa natural ou jurídica que oferta um serviço no mercado na acepção econômica da palavra, conforme o exposto na Introdução. Assim, serviço é *qualquer atividade ofertada no mercado de consumo, em troca de remuneração, incluindo a atividade bancária, financeira, crédito e seguros*²⁷. Dado esse conceito legal, fica evidente que o contrato de serviços entre bancos e clientes se subsume à hipótese legal do CDC a respeito do fornecedor de serviços. Todavia, a aplicação ainda depende de ser achado um consumidor nesta relação.

O CDC define consumidor em seu artigo 2º: "*Consumidor é qualquer pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza um produto ou serviço como destinatário final*".

A doutrina, interpretando esse artigo de Lei²⁸, afirma que "*consumidor é o destinatário fático ou econômico do serviço ... é o que usa o serviço com vistas a satisfazer uma necessidade pessoal ou um desejo ... não existe objetivo de lucrar mas, ao contrário, despende (em seu sentido econômico de oposição a poupar)*".

²⁶ CDC, artigo 29, citado abaixo.

²⁷ CDC, artigo 3º, II.

²⁸ TIMM (1998), p. 64.

²⁹ TIMM (1998), p. 65.

³⁰ CRANSTON(1997), p. 264.

Portanto, clientes que usam os serviços bancários para satisfazer necessidades pessoais e não para lucrar são consumidores e essa relação sofre a incidência do CDC. Por outro lado, a implicação disso é que as outras pessoas que contratam serviços bancários para instrumentalização de sua atividade econômica na busca do lucro não podem ser considerados consumidores (p. ex. a área de *corporate finance* dos bancos). Seria possível de defender uma exceção a esta regra somente se uma significativa vulnerabilidade pode ser encontrada entre a empresa e o banco, como no caso das micro-empresas, que movimentam um volume de recursos muito baixos, tendo em vista a preocupação com a parte hipossuficiente nas relações econômicas. Essa tese, no entanto, embora sustentável é perigosa por não precisar limites claros à exceção a regra, correndo-se o risco de transformar o que deve ser um microsistema legislativo no macrosistema que a tudo regula²⁹.

Dessa forma, o consumidor de serviços é basicamente "*a pessoa natural que está agindo fora do âmbito de seus negócios (incluindo aqui o comércio e a atividade profissional)*"³⁰ e negocia com o banco a prestação de serviços definidas como suas atividades principais (abrir uma conta-corrente para receber depósitos, pagamentos contra ordem). Claro que o financiamento pessoal concedido a pessoas que não são clientes do banco, não configuram a prestação de um serviço a esta pessoa em sentido estrito, mas o fornecimento do produto dinheiro. Todavia ainda há a possibilidade de dizer que a prestação de um serviço nesse último caso reside na atividade de captação e repasse de recursos financeiros que o banco executa. Em vista disso, todas as atividades acessórias presta-

das pelo banco são atraídas pela principal e também devem sofrer a regulamentação do CDC.

A despeito da clareza das disposições do CDC, alguns juristas, contratados pelos bancos, têm apresentado engenhosas teses para subverter a literalidade legal e fazer com que a atividade legal pudesse escapar das normas do CDC.

B. Algumas vozes contra

Alguns juristas defendem que o CDC só poderia ser aplicado a relações de consumo e não a atividades relacionadas com investimento e poupança, que caracterizam operações bancárias³¹. O ato de consumo, ainda segundo eles, é o objetivo da produção e é caracterizado pela destruição da coisa, enquanto os recursos financeiros são utilizados para gastar ou poupar, atos relacionados ao mercado de investimentos³². Assim, as negociações não ocorrem no mercado de consumo, mas no de investimentos. Consequentemente, o ato de o consumidor ter uma conta bancária ou tomar um empréstimo bancário não poderia ser considerado, tecnicamente, como um ato de consumo, por se situar fora do mercado de consumo. Acima disto, os recursos financeiros não são extintos pela operação bancária, mas ao contrário se multiplicam na economia. Por tudo isso, o CDC não se aplicaria ao caso vertente de operações bancárias³³.

Além do mais, as atividades ligadas ao crédito bancário não são contratos de serviços por envolverem a transferência de dinheiro³⁴.

³¹ Cf. WALD (1991), p. 66.

³² WALD, idem, ibidem.

³³ WALD, idem, ibidem.

³⁴ WALD, idem, ibidem.

³⁵ WALD, idem, ibidem.

³⁶ RAMSAY (1989), p.33.

³⁷ CRANSTON (1997), p. 140.

Portanto, elas configuram o fornecimento de um produto.

Finalmente, eles defendem que o direito do consumidor não podem influenciar tão importante e complexo ramo da economia, dada a função especial do dinheiro. Por isso, a atividade bancária deve ser controlada pelo BACEN, nos limites da legislação bancária já citada, que inclusive é lei complementar³⁵.

C. Resposta às críticas

Esses argumentos são de fato retóricos e acabam desviando o cerne da discussão. Primeiramente porque ignoram o “atual estado da arte”; segundo, porque eles desconsidera a atividade que está por trás do mero empréstimo de dinheiro que se apresenta como um serviço (algo como considerar a empreitada como fonte de uma obrigação de dar a obra, quando, na verdade, sabe-se que o dar está compreendido dentro do fazer a obra)³⁶.

É possível dizer que essas vozes contrárias a aplicação do CDC ignoram o ponto comum de qualquer manual de direito bancário de propósitos acadêmicos (obviamente livros e artigos escritos por advogados do sindicato dos banqueiros tem sua isenção científica comprometida por razões evidentes). Nesse sentido, CRANSTON³⁷, afirma:

“O conceito de banco múltiplo imediatamente oferece a imagem de um banco oferecendo diversos tipos de serviços. De-

pósitos em conta-corrente é básico e ao mesmo tempo mundano. Conjuntamente com depósitos estão os pagamentos realizados mediante as instruções dos clientes...financiamento bancário abarca uma grande variedade de técnicas, como o simples crédito concedido em conta-especial...”

Além disso, as vozes daqueles juristas contradizem a redação expressa do artigo 3º do CDC que determina a aplicação de suas normas às atividades bancárias e tentar criar distinções entre atividades e operações bancárias com o mero propósito de fazê-las escapar da incidência do CDC não se afigura uma postura científica.

Por fim, esses juristas estão advogando contra as leis dos países civilizados e contra uma tendência mundial, o que destoia da posição sempre ultraliberalizante e pró-globalização das instituições financeiras, dando a idéia de que o argumento econômico-jurídico varia conforme os interesses em jogo. Por exemplo, o *Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations* de 1994 (the UTCC Regulations, implementado no Reino Unido seguindo uma Diretiva Comunitária de mesma matéria) dispõe sobre uma larga escala de serviços que pode ser estendida ao campo do direito bancário. Com efeito, a UTCC aplica-se a qualquer “*pessoa que, agindo com propósitos relacionados aos seus negócios, fornece serviços*”. Embora esta legislação não traga uma definição de serviços de forma a incluir as atividades e operações bancárias, é certo que a estas se aplica, de acordo com CRANSTON³⁸:

“[é claro que] serviços bancários e financeiros são cobertos [pelo UTCC]. As atividades bancárias típicas – recebimento de depósitos e concessão de empréstimos – obviamente envolvem o fornecimento de um

serviço. O cumprimento de um pagamento a ordem do consumidor é também um serviço. Igualmente, o são os aconselhamentos financeiros, a atividade securitária, o gerenciamento de fundos de investimentos e assim por diante.”

Nesse sentido, os argumentos dos juristas contra a aplicação do CDC analisados no item anterior é enganoso e retórico porque ele analisa uma realidade fora do seu contexto, deixando de lado toda a operação que está por trás de um simples ato de empréstimo de dinheiro, como se o banco produzisse o dinheiro e dele dispusesse por milagre. No entanto, o quadro inteiro, que inclui os dois lados da moeda é que, perseguindo os seus propósitos comerciais, bancos fazem contratos pelos quais eles prometem guardar o dinheiro de correntistas e pagar a sua ordem, com o simples objetivo de captar dinheiro de poupadores no mercado e direcioná-los a quem deles precisa (mutuários). Por esta atividade de intermediação, que consiste em seu trabalho, os bancos cobram. Nesse sentido, vislumbra-se um serviço prestado, inclusive com fortes doses de interesse público. Tanto isso é verdade que o Acordo Geral sobre Comércio Internacional de Serviços – General Agreement on Trade in Services (GATS) –, originado da Rodada Uruguaia da Organização Mundial do Comércio (OMC) em dezembro de 1993, tem regras direcionadas aos serviços financeiros ofertados pelos bancos no mercado internacional³⁹. Nem poderia ser diferente, pois as atividades e operações bancárias compõem a parcela do PNB denominada de setor terciário ou de serviços.

A respeito de possíveis conflitos entre normas regulamentares e legislação sobre instituições financeiras e o CDC, eles devem ser resolvidos dentro dos princípios tradicionais de

³⁸ CRANSTON (1997), p. 164.

³⁹ SCOTT & WELLONS (1998), p. 189-201.

conflitos de leis no tempo e no espaço (por exemplo, norma especial prevalece sobre norma geral), não servindo de argumento contrário *a priori* à aplicação do CDC a serviços bancários.

Acima de qualquer coisa, a disputa parece desaparecer quando o artigo 29 do CDC é trazido à tona, cuja redação é a seguinte: "aqueles expostos às práticas previstas por este Código são colocados no mesmo nível dos consumidores". Portanto, mesmo que os contratantes de serviços bancários para fins não comerciais não configurem propriamente a posição de consumidores porque não destroem o dinheiro, ainda assim eles seriam protegíveis pelas normas do CDC dado o seu compromisso com a proteção contra práticas comerciais abusivas às partes hipossuficientes⁴⁰, desde uma vulnerabilidade seja encontrada no caso concreto⁴¹.

III - CONSEQUÊNCIAS

Uma vez aceita a aplicação do CDC aos serviços, operações, atividades bancárias contratadas pelos consumidores, uma das mais importantes consequências é aplicação do princípio da boa fé objetiva, ainda não explorada suficientemente pela doutrina nacional.

Tecnicamente, esse princípio impõe uma série de deveres implícitos (*deveres anexos ou laterais*) que são adicionados aos deveres principais de guarda do dinheiro e pagamentos a ordem do consumidor, dando origem a uma relação obrigacional complexa, de forma que

o adimplemento do programa obrigacional dependerá do seu estrito cumprimento.⁴² Vale dizer, qualquer descumprimento de um dever anexo implicará inadimplemento e indenização, caso gerado um prejuízo ao cliente. Não se deve esquecer que os serviços bancários são tipicamente longos e a relação contratual é estabelecida para protrair no tempo (chamados por alguns de *contratos cativos ou relacionais*⁴³).

Os deveres anexos que exsurtem de uma relação obrigacional complexa como a bancária podem ser sistematizados da seguinte forma⁴⁴:

- a) Deveres de cuidado, proteção, segurança e precaução (os quais aplicados ao banco significam cautela no momento de assessoria financeira em investimentos; cuidado com a integridade física dos clientes que deverão ser protegidos em assaltos a agências bancárias; não colocá-los indevidamente em cadastros de devedores inadimplentes como o CADIN, SERASA);
- b) Deveres de informação e esclarecimento (no caso dos bancos, por exemplo, os extratos deverão ser apresentados de forma clara e auto-esclarecedora; as máquinas automáticas devem contar com dispositivos que permitam ao cliente saber seu saldo; o reflexo dos juros em operações de empréstimo devem ser informados ao consumidor; treinamento de pessoal);
- c) Dever de prestação de contas (e.g. informar a respeito da cobrança de impostos);

⁴⁰ BOURGOIGNE, idem, ibidem.

⁴¹ DALL'AGNOL JUNIOR (1998), p. 14-17.

⁴² TIMM (1998), p. 91-108.

⁴³ MARQUES (1998), p. 25.

⁴⁴ MARTINS-COSTA (1996), p. 547.

- d) Deveres de lealdade e cooperação (por exemplo, o banco deve evitar atrasos desnecessários para efetuar transferências de dinheiro e ficar aplicando o dinheiro recebido nesse intervalo);
- e) Dever de sigilo (e.g. não fornecer dados sobre seus clientes, salvo contra ordem judicial).

Dessa forma, o contrato de serviços bancários estabelece um programa obrigacional complexo, recheado de deveres que não se resumem àqueles expressamente previstos no instrumento contratual firmado pelas partes, mas abarcam também aqueles outros derivados da boa fé negocial.

Em síntese, pode-se dizer que a aplicação do CDC aos serviços fornecidos pelos bancos para alguns de seus clientes torna a relação obrigacional um programa complexo, cujo adimplemento depende do respeito a deveres que derivam da própria natureza da relação contratual (boa fé), independentemente de previsão das partes⁴⁵. Além, claro, de todas as regras sobre publicidade enganosa e de proteção contratual contra cláusulas abusivas.

Nesse sentido, o contrato entre bancos e consumidores deve ser visto como um processo no qual diversos deveres exsurtem e se extinguem durante a sua vida, que é deveras longa e complexa devida a sua própria natureza⁴⁶. O surgimento desses deveres anexos depende uma análise casuística que deriva sobretudo da finalidade econômica pretendida pelas partes, da natureza do negócio e da doutrina acerca do princípio da boa fé objetiva⁴⁷.

⁴⁵ TIMM, idem, ibidem.

⁴⁶ MARQUES (1998), p. 28.

⁴⁷ Para uma análise mais detalhada da aplicação dos princípios jurídicos e cláusulas gerais, ver MARTINS-COSTA (1996).

IV - CONCLUSÃO

Como conclusão, responde-se às duas principais questões propostas na introdução deste trabalho.

Primeiramente, pode-se dizer que o CDC aplica-se a alguns contratos de serviços celebrados entre bancos e clientes. Isso depende de se achar um consumidor como contratante de uma atividade ou operação bancária. O consumidor é aquele que usa um serviço bancário com uma finalidade não profissional. Excepcionalmente, poder-se-á expandir a proteção do CDC para atingir relações não estritamente de consumo em casos de extrema vulnerabilidade econômica do contratante dos serviços bancários, mas sempre com o cuidado de não tornar o que é um microsistema legislativo numa panacéia para todos os males. Então quando uma pessoa natural abre uma conta bancária para que o mesmo guarde e remunere seu dinheiro, pagando as contas que indicar, configura-se uma relação de consumo. Essa contratação permite ao banco captar recursos financeiros e repassá-los a quem deles necessite. Essa é a relação de consumo bancário típica.

Em segundo lugar, a principal consequência da aplicação do CDC é a imposição de uma série de deveres anexos a relação de consumo independentemente da vontade das partes e que integrarão o programa obrigacional para fins de adimplemento e responsabilidade civil. Sem deixar de lado, naturalmente, toda a proteção contratual contra cláusulas abusivas e publicidade enganosa oferecida pelo CDC. Em consequência, o consumidor poderá processar o banco pelo descumprimento de qualquer desses deveres anexos catalogados no capítulo anterior e para anular cláusulas abusivas impostas em contratos de adesão.

V - BIBLIOGRAFIA CITADA

- BOURGOIGNE, Thierry. *Introduction*. in Revue Internationale de Droit Compare, vol. 513, 1982, p. 03.
- CRANSTON, Ross. *Principles of banking law*. Oxford, Clarendon Press, 1997.
- DALL'AGNOLJUNIOR, Antonio Janyr; *Direito do consumidor e serviços bancários e financeiros - aplicação do CDC nas atividades bancárias* Revista do Direito do Consumidor, vol. 15, 1998, p. 27.
- FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: produtos e serviços*. Rio de Janeiro, Qualitymark Editora Ltda., 1992.
- GREEWALD, Douglas. *Dictionnaire economique*, Librairie General de Droit et Jurisprudence Paris, 1993.
- LANTIN, Barbara & WOODROFFE, Geoffrey; *Service please*, National Consumer Council, 1981.
- LEWIS, Russel. *The new service society*, Longman Group Limited, 1973.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1992.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos bancários em tempos pós-modernos - primeiras reflexões*. In Revista do Direito do Consumidor, vol. 25, 1998, p. 19.
- MARTINS-COSTA, Judith. *Sistema e cláusula geral*, Tese de Doutorado, Sao Paulo, USP, 1996.
- NATIONAL CONSUMER COUNCIL. *Banking services and the consumer*, Londres, Methuen & Co. Ltd., 1983.
- RAMSAY, Iain. *Consumer Protection: text and materials*. Londres, Weidenfeld and Nicolson, 1989.
- SCOTT, Hall & WELLONS, Philip. *International Finance*. Nova Iorque, Foundation Press, 1998.
- TIMM, Luciano Benetti. *Da prestação de serviços*. Porto Alegre, Sintese, 1998.
- WALD, Arnold; *O direito do consumidor e suas repercussões em relação às instituições financeiras*. Revista dos Tribunais, vol. 66, 1991, p. 12.

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade na Alemanha e possibilidades de sua aplicação no Direito privado brasileiro*

Marcos de Campos Ludwig

Mestrando em Direito Privado pela UFRGS
Pesquisador-bolsista da Fundação CAPES

INTRODUÇÃO

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade está expressamente consagrado na Alemanha pelo art. 2, 1, da Lei Fundamental¹, tendo exercido, desde o alvorecer do pós-guerra, considerável influência sobre as relações jusprivadas, graças à perspectiva constitucional adotada e trabalhada pelos tribunais maiores daquele país. Assumiu papel basilar nesse sentido, desde sua instituição em 1951, a Corte Constitucional germânica (*Bundesverfassungsgericht* - BVerfG).

Tal evolução jurisprudencial, como veremos, não ocorreu por acaso: escudavam-na vários séculos de doutrina teológica, filosófica e jurídica, que culminaram na elaboração do que veio a ser chamado, já no final do século XIX, de *Direito geral da personalidade*. Essa teoria,

SUMÁRIO

Introdução.

- I- *O processo de recepção da personalidade (especialmente na Alemanha)*. A) *Pessoa e personalidade*. 1. *Origens do conceito jurídico de pessoa*. 2. *A personalidade como categoria ética*. B) *O problema da tutela jurídica da personalidade*. 1. *Direito geral da personalidade*. 2. *A ruptura totalitária e sua superação*.
- II- *A aplicação do direito ao livre desenvolvimento da personalidade no Direito privado alemão e brasileiro*. A) *A incidência da Constituição sobre o Direito privado*. 1. *Direitos fundamentais e Direito privado*. 2. *Diferenças entre a experiência alemã e brasileira*. B) *Análise jurisprudencial comparativa*. 1. *Evolução do tema na jurisprudência alemã*. 2. *Alcance da expressão na jurisprudência brasileira*.

Conclusões.

Obras consultadas.

* Este artigo é uma versão retrabalhada da monografia escrita para a disciplina de Teoria Geral do Direito Privado, ministrada pela professora Dra. Judith Martins-Costa no curso de mestrado do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFRGS, durante o primeiro semestre de 2000. Agradecemos à professora todo o auxílio prestado - verdadeira conditio sine qua non deste nosso esforço - e ao professor Almiro do Couto e Silva a paciência e um par de indicações bibliográficas valiosas.

¹ "Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt" (Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral). O substantivo alemão Entfaltung seria melhor traduzido, talvez, por "desdobramento"; optamos por "desenvolvimento", contudo, por já restar consagrado como termo da expressão "livre desenvolvimento da personalidade".

gerada a partir da recepção pela ciência do Direito da noção ética de personalidade, experimentou um período de ocaso durante os anos da ruptura totalitária² proporcionada pelo regime nacional-socialista, mas foi justamente retomada pela jurisprudência alemã do pós-guerra. No ordenamento jurídico brasileiro, inexistiu um dispositivo paralelo ao art. 2, 1, da Lei Fundamental alemã. Conhecemos, no entanto, o princípio fundamental da *dignidade da pessoa humana*³, conforme previsto no art. 1.º, III, da Constituição de 1988. A principal pretensão deste trabalho é demonstrar que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade vigora também no Brasil, como princípio implícito que embasa, especificamente no âmbito do Direito privado, tanto a tutela da intimidade (aspecto negativo) quanto a autonomia privada (aspecto positivo)⁴.

Assim, começaremos por examinar como surgiu historicamente a noção de personalidade na doutrina européia, distinta em sua fonte do conceito jurídico de pessoa, que será igualmente tratado. Concentraremos a atenção nas idéias desenvolvidas na Alemanha, para não fugirmos ao tema proposto: o pensamento de Immanuel Kant, em tal análise, ocupa lugar essencial, e se as obras consultadas são de origem predominantemente alemã, as razões são óbvias.

Esse panorama histórico é causa do que será abordado na segunda parte, que versará, então, sobre a fértil atividade jurisdicional verificada na Alemanha a partir da promulgação da Lei Fundamental, com o decisivo impulso do BVerfG e de inúmeros doutrinadores

tedescos, especialmente no que se refere à aplicação dos direitos e garantias fundamentais no Direito privado.

Isso posto, passaremos enfim à análise do ordenamento constitucional e da jurisprudência brasileira, visando a afirmar a plausibilidade do reconhecimento do direito ao livre desenvolvimento da personalidade em nosso sistema jurídico. Nessa tarefa, serão constantes alusões a autores nacionais, que complementam a bibliografia utilizada. Por último, alertamos que a pesquisa jurisprudencial realizada, dentre os tribunais brasileiros, limitou-se:

- a) ao Supremo Tribunal Federal (STF), por fazer as vezes de Corte Constitucional no nosso país;
- b) ao Superior Tribunal de Justiça (STJ), por representar um importante papel renovador da jurisprudência brasileira, desde sua instituição após a promulgação da CRFB;
- c) ao Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (TJRS), pela tradição criativa e inovadora que alguns de seus acórdãos fizeram com que merecesse – não sem motivo.

I- O PROCESSO DE RECEPÇÃO DA PERSONALIDADE (ESPECIALMENTE NA ALEMANHA)

A. Pessoa e personalidade

1 *Origens do conceito jurídico de pessoa*

A primeira noção que devemos ter presente é que o conceito jurídico de pessoa nem

² A expressão é de Hannah Arendt (apud: LAFER, A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt, São Paulo, Companhia das Letras, 1999, passim). Voltaremos a esse ponto adiante (v. parte I, 2.2).

³ A dignidade da pessoa humana também encontra-se expressa como norma constitucional na Alemanha (art. 1, 1, da Lei Fundamental de 1949), antecedendo, como sua base, o artigo referente ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

⁴ Até onde sabemos, o mérito da distinção de aspectos negativo e positivo da defesa da personalidade, como tarefa central do Direito privado, pertence a HESSE, Derecho constitucional y Derecho privado, trad. por Ignacio Gutiérrez-Gutiérrez, Madri, Civitas, 1995, p. 74 e ss.

sempre representou o que hoje significa: seu sentido e alcance são condicionados historicamente pelo valor que lhe foi atribuído em diferentes épocas e locais.

Em Roma, ao contrário do que se poderia pensar, considerava-se *persona* qualquer ser humano – inclusive os escravos⁵. A diferente situação destes em relação aos homens livres baseava-se, em verdade, na atribuição de capacidade jurídica somente aos últimos⁶. Nada impedia que uma pessoa fosse juridicamente tratada como coisa⁷, idéia que hoje nos causa estranheza; de qualquer modo, eram sinônimos os conceitos de pessoa e de ser humano.

No decorrer dos séculos, contudo, verificamos uma dissolução dessa sinonímia. Se, por um lado, algumas culturas arcaicas ampliavam a condição de pessoa a objetos e animais⁸, concepção que perdurou durante a Idade Média⁹, de outra parte houve não raras ocasiões em que nem todos os seres humanos eram personificados. Nesse sentido, foram necessárias pelo menos duas grandes conquistas teóricas, a fim de superar o estágio anterior:

- a) em primeiro lugar, a idéia de que “apenas os seres humanos são pessoas”¹⁰. Com fundamentos na teologia moderna, deve-se em grande parte à obra de Tomás de Aquino (1225-

⁵ KASER, Direito privado romano, trad. por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 99. No período pós-clássico, os romanos passaram a usar o termo *persona* preferencialmente para designar as pessoas livres. Cf. PONTES DE MIRANDA, Tratado de Direito privado, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1954-66, t. I, § 48, 3.

⁶ Quanto à graduação da capacidade jurídica, afirma KASER: “Enquanto hoje a capacidade jurídica é entendida de modo unitário, com base na liberdade e na igualdade de todos os homens perante a lei, os Romanos, a questão sobre quais os direitos que competem a cada indivíduo, respondem de forma diferente para cada grupo de pessoas. Distinguem-se três pontos de vista segundo os quais pode ser graduada a situação jurídica do indivíduo: segundo a liberdade (*libertas*), a cidadania (*civitas*) e a posição na família” (op. cit., pp. 99-100).

⁷ De fato, em Roma, “juridicamente os escravos são ao mesmo tempo *res* (objeto de direito) e *personae*” (KASER, op. cit., p. 107), caracterizando-se por serem considerados “incapazes de ser sujeito de direitos públicos e privados” (p. 106). No entanto, como *persona aliena iuris* que era, o escravo romano podia ter um *peculium* cedido pelo dono, para sua administração autônoma, apesar de que a propriedade do *peculium* permanecia com o cedente (p. 108). A ênfase, em suma, localizava-se na noção de capacidade jurídica – e não no conceito de pessoa –, revelando um posicionamento ideológico que, em razão dos trabalhos da Pandectística alemã durante o século XIX, veio a exercer fortíssima influência sobre o processo codificatório oitocentista, conforme se verifica pela leitura tanto do § 1.º do BGB quanto do art. 2.º do Código Civil brasileiro (v. infra). A esse respeito, especificamente quanto à experiência alemã, v. HATTENHAUER, *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*, trad. por Gonzalo Hernández, Barcelona, Ariel, 1987, pp. 13-14.

⁸ Alguns exemplos curiosos nos são fornecidos por PONTES DE MIRANDA, ao discorrer sobre o nexo necessário entre responsabilidade e a condição de pessoa, como quando “em Tasos, no século IV, em ação intentada pelo filho da vítima, esmagada pela estátua do Atleta Teagenes, foi essa condenada e lançada ao mar” (op. cit., t. LIII, § 5.498, 2). E conclui o jurista brasileiro: “(...) o que objetivamente de tudo isso nos fica é atentativa de submeter os animais e as coisas ao expediente adaptativo, que fôra profícuo no homem e falhou nos demais seres” (idem). Em sentido semelhante, HATTENHAUER resume tal tendência do espírito humano: “Siempre que el hombre deposita su confianza en algo, surge esa técnica de la personificación de cosas e ideas” (op. cit., p. 14).

⁹ HATTENHAUER, op. cit., p. 15.

¹⁰ *Tratamos apenas das pessoas físicas; não interessam ao presente estudo as pessoas jurídicas stricto sensu, fictícias, fingidas ou morais, conforme a nomenclatura preferida.*

74), bem como ao seu posterior desenvolvimento pelos jusnaturalistas espanhóis, no século XVI, mormente face às novas experiências proporcionadas pelo descobrimento do Novo Mundo¹¹;

b) em segundo lugar, a constatação de que “todos os seres humanos são pessoas”. Trata-se de noção igualmente aperfeiçoada à época do descobrimento da América, como resposta dos representantes do jusnaturalismo cristão à questão inarredável de reconhecer-se ou não os índios como pessoas¹².

Somente assim, respirando-se já os ares humanistas do Renascimento, foi alcançado o conceito jurídico moderno de pessoa, em cujo suporte fático se encontra apenas a condição humana¹³. É realmente formidável o avanço representado por essa junção de idéias

jusnaturalistas, a consagrar o princípio da igualdade formal entre os homens, sendo recepcionada e celebrada pelos pensadores do Iluminismo; nas palavras de Hans Hattenhauer, “a Humanidade se converteu, assim, numa autêntica comunidade de Direito de hierarquia superior”¹⁴.

Não podemos esquecer, a essa altura, a lição de Johannes Althusius (1557-1638), quando registrou em seu *Epitome Dicaeologiae Romanae* que “persona est homo iuris communionen habens” (a pessoa é o homem como co-participante do Direito)¹⁵. Ou, numa tentativa de formulação lógica: (a) só há pessoa se houver ser humano, mas (b) só há ser humano se houver sociedade, de modo que (c) só há pessoa se houver ser humano e sociedade. Persiste aí uma inter-relação necessária¹⁶.

¹¹ Com efeito, como explica HATTENHAUER, “a la vista de las riquezas naturales de América, consideradas incomensurables, carecía de sentido seguir reconociendo a la Creación inanimada, vegetal o animal, la calidad de persona y, consecuentemente, el beneficio de la protección jurídica, por lo que la doctrina de los iusnaturalistas puso esta parte de la Creación a libre disposición de los conquistadores” (op. cit., p. 15).

¹² Uma resposta negativa, i.e., que não reconhecesse a condição de pessoa aos índios, a princípio conflitaria com o disposto na Bíblia, ao identificar na razão inerente a todo ser humano o sopro divino (HATTENHAUER, op. cit., p. 15). LAFER menciona ainda as seguintes palavras de São Paulo (Epístola aos Gálatas, 3, 28): “não há judeu, nem grego, não há escravo nem livre, não há homem nem mulher, pois todos vós sois um só em Cristo Jesus” (op. cit., p. 119).

¹³ “La condición de humano era el único requisito necesario para alcanzar la prerrogativa de persona, y no lo eran otras cualidades añadidas, como la fe verdadera, la recta conciencia, el adecuado linaje, el sexo, la posición o el origen privilegiados. Para ser persona no debía tenerse por impedimento que alguien fuera hereje, incrédulo, indio, judío, mujer o vagabundo” (HATTENHAUER, op. cit., p. 16); v. ainda PONTES DE MIRANDA, op. cit., t. VII, § 727, 1.

¹⁴ HATTENHAUER, op. cit., p. 16 (traduzimos).

¹⁵ HATTENHAUER, op. cit., p. 17. A obra de Althusius é fundamental para o desenvolvimento da teoria jusnaturalista do contratualismo, durante os séculos XVII e XVIII, seja na acepção a ela dada por Thomas Hobbes (1588-1679), John Locke (1632-1704) ou Jean-Jacques Rousseau (1712-78) – v. BOBBIO, Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant, trad. de Alfredo Fait, 4.ª ed., Brasília, Universidade de Brasília, 1997, p. 27; LAFER, op. cit., pp. 121-122.

¹⁶ Numa passagem fascinante de seu livro, HATTENHAUER indica a representação literária dessa idéia no Robinson Crusoe, de Daniel Defoe, que serviria como “una expresiva demostración de la veracidad de la teoría social del Derecho natural” (op. cit., p. 18): a personagem principal, até encontrar o nativo Sexta-feira, não seria pessoa na acepção jurídica do termo – mas sim, unicamente, um homem. O mencionado encontro, por sua vez, representa o “contrato” pelo qual nasce a sociedade civil e, ao mesmo tempo, o Direito e a condição de pessoa.

Logo, para podermos conceituar pessoa é mister que estejam indissociavelmente compreendidas tanto a dimensão individual quanto a dimensão social do ser humano¹⁷ – a sociedade é formada pela soma dos indivíduos que, por sua vez, dela dependem para desenvolverem-se como pessoas. A supressão de qualquer uma dessas dimensões do ser humano conduz, inevitavelmente, à alguma espécie de totalitarismo.

Não foi à toa que Hannah Arendt considerou Jean-Jacques Rousseau (1712-78) “o primeiro teórico moderno da intimidade enquanto rebelião do indivíduo”¹⁸, pois a preocupação do filósofo genebrino centrou-

se, pelo menos em seus últimos escritos, justamente em emancipar a dimensão individual do ser humano do “conformismo nivelador da sociedade”¹⁹. O que veremos a partir do século XIX, em contrapartida, é a consagração excessiva do individualismo pelo pensamento liberal burguês, a atentar agora contra a dimensão social do ser humano²⁰.

Ao identificar o individualismo como uma das dimensões da tradição que ensejou o tema dos direitos humanos, conforme a lição de Arendt, escreveu Lafer tratar-se de “parte integrante da lógica da modernidade, que concebe a liberdade como a faculdade

¹⁷ Lembramos aqui, a título de ilustração, a história narrada pelo personagem Jacobina no conto “O espelho”, de MACHADO DE ASSIS, para justificar sua tese sobre a alma humana: “Cada criatura humana traz duas almas consigo: uma que olha de dentro para fora, outra que olha de fora para dentro (...); as duas completam o homem, que é, metafisicamente falando, uma laranja. Quem perde uma das metades, perde naturalmente metade da existência; e casos há, não raros, em que a perda da alma exterior implica a da existência inteira” (in: Obra completa, Rio de Janeiro, José Aguilar, 1959, vol. II, pp. 341-342).

¹⁸ LAFER, op. cit., p. 264.

¹⁹ LAFER, op. cit., p. 266. Confessadamente inspirada no pensamento de Rousseau quanto à proteção da intimidade, Hannah Arendt propôs, em seu polêmico artigo “Reflections on Little Rock”, a exclusividade como princípio central da esfera privada – contraposta à igualdade como princípio central da esfera pública. O reconhecimento de um princípio que tutele o right to be let alone, ratifica LAFER, é indispensável “para assegurar ao indivíduo a sua identidade diante dos riscos de nivelamento do social” (op. cit., p. 267), sob pena de instaurar-se uma situação-limite de totalitarismo moral, a que Arendt dá o nome de desolação. É o que ocorreu durante a experiência nacional-socialista na Alemanha, vivenciada e combatida por Arendt, que desenvolveu sua doutrina justamente a partir da idéia dessa ruptura (LAFER, op. cit., p. 117 e ss.).

²⁰ Ainda hoje essa exaltação do individualismo desperta críticas na doutrina, como as feitas pelos representantes do chamado humanismo jurídico (e.g., EDELMAN, La personne en danger, Paris, Presses Universitaires de France, 1999, p. 503 e ss.). Em França, comentou esse posicionamento crítico OPPETIT: “la destruction de l'idée de nature, en provoquant une exaltation incontrôlée de l'individu et de ses droits subjectifs, aurait affranchi ces derniers de toute limite et instauré l'omnipotence absolue du sujet, qui ne rencontre d'autres limites que la réalisation même de ses désirs, notamment dans le monde de la technique et de l'économie” (Philosophie du Droit, Paris, Dalloz, 1999, p. 135). Logo após, contudo, OPPETIT advertiu quanto ao perigo contrário – i.e., uma aniquilação da dimensão individual da pessoa mediante uma juridicização excessiva da Moral –, alertando que “il n'existe pas de morale officielle, droit et morale recouvrant des domaines distincts” (op. cit., p. 137). Em suma, entendemos que a relação entre ambas as dimensões apresenta caráter dialético, razão pela qual um dos pólos sempre dependerá da manutenção do outro. Em breve análise da dialética na experiência jurídica, v. REALE, Ciência do Direito e dialética, in: Horizontes do Direito e da História, 3.ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, pp. 343-348.

de autodeterminação de todo ser humano²¹. O ponto culminante dessa lógica pode ser identificado em Immanuel Kant (1724-1804)²², cujo criticismo, ao mesmo tempo em que informou as bases para uma nova classificação da razão, representou o fecho de vários séculos de pensamento filosófico quanto à questão moral da liberdade.

2. A personalidade como categoria ética

No momento de transição histórica pre-

parado pelo Iluminismo e representado pela Revolução Francesa, portanto, Kant inaugurava a deontologia moderna da pessoa. No núcleo dessa nova concepção, cujos antecedentes acima pretendemos expor, encontra-se essencialmente vinculada ao valor *liberdade* a noção de *personalidade*, como veremos.

Em 1785, Kant publicou uma *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, estudo preparatório à sua *Crítica da razão prática* (1788),

²¹ LAFER, op. cit., p. 120. Com efeito, encontramos as origens epistemológicas do individualismo tanto no voluntarismo de Duns Scotus (1266-1308), que primeiro consagrou a preeminência do intelecto, quanto no nominalismo do teólogo inglês Guilherme de Occam (1300-50), que afirmou o primado gnoseológico da subjetividade sobre a coletividade. No campo religioso, as raízes estão na Reforma, que, por assim dizer, vinculou a salvação à realização individual, à verdade subjetiva da fé (v. LAFER, op. cit., pp. 120-121; WIEACKER, História do Direito privado moderno, 2.ª ed., trad. por A. M. Botelho Hespanha, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1993, p. 285, nota 19; HESAPANHA, Panorama histórico da cultura jurídica europeia, 2.ª ed., Europa-América, 1998, pp. 62-65).

A partir desse panorama, torna-se possível a Hugo Grócio (1583-1645) empreender a laicização do Direito natural, transferindo o seu fundamento para a razão – nada mais de acordo com a incipiente ciência moderna, cujas bases seriam sistematizadas em breve por René Descartes (1596-1650), já que a obra-prima de Grócio, *De iure belli ac pacis libri tres* (1623), foi publicada poucos anos antes dos escritos teóricos fundamentais de Descartes, i.e., *Regras para a conduta do espírito* (1628), o famoso *Discurso do método* (1637) e seus *Princípios da Filosofia* (1644). Não obstante, há divergência na doutrina no que se refere a ser ou não Grócio o fundador de um sistema jus-racionalista. WIEACKER, por exemplo, apontando a íntima ligação do jurista holandês com a tradição medieval da teologia moral da escolástica tardia, sustenta que descabe a consagração de Grócio como precursor do Iluminismo: “o impacto de Grócio é antes fundado (...) no seu eficaz papel de mediador entre a tradição da teologia moral e o futuro jus-racionalismo profano. Ao contrário do que aconteceu com a tradição da Igreja Católica, Grócio pôde ser directamente adoptado pelo iluminismo deista e tornar-se, assim, influente, no pensamento profano” (op. cit., pp. 337-338).

De qualquer modo, a emancipação de uma ética social autônoma é continuada e desenvolvida por Samuel Pufendorf (1632-94), jurista de formação luterana que expulsa a revelação do domínio da razão natural e a encaminha para o domínio da fé (WIEACKER, op. cit., p. 347). Já contando com a influência do mecanicismo de Galileu e do racionalismo de Descartes, ele deixou expresso que a socialitas (dimensão social do ser humano) e *aimbecillitas* (dependência do ser humano em relação aos seus semelhantes) não advêm de meros impulsos fisiológicos; são categorias que representam, isto sim, axiomas éticos (op. cit., p. 350). WIEACKER ressalta a formidável influência que a obra de Pufendorf exerceu sobre o Iluminismo dos Estados autoritários da Europa central e, posteriormente, sobre as primeiras codificações modernas, ao estabelecer os pressupostos metodológicos para uma ética social autônoma e sistemática, à semelhança do que Descartes realizara em relação ao pensamento científico (op. cit., p. 353); assim, inclusive, “a ‘parte geral’ de muitos dos novos códigos seria dificilmente pensável sem o trabalho prévio de Pufendorf” (op. cit., p. 350). Por outro lado, HESAPANHA destaca ainda a importância da filosofia utilitarista de Jeremy Bentham (1748-1832) no movimento codificatório moderno (op. cit., pp. 162-164).

²² No aspecto ora estudado, a obra kantiana sofreu influência de Rousseau e, em grau ainda mais alto, do filósofo escocês David Hume (1711-76), conforme indica IMAZ (Prólogo, in: KANT, Filosofia de la Historia, trad. de Eugenio Imaz, 1.ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1941, p. 2).

com a qual ambicionou formular uma filosofia moral pura, ou seja, despida de qualquer fator empírico – a essa posição quanto à origem do conhecimento filosófico, inaugurada pelo pensador alemão em sua *Crítica da razão pura* (1781), dá-se o nome de apriorismo²³. Cabe ressaltarmos, contudo, que *a priori*, aqui, não significa “inato” nem “temporalmente anterior”, mas tão-somente “o que independe da experiência individual”²⁴.

Podemos notar, portanto, que, embora compreendido dentro da tradição iluminista que (re)coloca o ser humano no centro das preocupações filosóficas, seria um equívoco acusar Kant como precursor teórico do individualismo burguês que veio a moldar o século XIX. Tal não foi o seu intento; pelo contrário, encerrado em sua cidade natal de Königsberg, pregou o amor incondicional à lei moral e preocupou-se em estabelecer uma Metafísica dos costumes justa-

mente “porque os próprios costumes ficam sujeitos a toda a sorte de perversão enquanto lhe faltar aquele fio condutor e norma suprema do seu exato julgamento”²⁵.

É inegável, de qualquer maneira, que a ênfase dada por Kant à questão da liberdade no uso da razão humana, com a concomitante produção de uma “vontade boa em si mesma”²⁶, acabou por dar espaço a um voluntarismo que até hoje é combatido pelos juristas²⁷. Ao mesmo tempo, todavia, aplicada ao jus-racionalismo iluminista, consistiu num passo fundamental para a *consagração dos direitos humanos*, já a partir da Declaração Francesa de 1789²⁸.

Nesse sentido, escreve Lafer que “este processo de secularização (do Direito natural) culmina com o *sapere aude* kantiano, ou seja, com a liberdade do uso autônomo da própria razão”²⁹. De fato, num ensaio denominado *Que*

²³ SALGADO MARTINS, Preparação à Filosofia, 3.ª ed., Porto Alegre, Globo, 1978, pp. 50-54.

²⁴ SALGADO MARTINS, op. cit., p. 52.

²⁵ KANT, *Fundamentação da Metafísica dos costumes*, trad. por Paulo Quintela, in: Os pensadores: Kant, 1.ª ed., São Paulo, Abril Cultural, 1974, p. 199. A busca de uma razão pura para a Ética, contudo, parece ter experimentado as mesmas dificuldades a que ficou sujeita, no campo jurídico e já no século XX, mutatis mutandi, a teoria pura do Direito, conforme formulada por Hans Kelsen: ambas as teses possuíam objetivos nobres, mas conduziram a resultados práticos de eficácia duvidosa. O próprio KANT, aliás, reconhece os problemas inerentes à aplicação de uma razão pura prática: “O homem, com efeito, afetado por tantas inclinações, é na verdade capaz de conceber a idéia de uma razão pura prática, mas não é tão facilmente dotado da força necessária para tornar eficaz em concreto no seu comportamento” (*Fundamentação cit.*, p. 199). Nesse sentido, em última análise, a doutrina kantiana apoia-se toda na confiança em relação à moralidade humana, como notamos na sua famosa regra: “(...) devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha máxima se torne uma lei universal” (*Fundamentação cit.*, p. 209).

²⁶ KANT, *Fundamentação cit.*, p. 205.

²⁷ Não adentraremos esse ponto específico, sem dúvida muito rico, por fugir ao tema deste trabalho. Basta fazer menção às discussões em torno do combate ao “dogma da vontade”, com o estabelecimento de limites à autonomia privada, bem como ao reconhecimento de uma função social aos institutos de Direito privado, citando-se aí a obra pioneira de GIERKE, já em fins do século XIX (*La función social del Derecho privado*, trad. por José M. Navarro de Palencia, Madrid, Sociedad Editorial Española, 1904); v. ainda HATTENHAUER, op. cit., pp. 73-76.

²⁸ Especificamente sobre o posicionamento de Kant em relação aos eventos da Revolução Francesa, v. o ensaio de BOBBIO, Kant e a Revolução Francesa, in: A era dos direitos, trad. por Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro, Campus, 1992, pp. 131-141.

²⁹ LAFER, op. cit., p. 121.

é a *ilustração*.² (1784), publicado pouco antes da Revolução Francesa, Kant celebrava o uso autônomo da razão humana, como ato de liberdade moral, ao mesmo tempo em que tal atitude representaria a saída do estado de “incapacidade culpável” dentro do qual se encontraria o gênero humano³⁰.

Entendia o filósofo alemão que a renúncia pura e simples a esse dever moral, ainda que fosse em nome da própria pessoa, significaria, em suas palavras, tanto como violar e pisotear os sagrados direitos do homem³¹. É sensível, portanto, em Kant, a vinculação da personali-

dade ao dever ético de utilizar autônoma e racionalmente a liberdade, em atinência com a natureza humana³².

“Algo mais que uma máquina”, com efeito, é o ser humano para Kant³³, tornando-se imprescindível o reconhecimento de sua dimensão ética, de sua condição de *homo noumenon*³⁴ – vale dizermos, de sua personalidade³⁵. Ou seja: como pessoa que é, o ser humano tem direitos e deveres em suas relações com os demais seres humanos, como pessoas que são, a consagrar o *respeito recíproco* como princípio fundamental do Direito³⁶; em outras

³⁰ Sintetizando o espírito iluminista, bradava KANT: “Para esta ilustración no se requiere más que una cosa, libertad; y la más inocente entre todas las que llevan ese nombre, a saber: libertad de hacer uso público de su razón íntegramente” (*¿Qué es la ilustración?*, in: *Filosofía cit.*, p. 28).

³¹ KANT, *¿Qué es cit.*, p. 33.

³² Essa idéia foi reiterada por KANT em vários escritos. Assim, e.g., na conclusão de sua Crítica da razão prática (trad. por Artur Morão, Lisboa, Edições 70, 1997), onde expressa sua admiração e veneração por duas coisas, acima de tudo: “o céu estrelado sobre mim e a lei moral em mim”; esta lei moral interna, para KANT, é justamente a personalidade, que “eleva infinitamente o meu valor como inteligência” e “me descobre uma vida independente da animalidade e mesmo de todo o mundo sensível” (pp. 183-184).

³³ Destarte escreveu o filósofo: “(...) cuando la Naturaleza ha logrado desarrollar, bajo esta dura cáscara, esa semilla que cuida con máxima ternura, a saber, la inclinación y oficio de libre pensar del hombre, el hecho repercute poco a poco en el sentir del pueblo (con lo cual éste se va haciendo cada vez más capaz de la libertad de obrar) y hasta en los principios del Gobierno, que encuentra ya compatible dar al hombre, que es algo más que una máquina, un trato digno de él” (KANT, *¿Qué es cit.*, p. 37 – grifamos).

³⁴ Nesse sentido, comentando a obra kantiana, acrescenta IMAZ: “(...) el homo noumenon empieza a ser la humanidad – Menschheit – en el hombre y termina siendo la humanidad de los hombres: la especie moral. La especie moral es la que tiene un destino que cumplir: un bien supremo que alcanzar” (op. cit., p. 16). A respeito da necessidade de utilizar-se a Humanidade na pessoa do homem sempre como fim – e nunca como meio –, comentou WELZEL que tal fórmula, tipicamente idealista, significaria “utilizar la persona en su existencia empírica, solo en tanto que su hacer o padecer es en sí la realización o verificación de la persona moral” (Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material, trad. por Felipe González Vicén, Madrid, Aguilar, 1971, pp. 180-181).

³⁵ Podemos perceber, apesar disso, que a noção kantiana de personalidade ainda guarda traços típicos do pensamento iluminista, i.e., assemelha-se a um título honorífico, a um predicado dos grandes homens, daqueles que agiam conforme a lei moral interna. Conforme HATTENHAUER, a diferença do conceito de pessoa, que desde Roma mantivera a sua natureza jurídica, a personalidade era para Kant “una cualidad ética, una capacitación para la libertad en la que debería desenvolverse el hombre” (op. cit., p. 21). A consagração do princípio da igualdade formal, porém, no período que se segue à Revolução Francesa, traria problemas a essa concepção.

³⁶ LARENZ, Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica, trad. por Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas, 1993, pp. 56-57. Seguindo a lição de Kant, ao menos nesse particular, declararia mais tarde Friedrich Hegel (1770-1831): “El mandamiento jurídico es: sé una persona y respeta a los demás como personas” (Rechtsphilosophie, § 36, apud: LARENZ, Derecho cit., p. 57).

palavras, trata-se de reconhecer a dignidade pessoal do outro em quaisquer circunstâncias.

A personalidade, assim, desprende-se totalmente de sua raiz religiosa e, com arrimo numa reforçada base ética de liberdade, encontra pleno reconhecimento na deontologia kantiana.

B. O problema da tutela jurídica da personalidade

1 - Direito geral da personalidade

Se o reconhecimento da personalidade como categoria ética foi atingido em sua plenitude na obra de Kant, o problema da sua tutela jurídica, porém, conheceu graves problemas práticos no desenrolar do século XIX.

De fato, verificou-se uma redução doutrinária da noção de personalidade, notadamente pela Pandectística alemã, à mera *capacidade jurídica*³⁷, tomando-se o conceito de pessoa em seu aspecto estritamente formal – ou seja, como simples “material para a construção de relações jurídicas”³⁸. Nesse sentido, p.ex., Friedrich von Savigny (1779-1861) nem trata mais da pessoa, no singular – mas das *peçoas*, no plural, pois são necessárias no mínimo duas para constituir uma relação jurídica. Em suma, como explica Hattenhauer, “a ordem jurídica situava-se por cima do individual, como algo objetivamente preestabelecido, a que a pessoa tinha de se acomodar”³⁹.

Tal perspectiva, no entanto, começou a ser questionada na Alemanha ainda no século XIX. Em 1866, o civilista alemão Georg Carl Neuner (1815-1882) publicou o livro *Wesen und Arten der Privatrechts-verhältnisse*, que – apesar de manter-se preso à doutrina savigniana do primado, por assim dizer, da relação jurídica sobre a pessoa – fez primeiro menção a um “Direito da personalidade”⁴⁰. Seu caráter pioneiro é ressaltado, ainda, pela vinculação da personalidade à afirmação do que chama de Direito fundamental (e isso tudo, vale lembrarmos, no âmbito do Direito privado, que adquiria assim um *pathos* constitucionalista)⁴¹.

Os conceitos de pessoa e personalidade, todavia, continuaram obscuros pelo menos até o início do século XX, não obstante o desenvolvimento teórico que vinha experimentando a idéia de um Direito da personalidade. Em 1895, Otto von Gierke (1841-1921) escrevera seu *Deutsches Privatrecht*, obra na qual restou enunciado, pela primeira vez, um “Direito geral da personalidade”, nos seguintes termos:

“Chamamos Direito da personalidade aquele que garante a seu sujeito o domínio sobre um setor da própria esfera de personalidade. (...) Os direitos da personalidade são diferentes, como direitos privados especiais, do *Direito geral da personalidade*, que consiste numa reivindicação geral, garantida pelo ordenamento jurídico, de *contar como pessoa*. O Direito da personalidade é um direito subjetivo que deve ser respeitado por todos.”⁴²

³⁷ Quanto à equiparação entre personalidade e capacidade jurídica, formalmente consagrada durante o processo de codificação civil no século XIX, marcadamente na Alemanha (§ 1.º do BGB), mas com reflexos também no ordenamento brasileiro (art. 2.º do Código Civil), v. nota 7 (supra).

³⁸ HATTENHAUER, op. cit., p. 19.

³⁹ HATTENHAUER, op. cit., p. 20.

⁴⁰ Cf. CAMPOS (Lições de direitos da personalidade, 2.ª ed., Coimbra, Universidade de Coimbra, 1995, p. 49), ao afirmar que, já na primeira metade do século XIX, Puchta havia reconhecido direitos da personalidade.

⁴¹ HATTENHAUER, op. cit., p. 22; v. infra, parte II, 1.1.

⁴² Deutsches Privatrecht, I, pp. 702 e ss. (apud: HATTENHAUER, op. cit., p. 23 – traduzimos e grifamos).

Num discurso lido em 1899 perante a Associação de Jurisconsultos de Viena, sob o título *A função social do Direito privado* – sem dúvida avançado em relação ao seu tempo –, Gierke voltou a reforçar a importância da personalidade no Direito privado. Nesse sentido, após discorrer sobre a urgência de limitar-se a liberdade contratual, tornada absoluta pela ideologia liberal oitocentista, bem como tomar-se como guias os interesses socialmente mais relevantes, concluiu o jurista alemão que, ao invés de priorizar noções outras, deve o Direito privado trazer sempre em seu centro o conceito de personalidade⁴³.

Não obstante, questionava-se a necessidade de uma tal teoria, uma vez que o arsenal teórico dos aplicadores do Direito, à época, parecia suficiente, e um Direito geral da personalidade só poderia apresentar um valor de reserva, para garantir eventualmente novas formas de proteção jurídica da pessoa; assim ocorreu, e.g., no que se refere à propriedade intelectual⁴⁴. Entretanto, ainda em 1905, ano em que Edouard Hölder (1847-1914) publicou sua obra *Natürliche und juristische Personen*, a imprecisão prevalecia.

É sabido que, no processo de elaboração do Código Civil alemão (*Bürgerliches Gesetzbuch* – BGB), apesar das fundamentadas

críticas de Gierke⁴⁵, se adotou a doutrina jurídica tradicional do século XIX, com ênfase na obra teórica de Savigny em relação ao negócio jurídico. Assim sendo, em 1896, predominou a expressão “capacidade jurídica” no § 1.º do BGB, sobrepondo-se a uma eventual menção à personalidade – o que podemos verificar igualmente, em 1916, no caso do Brasil (art. 2.º do Código Civil)⁴⁶.

Destarte, mesmo que algumas críticas apresentadas por Gierke tenham sido levadas em consideração na fase final do processo de elaboração do BGB, sua tese quanto a um Direito geral da personalidade só não foi relegada ao museu das idéias porque o Código Civil suíço (*Zivilgesetzbuch* – ZGB) veio recebê-la, em 1907, concedendo um enfoque substancialmente próprio à codificação civil da Suíça⁴⁷. De fato, seu elaborador, Eugen Huber (1849-1923), era partidário assumido da doutrina de Gierke⁴⁸.

2. A ruptura totalitária

Após a derrota na Primeira Grande Guerra e a conseqüente assinatura do Tratado de Versalhes, em condições extremamente desfavoráveis, a Alemanha viu ascender, em plena República de Weimar, o regime nacional-socialista.

⁴³ GIERKE, *op. cit.*, p. 44.

⁴⁴ HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁵ GIERKE, *op. cit.*, *passim*. Condenando o espírito excessivamente ligado ao liberalismo burguês do século XIX, bem como a preferência pela cópia de antigas concepções romanas, em detrimento da recepção de institutos e regras historicamente desenvolvidos pelo Direito germânico, GIERKE concentra sua insatisfação quanto à codificação civil alemã – à época, ainda em tramitação legislativa – na seguinte passagem: “El Proyecto alemán exagera el principio de la libertad contractual en el derecho de obligaciones; en tanto que lo deprime violentamente, en el derecho sobre las cosas” (*op. cit.*, p. 40, nota 1).

⁴⁶ A isso já fizemos referência nas notas 7 e 37 (v. supra).

⁴⁷ HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁸ WIEACKER considera o ZGB, graças à obra de Eugen Huber, “o fruto legislativo mais amadurecido da ciência jurídica de língua alemã do séc. XIX” (*op. cit.*, pp. 564-569).

Em 1920, um ex-cabo do exército germânico, Adolf Hitler (1889-1945), assumiu a direção do ainda inexpressivo Partido Nacional-Socialista dos Trabalhadores Alemães, fundado em uma cervejaria de Munique. De 1924 a 1929, impulsionados por uma certa recuperação econômico-financeira no país, os nazistas foram ganhando vulto político; em fevereiro de 1933, após incendiarem o parlamento (*Reichstag*) e culparem o movimento comunista, implantaram enfim uma ditadura na Alemanha. Ao *Führer* conferiram poderes de exceção, supraconstitucionais: supressão de todos os partidos políticos (exceto o Partido Nazista, por óbvio), dissolução dos sindicatos, cassação do direito de greve, fechamento dos jornais de oposição, estabelecimento da censura à imprensa, implantação de polícia política, perseguição de judeus e outros grupos humanos considerados inferiores, etc⁴⁹.

Devemos ressaltar que Hitler não subiu sozinho ao poder: acompanhou-o todo um ar-

senal teórico – especialmente jurídico – para servir de sustentáculo legitimador de suas medidas políticas. É assim, portanto, que podemos falar de uma verdadeira *doutrina jurídica nacional-socialista*, desenvolvida e mantida, de uma forma ou de outra, por nomes expressivos do Direito alemão, como Karl Larenz, Carl Schmitt, Philipp Heck, Ernst Forsthoff, Hans Welzel, Franz Wieacker, Erik Wolf, Carl August Emge e outros⁵⁰.

Massimo La Torre indica duas grandes correntes do pensamento jurídico alemão no início do século XX⁵¹:

- a) o *juspositivismo*, representado principalmente pelo judeu austríaco Hans Kelsen, de orientação kantiana. Sustentava a divisão rígida entre *Sein* e *Sollen*, bem como a separação entre o Direito e a Moral⁵²;
- b) o *organicismo*, de influência hegeliana, tendo Larenz, sob vários aspectos teóricos, como figura expoente. Não acolhia a divisão juspositivista entre ser e dever-ser, defenden-

⁴⁹ Devido a esse quadro que passou a existir na Alemanha, HESSE dedica ao regime “constitucional” do período nacional-socialista apenas um parágrafo de seu *Derecho cit.*, afirmando que, então, “no cabría hablar de una Constitución que vinculara también a los detentadores del poder, el Estado nada tenía que ver con un Estado Constitucional” (p. 53).

⁵⁰ LA TORRE, La “lotta contro il diritto soggettivo”. Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista, Milão, Giuffrè, 1988, p. 1, nota 1. Nos casos de Larenz e Schmitt, p.ex., não teria havido mera adesão ao regime nacional-socialista, mas “convinta partecipazione a quel movimento politico (il cui successo i due suddetti autori contribuirono a preparare per quanto era ad essi possibile con i loro scritti) ed alla conseguente Deutsche Rechteerneuerung” (pp. 1-2).

⁵¹ LA TORRE, *op. cit.*, pp. 3-4. Vale fazermos menção ao texto da circular que, em 1945, logo após o fim da Guerra, RADBRUCH fez distribuir aos estudantes da Universidade de Heidelberg, no qual apontava os males de uma e de outra concepção do Direito, porquanto ambas negam princípios jurídicos fundamentais, “mais fortes do que todo e qualquer preceito jurídico positivo” – i.e., os direitos naturais ou racionais da pessoa (Cinco minutos de Filosofia do Direito, in: RADBRUCH, Filosofia do Direito, trad. por L. Cabral de Moncada, 6.ª ed., Coimbra, Arménio Amado, 1997, p. 417).

⁵² Para KELSEN, o conceito de “pessoa” é meramente normativo, expressando apenas um “suporte” de deveres jurídicos e direitos subjetivos, sem qualquer substrato ético (Teoria pura do Direito, trad. por João Baptista Machado, 4.ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1995, pp. 188-194). Essa posição é coerente com a separação absoluta entre Direito e Moral, a título de “purificação”, que o jurista austríaco igualmente pregava (*idem*, pp. 72-78), e foi mantida em obras posteriores à derrocada do regime nacional-socialista na Alemanha (Teoria geral do Direito e do Estado, trad. por Luís Carlos Borges, 3.ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 135-139).

do a interpenetração entre as esferas jurídica e moral⁵³.

Ambas correntes doutrinárias negavam o direito subjetivo, em troca de um espírito objetivo, a consagrar a figura do *dever jurídico*⁵⁴. Todavia, suas diferenças de fundo eram marcantes⁵⁵, e, do embate entre as duas posições, restou enfim vitorioso, com a ascensão do nacional-socialismo na Alemanha, o organicismo de Larenz. Como característica fundamental, esta doutrina reconhecia na sociedade (*Volksgemeinschaft*, devidamente compreendida como “a sociedade nazista”) a única realidade; o indivíduo era considerado mero apêndice, como se privado de vida própria. Em sín-

tese, nas palavras de La Torre, “o ordenamento coincide com a *Volksgemeinschaft*, e esta com o arbítrio do *Führer*”⁵⁶.

Em vez dos direitos da personalidade, como teria apreciado Gierke, afirmava-se como fundamento da ordem jurídica (em geral, mas também no campo específico do Direito privado) o *Führerprinzip*, conforme explicitado por Schmitt⁵⁷ – ou seja, a vontade geral de Larenz era, em última análise, a vontade do *Führer*. Com efeito, a promulgação da Lei do Cidadão do *Reich* (*Reichsbürgergesetz* – RBG), a 15 de setembro de 1935, extirpa o conceito de pessoa do ordenamento jurídico alemão e adota em seu lugar a noção de *Reichsbürger* (i.e., cida-

⁵³ No entanto, LA TORRE procura demonstrar que, na época do nacional-socialismo, a posição supostamente ética de Larenz, em relação ao direito positivo, seria na realidade um amoralismo (op. cit., p. 4, nota 7).

⁵⁴ É oportuno apontarmos que a consciência (de parte) dos dirigentes nacionais-socialistas estava tranqüila justamente por alegarem que apenas cumpriam o seu dever, como bons cidadãos. Nesse sentido, lembramos o tardio julgamento de Adolf Eichmann, um dos arquitetos da chamada “solução final” (i.e., o extermínio em massa dos judeus na Alemanha), que foi raptado num subúrbio de Buenos Aires, em 1960, e levado à Cada da Justiça de Jerusalém. ARENDT relata-nos que, durante seu interrogatório, Eichmann invocou precisamente Kant e a noção de imperativo categórico: “O que eu quis dizer com minha menção a Kant foi que o princípio de minha vontade deve ser sempre tal que possa se transformar no princípio de leis gerais”; o réu afirmou ainda que lera a Crítica da razão pura e que, durante o período de crime legalizado pelo Estado nazista, se consolava com a idéia de que não era mais “senhor de seus próprios atos”. ARENDT analisa os argumentos expostos e anota que a distorção feita por Eichmann no teor do imperativo categórico kantiano respeitava a máxima cunhada por Hans Frank (Die Technik des Staates, 1942, pp. 15-16): “Aja de tal modo que o *Führer*, se souber de sua atitude, a aprove”. Conclui ARENDT, enfim, que Kant “jamais pretendeu dizer nada desse tipo; ao contrário, para ele todo homem é um legislador no momento em que começa a agir: usando essa ‘razão prática’ o homem encontra os princípios que poderiam e deveriam ser os princípios da lei. Mas é verdade que a distorção inconsciente de Eichmann está de acordo com aquilo que ele próprio chamou de versão de Kant ‘para uso doméstico do homem comum’. No uso doméstico, tudo o que resta do espírito de Kant é a exigência de que o homem faça mais que obedecer à lei, que vá além do mero chamado da obediência e identifique sua própria vontade com o princípio que está por trás da lei – a fonte de onde brotou a lei. Na filosofia de Kant, essa fonte é a razão prática; no uso doméstico que Eichmann faz dele, seria a vontade do *Führer*” (ARENDT, Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal, trad. por José Rubens Siqueira, São Paulo, Companhia das Letras, 1999, pp. 153-154).

⁵⁵ LA TORRE arrola algumas críticas cunhadas por Larenz e seu mestre, Julius Binder, contra a obra kelseniana – não poucas, vale notarmos, de natureza inclusive pessoal (op. cit., p. 2, nota 2).

⁵⁶ LA TORRE, op. cit., p. 7 (traduzimos). Nesse sentido, o autor italiano aponta contradições teóricas internas da doutrina nacional-socialista e cita, em especial, a obra *Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie*, escrita por Larenz em 1934 – mesmo ano em que foi publicada, em Viena, a primeira edição da *Reine Rechtslehre* de Kelsen.

⁵⁷ LA TORRE, op. cit., p. 22.

dão do *Reich*), nos termos do § 2.º da referida lei:

“É cidadão do *Reich* unicamente o nacional de sangue alemão ou afim, que demonstre com seu comportamento que deseja e é apto a servir com lealdade ao povo e ao *Reich* alemães.”⁵⁸

Sem contar ter sido a prática ainda mais impiedosa que o teor do RBG, predominou durante o regime nacional-socialista um verdadeiro sistema de capacidades jurídicas escalonadas, que reconhecia certas pessoas como *Untermenschen* (i.e., infra-homens)⁵⁹. Perdia-se, assim, o conceito jusnaturalista de pessoa e seus direitos; assumia primeiro plano a

figura do camarada (*Volksgenosse*) e seus deveres⁶⁰.

Essa experiência representou, para Arendt, a ruptura totalitária, que ocasionou o ocaso dos direitos humanos mediante um processo de banalização e desolação ao qual se referiu, certa vez, como *reductio ad Hitlerum*⁶¹.

Com o final da Segunda Grande Guerra, em 1945, e nova derrota da Alemanha, a superação da doutrina jurídica nacional-socialista ensejou um juízo reflexivo que, de certo modo, até hoje se manifesta⁶². Mesmo juristas que haviam apoiado o regime totalitário enter- raram suas antigas teses e passaram a pregar uma

⁵⁸ Apud: HATTENHAUER, op. cit., p. 24 (traduzimos).

⁵⁹ HATTENHAUER, op. cit., p. 25. Em consonância com o disposto no § 2.º do RBG, mesmo os camaradas alemães podiam perder sua condição de cidadãos do *Reich* e, com ela, sua dignidade quando não atendessem às expectativas do povo alemão (leia-se: do *Führer*). Nesse sentido, durante a Segunda Grande Guerra, horrorizaram até juristas simpatizantes do nacional-socialismo as sessões de julgamento do Tribunal do Povo Alemão presididas pelo juiz Ronald Freisler. Em 1944, p.ex., ao interrogar militares alemães acusados de atentar à vida de um comandante do exército, Freisler exclamou aos berros que os réus não passavam de “velhacos sórdidos”, impossibilitados de sofrer, pois eram apenas “miseráveis”. Tentava reprimir, assim, qualquer traço de dignidade que os acusados ainda possuíam, proferindo em juízo supostas lições de Moral (“burrice é algo do intelecto, porcaria é algo do caráter”) que em verdade consistiam num comando de obediência irrestrita à vontade do *Führer* (ou seja, ao *Führerprinzip*) – seria realmente absurdo, em tais circunstâncias, falarmos em direitos da personalidade. A respeito da justiça nacional-socialista, com cenas de alguns interrogatórios presididos pelo juiz Freisler, v. o interessante documentário *Hitlers Helfer: Freisler der Hinrichter*, vídeo legendado, 60 min., Alemanha, ZDF, 1998.

⁶⁰ Quanto à substituição do conceito de pessoa pelo de camarada, escreveu Larenz: “Decisivo para a posição jurídica do indivíduo não é mais basicamente sua condição de ser pessoa, senão sua condição concreta de membro da comunidade”; e ainda: “Camarada, em sentido jurídico, é apenas quem é camarada do povo: camarada do povo é apenas quem possui sangue alemão” (Rechtsperson und subjektives Recht. Zur Wandlung der Rechtsgrundbegriffe, apud: CUNHA, Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental de Direito civil, inédito, 1999, p. 27). O mesmo LARENZ, contudo, após a Segunda Grande Guerra, passará a enfatizar o conceito de pessoa em várias obras – e.g., no seguinte trecho: “(...) la condición de persona es la cualidad que distingue al hombre sobre todos los demás seres vivientes” (Derecho civil: Parte general, trad. por Miguel Izquierdo e Macías-Picavea, Madri, Revista de Derecho Privado, 1978, p. 44). Em análise crítica da concepção totalitária do Direito, com arrimo na doutrina de Arendt e Lafer, além de interessante transcrição de algumas passagens do *Mein Kampf*, de Adolf Hitler, v. CUNHA, op. cit., p. 27, nota 82.

⁶¹ LAFER, op. cit., p. 88.

⁶² Especificamente quanto à (re)afirmação da liberdade humana, a partir da ruptura totalitária, no pensamento arendtiano, v. LAFER, op. cit., p. 299 e ss.

perspectiva axiológica e humanista do Direito, baseada na dignidade da pessoa⁶³.

Nascia uma nova ordem.

II - A APLICAÇÃO DO DIREITO AO LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE NO DIREITO PRIVADO ALEMÃO E BRASILEIRO

A. A incidência da Constituição sobre o Direito privado

1. Direitos fundamentais e Direito privado

Se tem razão Ekkehart Stein ao afirmar que “todo o direito fundamental tem a sua raiz histórica numa prévia falta de liberdade contra a qual se dirige”⁶⁴, a experiência constitucional da Alemanha após a Segunda Grande Guerra é, então, sem dúvida alguma, paradigmática. Daí a validade da seguinte idéia, apontada por Nuno Rogeiro justamente ao examinar o sistema alemão de direitos fundamentais:

“Em certo sentido, afirmar um direito é revogar, se o termo pudesse ser usado, um não-direito, assim como legiferar no sentido da liberdade é proscrever uma proibição.”⁶⁵

Em 23 de maio de 1949, na cidade de Bonn, é aprovada a Lei Fundamental. Em vigorosa oposição ao totalitarismo nacional-socialista do passado, concede especial relevo aos direitos fundamentais, compreendidos como direitos imanentes a todo e qualquer ser humano⁶⁶; isso podemos comprovar mesmo pelas condições topográficas das respectivas normas, que encabeçam a Lei Fundamental alemã (arts. 1 a 19).

Outro fato de importância ímpar para a superação jurídica da ruptura totalitária na Alemanha, ao nosso ver, é a implantação de uma Corte Constitucional, em 12 de março de 1951. O BVerfG, de fato, previsto no art. 92 e ss. da Lei Fundamental, impõe-se como uma instituição-chave do novo sistema constitucional germânico, nos moldes de uma jurisdição constitucional efetiva, conforme imaginada por Kelsen⁶⁷.

⁶³ Em exame quase sarcástico desse processo de “regeneração” dos doutrinadores nazistas, v. HATTENHAUER, op. cit., p. 26. De fato, e.g., já em 1951 WELZEL editava seu *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit* (utilizamos a tradução espanhola, op. cit.), no qual, procurando justamente investigar uma ética jurídica material, admitia, com palavras que se aproximam à doutrina kantiana, que “cuanto más intensamente intenta (...) el Derecho imponer por medio de la sanción una cierta concepción del mundo, tanto más intensamente entrará también en conflicto con la conciencia del individuo” (op. cit., p. 266). De modo similar, mais recentemente, LARENZ publicou um livro intitulado *Richtiges Recht. Grundzüge einer Rechtsethik* (citamos aqui também a tradução espanhola, Derecho cit.), o que outrora seria impensável. Não vamos, contudo, empreender julgamentos ulteriores.

⁶⁴ Derecho político, Madri, 1973, p. 126, apud: ROGEIRO, *O sistema constitucional da Alemanha*, in: A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, Coimbra, Coimbra, 1996, p. 78.

⁶⁵ ROGEIRO, op. cit., p. 78.

⁶⁶ Não obstante a menção a Deus no preâmbulo da Lei Fundamental, entendemos tratar-se de imanência dos direitos fundamentais, e não necessariamente de transcendência – assim, v. ROGEIRO, op. cit., p. 79. Sobre a estrutura dos direitos fundamentais, analisando em especial a distinção estabelecida pelo norte-americano Ronald Dworkin entre regras e princípios, como espécies de normas jurídicas, v. ALEXY, *Teoria de los derechos fundamentales*, Madri, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81 e ss.

⁶⁷ MENDES, *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 11.

Concomitantemente, passa a ganhar força uma interpretação constitucionalista de todo o ordenamento jurídico⁶⁸ e, em especial, do Direito privado⁶⁹. Os juizes, imbuídos de um certo sentimento de culpa, buscam a todo custo destacar a proteção dos direitos fundamentais⁷⁰, fundamentados novamente em noções jusnaturalistas⁷¹, após os terríveis acontecimentos gerados pela consagração do organicismo e pela ruptura totalitária na Alemanha⁷². Renasce, assim, em virtude da nova perspectiva proporcionada pela Lei Fundamental, o conceito jusnaturalista de pessoa, desenhando ao seu redor um “mínimo ético”⁷³ que não pode ser violado pelo Estado nem pelos outros membros da sociedade.

A partir daí, discute-se a questão de serem ou não aplicáveis também em relação a particulares os direitos fundamentais assegurados pela Constituição: é o tema da *Drittwirkung* (i.e., eficácia perante terceiros)⁷⁴, que vem ocupando a doutrina jurídica germânica desde a metade do século. Destacou-se, nesse aspecto, a obra de Hans Carl Nipperdey – *Grundrechte und Privatrecht* –, de 1961, que se posicionou no sentido de admitir a eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais nas relações privadas⁷⁵. A influência dessa tese deu-se no âmbito da justiça trabalhista, alegando-se ser uma decorrência do respeito à ordem pública também

⁶⁸ Sobre a necessidade de preservar e fortalecer a força normativa da Constituição, arrimada no que o autor chama de “vontade de Constituição”, a fim de que as questões jurídicas (*Rechtsfragen*) não se tornem meras questões de poder (*Machtfragen*), v. HESSE, *A força normativa da Constituição*, trad. por Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris, 1991, passim; o texto dessa obra baseia-se numa aula inaugural proferida por HESSE na Universidade de Freiburg em 1959, ou seja, dez anos depois da promulgação da Lei Fundamental alemã. Pregando a consideração da Constituição como efetiva fonte do Direito, o que complementa a lição de HESSE acima mencionada, v. GRIMM, *La Constitución como fuente del Derecho*, in: VV.AA., *Las fuentes del Derecho*, Barcelona, Universidade de Barcelona, 1983, pp. 13-26.

⁶⁹ Quanto à importância dos princípios constitucionais para a criação jurisprudencial, em especial no que se refere à tarefa de construção do Direito privado codificado, v. a obra basilar de ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. por Eduardo Valentí Fiol, Barcelona, Bosch, 1961, pp. 88-110 e 183-233.

⁷⁰ HATTENHAUER, op. cit., p. 27. Em 1967, RAISER sublinhava a importância ímpar, também no âmbito específico do Direito privado, do reconhecimento de direitos e garantias fundamentais na Constituição: “Mentre lo Stato totalitario costringe ad una totale subaltermità anche l’ordinamento privatistico della società, la democrazia difende le libertà e lascia spazio allo sviluppo del singolo e dei gruppi sociali. In questo quadro il diritto privato può assolvere il suo compito politico facendo valere la sua particolare tradizione, le sue istituzioni ed il suo sistema di valori” (*La Costituzione e il Diritto privato*, in: *Il compito del Diritto privato*, trad. por Marta Graziadei, Milão, Giuffrè, 1990, p. 191).

⁷¹ Cf. a opinião de KELSEN, contrária ao regresso à doutrina do direito natural, que ressalta a idéia de responsabilidade dos indivíduos pelos seus próprios juízos de valor, pela sua escolha do que é justo e do que é injusto (*O problema da justiça*, trad. por João Baptista Machado, 3.ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 1998, p. 114).

⁷² Sobre o conceito de ruptura totalitária, cunhado por Arendt, v. LAFER, op. cit., passim. Já citamos o assunto (v. parte I, 2.2).

⁷³ Segundo WELZEL (op. cit., p. 266), a expressão é de Georg Jellinek.

⁷⁴ A título de registro, nos Estados Unidos da América trava-se discussão semelhante no seio da chamada *state action doctrine*; sua análise, no entanto, escapa ao tema deste trabalho.

⁷⁵ Não podemos esquecer de mencionar, porém, as obras pioneiras de G. Dürig (*Grundrechte und Zivilrechtsprechung*, 1956) e de W. Leisner (*Grundrechte und Privatrecht*, 1960), conforme nos indica HESSE (*Derecho cit.*, p. 31). No mesmo caminho, v. RAISER, op. cit., p. 174 e ss.; mais recentemente, retomando o tema da *Drittwirkung* na Alemanha, v. CANARIS, *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*, Berlin/New York, Walter de Gruyter, 1999, passim.

pelos particulares, e não apenas pelo Estado⁷⁶.

Quanto ao Direito privado propriamente dito, o embate teórico foi além, sendo fundamental para a compreensão do seu desenvolvimento o exame da jurisprudência do BVerfG – alguns casos paradigmáticos, referentes ao tema do presente trabalho, serão estudados oportunamente⁷⁷. Adiantamos, porém, que a tese acolhida pelo BVerfG divergiu do entendimento antes firmado pelo Tribunal Superior do Trabalho alemão, ao optar pela eficácia mediata (*mittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais entre particulares, com base numa interpretação restritiva do texto do art. 1, 3, da Lei Fundamental, que assim dispõe:

“Os direitos fundamentais a seguir enunciados vinculam, como direito diretamente aplicável, os poderes legislativo, executivo e judicial.”⁷⁸

De qualquer modo, dentro da visão jurídica axiológica proporcionada pelo novo ordenamento constitucional germânico, verificamos a retomada pelo Direito da noção ética de personalidade: as idéias de Gierke são trazidas novamente à baila por Heinrich Hubmann, ao publicar, em 1950, um livro chamado *O direito da personalidade*. Apesar de tratar-se de um texto confuso, de caráter “patético-religioso”⁷⁹, a concepção que ele apresenta de volta permite uma aplicação profícua das

normas constitucionais consagradoras de direitos fundamentais, como demonstrarão as decisões exaradas pelo BVerfG.

Antes de analisá-las, porém, devemos enfim situar nesse contexto a experiência constitucional brasileira, que se desenvolveu com certo atraso, ao menos nesse particular, em relação à Alemanha.

2. Diferenças entre a experiência alemã e brasileira

A primeira diferença que devemos notar entre a experiência jurídica alemã e brasileira, no que se refere à formação de uma perspectiva constitucional do Direito privado, é de ordem temporal. De fato, enquanto a Alemanha experimentou um desenvolvimento jurisprudencial muito rico desde o final da Segunda Grande Guerra, impulsionado tanto pela promulgação da Lei Fundamental de Bonn, em 1949, quanto pela instituição de uma Corte Constitucional típica, em 1951, no Brasil isso não se verificou em tais circunstâncias nem com tamanha força.

O que houve em nosso país, nesse sentido, foi a edição de uma Constituição de caráter democrático, em 18 de setembro de 1946, demarcando o fim da ditadura uni-pessoal do Estado Novo⁸⁰, durante o qual presidiu Getúlio Vargas, sob a égide de uma Constituição por ele outorgada (a “polaca”, de 10 de novembro

⁷⁶ MENDES, *Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã*, in: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*, São Paulo, IBDC/Celso Bastos, 1998, p. 217.

⁷⁷ V. *infra*, parte II, 2.1. De fato, ao analisar o ordenamento jurídico vigente na Alemanha a partir da promulgação da Lei Fundamental de 1949, sustenta HESSE que “el Tribunal Constitucional ha abierto ampliamente el Derecho privado a la influencia del Derecho constitucional” (*Derecho cit.*, p. 59).

⁷⁸ “Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht.”

⁷⁹ A expressão é de HATTENHAUER, *op. cit.*, p. 27.

⁸⁰ BONAVIDES, *Curso de Direito constitucional*, 6.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, p. 332.

de 1937). Paulo Bonavides identifica na Constituição brasileira de 16 de julho de 1934, que teve curta vigência devido ao golpe de Estado em 1937, marcante influência dos rumos sociais tomados na Alemanha pela Constituição de Weimar (1919); mesmo a Constituição de 18 de setembro de 1946, ao restituir a democracia no Brasil, recebeu ainda o influxo do constitucionalismo alemão weimariano⁸¹.

Não se verificou, no ordenamento constitucional brasileiro do pós-guerra, a instituição de uma Corte Constitucional propriamente dita, aos moldes do BVerfG. O tribunal maior do país continuou a ser o STF, contando com uma longa tradição a seu favor⁸², mas não se configurando como órgão político responsável exclusivamente pelo controle da constitucionalidade das normas, conforme o modelo kelseniano⁸³.

Em realidade, como ensina Gilmar Ferreira Mendes⁸⁴, desempenha o STF uma dupla função. Se, por um lado, é responsável pela última revisão (extraordinária *stricto sensu*) das decisões judiciais, faz igualmente as vezes de Corte Constitucional – *mutatis mutandi*, pois o sistema de controle de constitucionalidade vigente no Brasil não é concentrado, como na Alemanha. Temos, isto sim, um sistema misto,

de feições próprias, uma vez que, desde 1965, o controle incidental de constitucionalidade convive em nosso país com o controle abstrato de constitucionalidade⁸⁵.

Veio trazer nova luz à questão da incidência das normas constitucionais sobre o Direito privado, no Brasil, após os anos do regime militar, a promulgação da Constituição de 5 de outubro de 1988. Esta, sim, embora com certo atraso, recebeu o influxo da Lei Fundamental alemã de 1949, o que podemos perceber até mesmo na localização das normas asseguradoras dos direitos e garantias fundamentais: do mesmo modo como na Lei Fundamental de Bonn, são reservados para tanto os primeiros artigos da Constituição brasileira⁸⁶. Quanto ao conteúdo de tais normas, o art. 5.º, particularmente, representa uma gama de novas possibilidades para a atividade de aplicação do Direito privado brasileiro, agora sob a luz dos valores consagrados na Constituição.

A esta altura, resta citar as peculiaridades da experiência jurídica brasileira, em relação à alemã, no que se refere ao tema específico deste trabalho – i.e., o direito ao livre desenvolvimento da personalidade. No ordenamento constitucional alemão, após o dispositivo que

⁸¹ BONAVIDES, *op. cit.*, p. 333. Quanto à Constituição brasileira de 18 de setembro de 1946, ela não poderia ter sido influenciada pelo constitucionalismo alemão posterior à Segunda Grande Guerra, consagrado na Lei Fundamental de Bonn, porquanto esta somente foi promulgada em 23 de maio de 1949.

⁸² O STF foi instituído no mês de janeiro de 1829, ainda nos primórdios do Império brasileiro. Retomando a história desse tribunal, v. MENDES, *Jurisdição cit.*, pp. 23-38.

⁸³ MENDES (*Jurisdição cit.*, pp. 27-29) faz menção a uma antiga proposta de instalação de uma Corte Constitucional no Brasil, durante os trabalhos de elaboração da Constituição de 1934, abertamente inspirada no modelo pensado por Kelsen. O projeto, datado de 20 de dezembro de 1933 e feito pelo deputado Nilo Alvarenga, previa, inclusive, a adoção de uma ação popular de inconstitucionalidade, procedimento previsto por Kelsen em sua obra *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit* (1929).

⁸⁴ MENDES, *Jurisdição cit.*, p. 20.

⁸⁵ MENDES, *Jurisdição cit.*, p. 1.

⁸⁶ No mesmo sentido, escreve BONAVIDES: “Na técnica, na forma e na substância da matéria pertinente a direitos fundamentais, a derradeira Constituição do Brasil se acerca da Lei Fundamental alemã de 1949, e até a ultrapassa em alguns pontos”; e adiante complementa: “Segue e incorpora também a mesma tradição de Weimar em dar preeminência ao social” (*op. cit.*, p. 335).

trata da proteção da dignidade da pessoa humana⁸⁷, o art. 2, 1, da Lei Fundamental estatui: “Todos têm o direito ao livre desenvolvimento da sua personalidade, desde que não violem os direitos de outrem e não atentem contra a ordem constitucional ou a lei moral.”⁸⁸

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade advém do reconhecimento doutrinário de dois princípios fundamentais que coexistem: a liberdade e a igualdade. O art. 2, 1, da Lei Fundamental alemã, portanto, ao mesmo tempo em que consagra o primeiro, limita-o de acordo com o segundo. De fato, o ordenamento jurídico admite “liberdades iguais” – ou seja, liberdades individuais que não restrinjam indevidamente liberdades alheias, sob pena de tornarem-se atos de não-liberdade. Nada mais kantiano⁸⁹.

Na Constituição brasileira, inexistente uma previsão expressa do direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Trata-se, aqui, de princípio implícito, cuja vigência é comprovada a partir tanto da consagração da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III) quanto dos valores

fundamentais enumerados no *caput* do art. 5.º (i.e., vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade)⁹⁰. Uma característica própria da ordem constitucional pátria, ademais, é o rol exemplificativo apresentado nos incisos do art. 5.º, alguns dos quais exercem – ou, pelo menos, devem exercer – influência sensível na atividade de aplicação das normas de Direito privado⁹¹.

Não esqueçamos, ainda, o tratamento concedido pela atual Constituição brasileira à ordem econômica e financeira. Diz respeito fundamentalmente ao livre desenvolvimento da personalidade, sem sombra de dúvida, o texto do *caput* do art. 170, que assim dispõe:

“A ordem econômica, fundada na *valorização do trabalho humano* e na *livre iniciativa*, tem por fim assegurar a todos *existência digna*, conforme os ditames da justiça social (...).”⁹²

Entendemos, em suma, que é a partir da composição de todas essas normas constitucionais asseguradoras de direitos e garantias fundamentais, com fulcro comum na dignidade da pessoa humana⁹³, que se torna possível compreender o direito ao livre desenvolvimento da

⁸⁷ Art. 1, 1, da Lei Fundamental: “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt” (A dignidade da pessoa humana é inviolável. Todas as autoridades públicas têm o dever de a respeitar e proteger).

⁸⁸ “Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt” (v. supra, nota 1).

⁸⁹ Quanto à doutrina de Kant, v. supra (parte I, 1.2). A famosa definição kantiana do Direito apresenta-o como “o conjunto das condições, por meio das quais o arbitrio de um pode estar de acordo com o arbitrio de um outro segundo um lei universal da liberdade” (apud: BOBBIO, Direito cit., p. 70 – grifamos).

⁹⁰ Nesse mesmo sentido, na doutrina brasileira recente, v. CORTIANO JUNIOR, Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade, in: FACHIN (org.), Repensando fundamentos do Direito civil brasileiro contemporâneo, Rio de Janeiro, Renovar, 1998, p. 47.

⁹¹ Assim, e.g., os incisos I (igualdade jurídica de homens e mulheres), II (princípio da reserva legal), IV (liberdade de manifestação do pensamento), V (direito de resposta e indenização por dano material, moral ou à imagem), VI (liberdade de consciência e de crença), IX (liberdade de expressão) e X (proteção da intimidade e da vida privada) do art. 5.º da Constituição de 1988, num rol sem nenhuma pretensão de exaurir os vários exemplos de tal incidência.

⁹² Grifamos.

⁹³ Quanto à dignidade da pessoa humana e sua aplicação no Direito privado, v. em especial CUNHA, op. cit., passim.

personalidade como *princípio geral do Direito brasileiro* – embora não haja, em nossos textos legais, referência expressa ao mesmo. Afinal, como bem sustenta Eros Roberto Grau, “os princípios gerais de direito não são resgatados fora do ordenamento jurídico, porém *descobertos* no seu interior”⁹⁴.

Desse modo, resta-nos a missão de averiguar se a jurisprudência brasileira tem ou não aplicado o direito ao livre desenvolvimento da personalidade – ainda que inconscientemente, como *ratio decidendi* implícita – na resolução dos casos concretos. Partindo de algumas decisões paradigmáticas das cortes superiores da Alemanha, examinaremos alguns julgados dos nossos tribunais, à procura de uma resposta à questão ora formulada, no âmbito específico do Direito privado.

B. Análise jurisprudencial comparativa

1. Evolução do tema na jurisprudência alemã

Antes mesmo de um pronunciamento do BVerfG, o primeiro passo rumo à recepção jurisprudencial da teoria da personalidade na Alemanha foi dado pelo Tribunal Superior de Justiça (*Bundesgerichtshof* – BGH), no chamado “caso do ginete”: contrariando o disposto na legislação infraconstitucional e aplicando os princípios constantes da Lei Fundamental, adotou expressamente o Direito geral da personalidade para sancionar a utilização ilícita da imagem do ginete que salta a cerca, mediante reparação civil por danos⁹⁵.

⁹⁴ GRAU, O Direito posto e o Direito pressuposto, 2.ª ed., São Paulo, Malheiros, 1998, p. 46.

⁹⁵ HATTENHAUER, op. cit., p. 27.

⁹⁶ HATTENHAUER, op. cit., p. 27.

⁹⁷ BVerfGE 30, 194 e ss. – apud: HATTENHAUER, op. cit., p. 27 (traduzimos).

Realmente importante para a afirmação do Direito geral da personalidade, contudo, foi a argumentação desenvolvida pela jurisprudência germânica ao decidir o famoso “caso Mefisto”. Tratava-se da proteção da imagem e personalidade do falecido Gustav Gründgens, questão que poderia ter sido resolvida, tradicionalmente, mediante a aplicação dos respectivos dispositivos de Direito penal e autoral; tanto o BGH (250, 133) quanto o BVerfG, porém, fundamentaram suas decisões no reconhecimento do Direito geral da personalidade, chegando até a mencionar “irradiações” de uma personalidade falecida na pessoa de seus herdeiros⁹⁶.

Hattenhauer critica o alcance excessivo concedido por tais decisões ao Direito geral da personalidade, uma vez que parece supor como certa uma segunda vida dos seres humanos após a morte, conforme demonstram julgados como o seguinte:

“Resultaria inconciliável com o preceito constitucional da inviolabilidade da dignidade humana (...) que o homem, a que corresponde dita dignidade por ser pessoa, pudesse quedar dela despossuído, ou vexado em sua consideração depois da morte.”⁹⁷

Com efeito, é plausível questionarmos o acerto de tal posicionamento teórico, porquanto sabemos que o conceito jurídico de pessoa parte da existência de vida humana; conceber efeitos da personalidade de alguém que já não vive é, no mínimo, um entendimento discutível. Assim sendo, a jurisprudência do BVerfG se preocupou, cada vez mais, com a necessidade de estabelecer critérios supostamente seguros

para fazer face à argumentação jurídica por princípios.

Nesse sentido, são marcantes as decisões de casos como o do “assassinato de soldados em Lebach”, documentário da rede televisiva alemã ZDF que mencionava expressamente o nome das pessoas acusadas de cumplicidade no referido crime. Robert Alexy, ao versar sobre a estrutura dos direitos fundamentais, desenvolve a noção de *ponderação* a partir de um exame do julgamento desse caso⁹⁸, como solução de uma colisão de princípios constitucionais. De fato, o BVerfG identificou de modo expresso “uma situação de tensão entre a proteção da personalidade, garantida no art. 2, 2, em conexão com o art. 1, 1, da Lei Fundamental, e a liberdade de informação de acordo com o art. 5, 1, 2, da Lei Fundamental”⁹⁹; num segundo momento, o tribunal declarou que nenhuma das normas aludidas era inválida, nenhuma delas tinha precedência absoluta, dependendo o predomínio de uma ou outra em relação às circunstâncias concretas do caso.

Alexy sustenta, a partir daí, a existência de peculiaridades inerentes ao raciocínio judicial utilizado na aplicação dos princípios jurí-

cos, em contraste com o que dispõe a tradicional doutrina referente às regras¹⁰⁰. A atividade de ponderação, assim, liga-se necessariamente com a análise das circunstâncias próprias de cada caso – solução que demonstra uma certa aproximação teórica em relação aos autores alemães que proclamam a retomada do pensamento tópico, a fim de que conviva de modo harmônico com o pensamento sistemático¹⁰¹.

Concluimos, desde já, que o direito ao livre desenvolvimento da personalidade pode e deve ser aplicado, como princípio fundamental que é¹⁰², observando-se os critérios pautados pela doutrina e pela jurisprudência¹⁰³. Em recente estudo, p.ex., Claus-Wilhelm Canaris aponta a essencial função de postulado de proteção do Direito geral da personalidade (*Schutzgebotsfunktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts*), conforme o disposto no art. 2, 1, devidamente combinado com o art. 1, 1, da GG (dignidade da pessoa humana)¹⁰⁴.

Na Alemanha, talvez sob o impulso de uma certa vontade coletiva de superar os males da ruptura totalitária, verificamos que o BVerfG vem utilizando esse e outros recursos hermenêuticos oferecidos pelo sistema jurídico, visan-

⁹⁸ BVerfGE 35, 202 e ss. – apud: ALEXY, *op. cit.*, pp. 95 e ss.

⁹⁹ BVerfGE 35, 202 (219).

¹⁰⁰ ALEXY, *op. cit.*, pp. 96 e ss.

¹⁰¹ Nesse sentido, a obra já clássica de VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. por Luis Díez-Picazo Ponce de León, Madri, Taurus, 1986, *passim*, cuja primeira edição alemã data de 1963.

¹⁰² V. *supra* (parte II, 1.2).

¹⁰³ MENDES (*Direitos cit.*, pp. 220-222) cita ainda outras três decisões paradigmáticas do BVerfG quanto ao reconhecimento da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas: o “caso Lüth” (BVerfGE 7, 198), o “caso Blinkfüter” (BVerfGE 25, 256) e o “caso Wallraff” (BVerfGE 66, 116).

¹⁰⁴ CANARIS, *op. cit.*, p. 96. O jurista alemão reconhece diferenças entre a eficácia dos direitos fundamentais sobre as leis de Direito privado (a), na atividade de aplicação e aperfeiçoamento judicial do Direito privado (b) e nas condutas dos sujeitos privados (c). Desse modo, nos casos (a) e (b) haveria indubitavelmente uma eficácia imediata (*unmittelbare Drittwirkung*) dos direitos fundamentais, enquanto no caso (c) sua eficácia seria meramente mediata (*mittelbare Drittwirkung*), exercendo os direitos fundamentais, aí, a função de postulado de proteção (*Schutzgebotsfunktion*). No mesmo sentido, examinando a jurisprudência alemã e também citando idéias desenvolvidas por Canaris, v. MENDES, *Direitos cit.*, pp. 216-217.

do a uma maior justeza das decisões judiciais. Então perguntamos: e no Brasil?

2. Alcance da expressão na jurisprudência brasileira

O direito ao livre desenvolvimento da personalidade, já aduzimos, situa-se entre os princípios fundamentais do Direito brasileiro¹⁰⁵, tendo especialíssima relevância no âmbito jusprivado. Tanto é assim que, de acordo com Konrad Hesse, a tarefa central do Direito privado atualmente se constitui na *defesa do Direito da personalidade*, entendido tanto em seu aspecto negativo (intimidade) quanto em seu aspecto positivo (autonomia privada): resgatária, desse modo, seu caráter de “baluarte da liberdade”¹⁰⁶.

A jurisprudência pátria, contudo, parece não ter descoberto todas as potencialidades desse princípio implícito de nosso sistema jurídico, como tampouco o fez em relação ao princípio expresso da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição). Em grande parte das decisões de nossos tribunais, verificamos que permanece vigente a noção arcaica de que somente o Código Civil – e não a Constituição – se aplica ao Direito privado, representando a perspectiva constitucional, nesse particular, uma corrente francamente minoritária.

Ao pesquisarmos os julgados de nossa corte mais alta, p.ex., constatamos com pesar que as únicas menções ao termo “personalidade” se referem não aos valores que se irradiam da pessoa humana, mas à personalidade jurídica *stricto sensu* ou ficta. Ou seja, discute-se antes a natureza das pessoas jurídicas, se de direito público ou privado, sem que se adentre o tema

muito mais adequado à missão de uma Corte Constitucional, ao nosso ver, que é o direito ao livre desenvolvimento da personalidade.

Causa semelhante estranheza percebermos que as duas exceções encontradas na jurisprudência do STF à regra acima mencionada pertencem ao período anterior à promulgação da atual Constituição, em condições que, como é notório, se prestavam menos a uma aplicação dos princípios constitucionais nas relações de Direito privado. A primeira de tais decisões data de 2 de janeiro de 1951, tendo como relator o Min. Orosimbo Nonato, que reconheceu a inalienabilidade dos direitos de personalidade envolvidos num caso específico de fiança sem outorga uxória¹⁰⁷; o segundo julgamento deu-se em 28 de junho de 1984, resultando na seguinte ementa:

“Direito ao recato ou à intimidade. Garantia constitucional. Interceptação de comunicação telefônica. Captação ilegítima de meio de prova. Art. 153, § 9.º, da Constituição. Art. 332 do Código de Processo Civil.

Infringente da garantia constitucional do direito da personalidade, moralmente ilegítimo é o processo de captação de prova, mediante a interceptação de telefonema, à revelia do comunicante, sendo, portanto, inadmissível venha a ser divulgada em audiência de processo judicial, de que sequer é parte. (...)”¹⁰⁸

Não obstante terem tais julgados assinado a fundamental relevância dos direitos da personalidade, destacando-se dentre a maioria das decisões do STF em soluções de casos similares, é ainda notável a distância que os separa

¹⁰⁵ V. *supra* (parte II, 1.2).

¹⁰⁶ HESSE, *Derecho cit.*, p. 74.

¹⁰⁷ RE 16.934, STF, 2.ª Turma, rel. Min. Orosimbo Nonato, j. em 02.01.1951, DJ de 13.09.1951.

¹⁰⁸ RE 100.094/PR, STF, 1.ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer, j. em 28.06.1984, DJ de 24.08.1984.

do alcance efetivo da teoria inaugurada por Gierke e desenvolvida pelos tribunais alemães. Encontra-se mais próxima do modelo descrito neste trabalho, em compensação, a jurisprudência do STJ, tendo a seu favor a égide da Constituição de 1988. Menções aos direitos da personalidade são, nos julgados dessa Corte, consideravelmente mais frequentes, indicando uma linha de pensamento mais arejada em relação aos valores constitucionais – embora tais referências estejam, na maior parte das vezes, ligadas tão-somente a duas espécies de casos: por um lado, à proteção dos direitos autorais¹⁰⁹; por outro, à violação da honra ou da imagem pela imprensa¹¹⁰.

Assim sendo, por enquanto não podemos falar no reconhecimento integral de um Direito geral da personalidade pelos nossos tribunais superiores.

No entanto, se deixarmos o âmbito das Cortes federais e focalizarmos a atenção na ju-

risprudência de alguns tribunais estaduais, o quadro hermenêutico parece revelar maior riqueza. Nosso campo de estudo restringiu-se a algumas decisões do TJRS, que leva consigo a tradição de ser um pretório com notável força criadora dentro do Brasil, e o resultado obtido foi, em nossa análise, realmente mais profícuo. Isso se deve a duas razões principais:

a) em primeiro lugar, a perspectiva constitucional do Direito privado resta reconhecida em vários acórdãos – seja em relação à proteção da imagem e da honra pessoais, fazendo-se menção expressa ao art. 5.º, X, da Constituição¹¹¹, seja quando se identifica a existência de uma tensão entre princípios constitucionais díspares, partindo-se para uma solução do litúgio que atente às peculiaridades do caso concreto¹¹². Essa percepção de um conflito entre normas jurídicas igualmente válidas e da necessidade de uma resolução casuística, por assim dizer, representa uma inegável conquista em relação à jurisprudência dominante no resto do país;

¹⁰⁹ Os direitos autorais, de fato, representam historicamente uma área pioneira de atenção aos direitos da personalidade, mediante o reconhecimento da irradiação de efeitos jurídicos a partir da dimensão criadora da pessoa humana. Na jurisprudência do STJ, e.g., citamos: REsp 37.374/MG, 2.ª Turma, rel. Min. Hélio Mosimann, j. em 28.09.1994, DJ de 24.10.1994, RSTJ 67/377; REsp 74.473/RJ, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 23.02.1999, DJ de 21.06.1999, RSTJ 122/302 (“caso Garrincha”); REsp 45.305/SP, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 02.09.1999, DJ de 25.10.1999; REsp 121.757/RJ, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 26.10.1999, DJ de 08.03.2000.

¹¹⁰ Quanto à violação pela imprensa de direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem, embora haja dispositivo constitucional específico de tutela (art. 5.º, X, da Constituição), não são todos os acórdãos que partem dessa perspectiva. Sem mencionar a Constituição, citamos: REsp 58.101/SP, STJ, 4.ª Turma, rel. Min. César Asfor Rocha, j. em 16.09.1997, DJ de 09.03.1998, RSTJ 104/326; REsp 109.470/PR, STJ, 3.ª Turma, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. em 15.12.1997, DJ de 21.06.1999; REsp 192.786/RS, STJ, 3.ª Turma, rel. Min. Nilson Naves, j. em 23.11.1999, DJ de 27.03.2000. Por outro lado, alegando violação do art. 5.º, X, da Constituição pelo art. 52 da Lei n.º 5.350/67 (Lei de Imprensa), citamos: REsp 85.019/RJ, STJ, 4.ª Turma, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 10.03.1998, DJ de 18.12.1998.

¹¹¹ Assim, p.ex., o julgamento da AC 598.532.414, Porto Alegre, TJRS, 5.ª Câmara Cível, rel. Des. Clarindo Favretto, j. em 23.09.1999.

¹¹² É o que ocorre, e.g., nos seguintes acórdãos: AC 596.142.562, Canoas, TJRS, 5.ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 22.08.1996; AC 597.035.849, Arroio do Meio, TJRS, 5.ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 27.03.1997. Em ambos os exemplos, a tensão identificada pelo Des. Araken de Assis deu-se entre o direito à honra e à imagem (art. 5.º, V e X, da Constituição) e o direito à liberdade de expressão e crítica (art. 5.º, IV, da Constituição). Como vimos, segundo Alexy (v. parte II, 2.1), deve-se empreender a ponderação entre os direitos e garantias fundamentais em aparente conflito, a fim de averiguar qual prevalecerá no caso concreto.

b) em segundo lugar, o alcance concedido aos direitos da personalidade é bastante mais lato¹¹³, não se limitando à proteção dos direitos autorais, da imagem ou da honra, como é de praxe. Certamente, o poder criador mais acentuado que costuma caracterizar a jurisprudência do TJRS tem papel importante nessa atividade hermenêutica de reconhecimento das mais variadas manifestações do Direito da personalidade, em especial no âmbito jusprivado.

Essa nova visão jurisprudencial, enfim, atenta à consagração constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, da Constituição) e à plena vigência, como princípio fundamental implícito do sistema jurídico brasileiro, possuidor de formidável força valorativa, do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, atinge o seu auge com a seguinte decisão proferida no seio do nosso TJRS, ao julgar um pedido de retificação de registro civil feito por uma pessoa transexual:

“É preciso, inicialmente, dizer que homem e mulher pertencem à raça humana. Ninguém é superior. Sexo é uma contingência.

Discriminar um homem é tão abominável como odiar um negro, um judeu, um palestino, um alemão ou um homossexual. As opções de cada pessoa, principalmente no campo sexual, hão de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros.

O direito à identidade pessoal é um dos direitos fundamentais da pessoa humana. A identidade pessoal e a maneira de ser, como a pessoa se realiza em sociedade, com seus atributos e defeitos, com suas características e aspirações, com sua bagagem cultural e ideológica, é o direito que tem todo o sujeito de ser ele mesmo. A identidade sexual, considerada como um dos aspectos mais importantes e complexos compreendidos dentro da identidade pessoal, forma-se em estreita conexão com uma pluralidade de direitos, como são aqueles atinentes ao livre desenvolvimento da personalidade, etc.

Para dizer assim, ao final: se bem que não é ampla nem rica a doutrina jurídica sobre o particular, é possível comprovar que a temática não tem sido alienada para o Direito vivo, quer dizer, para a jurisprudência comparada. Com efeito, em Direito vivo, tem sido buscado e

¹¹³ De fato, os direitos da personalidade são utilizados como fundamento decisório em casos tão distintos quanto: invalidade de cláusula, em contrato de seguro-saúde, que exclui da cobertura certo tratamento experimental, sendo a beneficiária portadora de câncer em estado terminal, devido ao reconhecimento do caráter absoluto do direito à vida (AC 595.161.639, Porto Alegre, TJRS, 2.ª Grupo de Câmara Cíveis, rel. Des. Tael João Selistre, j. em 15.12.1995); ilicitude do cadastramento do cliente bancário em razão da devolução de cheque com fundos suficientes (AC 597.113.257, Porto Alegre, TJRS, 5.ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 07.08.1997); ilicitude do cadastramento do cliente bancário que teve seus documentos furtados, em razão de negligência no preenchimento do cadastro (AC 597.139.807, Porto Alegre, TJRS, 5.ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 07.08.1997); ilicitude de atos administrativos emitidos pelo Município sem motivação suficiente, aparentemente em perseguição a empregado público (AC 597.082.890, Erechim, TJRS, 4.ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 01.04.1998); ilicitude do cadastramento do cliente cujos talonários de cheques foram extraviados no interior da agência bancária (AC 597.068.964, Canoas, TJRS, 4.ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 29.04.1998); indenização por danos morais causados pelo fornecimento de produto impróprio ao consumo humano, bem como por danos à saúde oriundos da ingestão do mesmo (AC 597.261.874, Pelotas, TJRS, 4.ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. em 13.05.1998); invalidade de transferência do aluno que, após dois anos de efetiva adaptação, freqüentemente determinada escola de ensino público fundamental, em atenção às normas protetivas do menor (AC 599.102.977, Santa Cruz do Sul, TJRS, 4.ª Câmara Cível, rel. Des. Vasco della Giustina, j. em 05.05.1999).

correspondido e atendido pelos juízes, na falta de disposições legais e expressa. No Brasil, aí está o art. 4.º da Lei de Introdução ao Código Civil, a permitir a equidade e a busca da Justiça.

Por esses motivos, é de ser deferido o pedido de retificação do registro civil para alteração de nome e de sexo.”¹¹⁴

A constatação dessa referência expressa ao direito ao livre desenvolvimento da personalidade, com argumentos de inspiração kantiana¹¹⁵, tão rara em nosso cotidiano judicial¹¹⁶, vem justamente reforçar a tese ora defendida, comprovando que não tentamos, nestas páginas, realizar mera e desatenta importação de uma teoria alienígena para o Direito brasileiro. Tratamos, isto sim, de um princípio que vige em nosso ordenamento jurídico, embora submerso em seu interior: ele apenas aguarda, nos termos utilizados por Grau, ser integralmente descoberto¹¹⁷.

CONCLUSÕES

Com base no exposto, as teses cuja veracidade tentamos demonstrar, em síntese, são as seguintes:

- a) A noção de personalidade não tem raiz idêntica ao conceito jurídico de pessoa. Enquanto este tem origem remota e experimentou

um longo e inconstante processo de desenvolvimento histórico, a personalidade nasceu como uma definição essencialmente ética e foi, num momento posterior, recepcionada e adequada pela ciência do Direito;

- b) Nesse sentido, sob o influxo racionalista das idéias iluministas, a laicização da personalidade representou uma notável conquista da doutrina jurídica, tendo como fecho teórico a vinculação da liberdade humana à Moral, empreendida de forma definitiva por Kant;
- c) Nos últimos anos do século XIX, seguindo corrente distinta daquela assumida pela Pandectística alemã, ganha destaque a obra pioneira de Gierke, mormente no que diz respeito ao desenvolvimento teórico do Direito geral da personalidade, ainda que não bem acabado;
- d) O período de ascensão ao poder do nacional-socialismo, entendido como ruptura totalitária, ao celebrar o organicismo e apagar, assim, todos os paradigmas até então vigentes no que se refere aos direitos e garantias fundamentais, enviou ao limbo a teoria da personalidade, com conseqüências funestas;
- e) Com o fim da Segunda Grande Guerra, a Alemanha empreende uma retomada coletiva da sua tradição ética, o que gera reflexos notáveis no âmbito jurídico, principalmente a partir da promulgação da Lei Fundamental e da instituição do BVerfG, a de-

¹¹⁴ AC 593.110.547, Porto Alegre, TJRS, 3.ª Câm. Cível, rel. Des. Luiz Gonzaga Pilla Hofmeister, j. em 10.03.1994 (grifamos).

¹¹⁵ É certo que a inspiração das idéias de Kant, no acórdão acima transcrito, pode não ter sido conscientemente arquitetada. Resta clara, não obstante, a coincidência de propósitos em passagens como: “As opções de cada pessoa (...) não de ser respeitadas, desde que não façam mal a terceiros”. A noção que se apresenta, em suma, nada mais é do que a consagração de liberdades iguais – ou seja, de liberdades que não atentem às liberdades dos outros, a fim de não se transformarem, aquelas, em não-liberdades (sobre esse aspecto particular do pensamento kantiano, v. BOBBIO, Direito cit., p. 71).

¹¹⁶ Sobre o predomínio de uma concepção hobbesiana de “pessoa” no STF, com ênfase na sua função, em cotejo com o primado notoriamente kantiano no BVerfG, conforme já aludimos, v. o instigante ensaio de ALVES, Dignidade da pessoa, do sujeito ou da personalidade?, Porto Alegre, inédito, 2000.

¹¹⁷ GRAU, op. cit., p. 46.

marcar uma renovada perspectiva axiológica do Direito privado, com base constitucional;

- f) No Brasil, devido às peculiaridades que caracterizaram nossa experiência jurídica, um alcance similar ao formulado pela Lei Fundamental alemã só veio a ocorrer mais recentemente, com a promulgação da Constituição de 1988 e a superação democrática do período ditatorial militar;
- g) Partindo de dispositivos constitucionais expressos, a jurisprudência alemã moldou tanto o direito expresso ao livre desenvolvimento da personalidade quanto o princípio da dignidade da pessoa humana – que se apresenta como fundamento último daquele direito;
- h) No caso do Brasil, o direito ao livre desenvolvimento da personalidade é princípio que tem pleno vigor em nosso sistema jurídico, ainda que de modo implícito, e embasa tanto a proteção da intimidade quanto o reconhecimento e preservação da autonomia privada, sendo tarefa da jurisprudência descobrir e trabalhar todas as suas potencialidades.

OBRAS CONSULTADAS

ALEXY, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. In: *Derecho y razón práctica*. 2.ª ed. México: Fontamara, 1998. (pp. 7-20)

----- . *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. espanhola. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALVES, Gláucia Correa R. Barcelos. *Dignidade da pessoa, do sujeito ou da personalidade?*. Trabalho apresentado na disciplina de Teoria Geral do Direito Privado do PPGD/UFRGS. Porto Alegre: inédito, 2000.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém. Um relato sobre a banalidade do mal*. Trad. por José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

ÁVILA, Humberto Bergmann. A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 215. Rio de Janeiro: jan.-mar. 1999. (pp. 151-179)

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. Trad. por Alfredo Fait. 4.ª ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1997.

----- . Kant e a Revolução Francesa. In: *A era dos direitos*. Trad. por Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. (pp. 131-141)

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 6.ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

CAMPOS, Diogo Leite de. *Lições de direitos da personalidade*. 2.ª ed. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1995.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*. Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1999.

CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson (org.). *Repensando fundamentos do Direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. (p. 31-56)

CUNHA, Alexandre dos Santos. *Dignidade da pessoa humana: conceito fundamental do Direito civil*. Trabalho apresentado na disciplina de Teoria Geral do Direito Privado do PPGD/UFRGS. Porto Alegre: inédito, 1999.

DOCUMENTÁRIO. *Hitlers Helfer: Freisler der Hinrichter*. Vídeo legendado. 60 min. Alemanha: ZDF, 1998.

EDELMAN, Bernard. *La personne en danger*. Paris: Presses Universitaires de France, 1999.

ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*. Trad. por Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.

- GIERKE, Otto von. *La función social del Derecho privado/La naturaleza de las asociaciones humanas*. Trad. por José M. Navarro de Palencia. Madri : Sociedad Editorial Española, 1904.
- GRAU, Eros Roberto. *O Direito posto e o Direito pressuposto*. 2.^a ed. São Paulo : Malheiros, 1998.
- GRIMM, Dieter. La Constitución como fuente del Derecho. In: VV.AA. *Las fuentes del Derecho*. Trad. espanhola. Barcelona : Universidade de Barcelona, 1983. (pp. 13-26)
- HATTENHAUER, Hans. *Conceptos fundamentales del Derecho civil. Introducción histórico-dogmática*. Trad. por Gonzalo Hernández. Barcelona : Ariel, 1987.
- HESPANHA, António Manuel. *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*. 2.^a ed. S/1 : Europa-América, 1998.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Trad. por Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 1991.
- _____. *Derecho constitucional y Derecho privado*. Trad. por Ignacio Gutiérrez-Gutiérrez. Madri : Civitas, 1995.
- IMAZ, Eugenio. Prólogo. In: KANT, Immanuel. *Filosofia de la História*. Trad. por Eugenio Imaz. 1.^a ed. México : Fondo de Cultura Económica, 1941. (pp. 1-23)
- KANT, Immanuel. A religião dentro dos limites da simples razão. Trad. por Tania Maria Bernkopf. In: *Os pensadores: Kant*. 1.^a ed. São Paulo : Abril Cultural, 1974. (pp. 365-389)
- _____. *Crítica da razão prática*. Trad. por Artur Morão. Lisboa : Edições 70, 1997.
- _____. Fundamentação da Metafísica dos costumes. Trad. por Paulo Quintela. In: *Os pensadores: Kant*. 1.^a ed. São Paulo : Abril Cultural, 1974. (pp. 195-256)
- _____. ¿Qué es la ilustración? In: *Filosofia de la História*. Trad. por Eugenio Imaz. 1.^a ed. México : Fondo de Cultura Económica, 1941. (pp. 25-38)
- KASER, Max. *Direito privado romano*. Trad. por Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- _____. *Römisches Privatrecht*. 5.^a ed. Munique/Berlim : C. H. Beck, 1966.
- KELSEN, Hans. *O problema da justiça*. Trad. por João Baptista Machado. 3.^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria geral do Direito e do Estado*. Trad. por Luís Carlos Borges. 3.^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 1998.
- _____. *Teoria pura do Direito*. Trad. por João Baptista Machado. 4.^a ed. São Paulo : Martins Fontes, 1995.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos. Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo : Companhia das Letras, 1999.
- LARENZ, Karl. *Derecho civil: Parte general*. Trad. por Miguel Izquierdo e Macías-Picavea. Madri : Revista de Derecho Privado, 1978.
- _____. *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*. Trad. por Luis Díez-Picazo. Madri : Civitas, 1993.
- LA TORRE, Massimo. *La "lotta contro il diritto soggettivo". Karl Larenz e la dottrina giuridica nazionalsocialista*. Milão : Giuffrè, 1988.
- MACHADO DE ASSIS, Joaquim Maria. *Obra completa*. Rio de Janeiro : José Aguilar, 1959. (vol. II)
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais: eficácia das garantias constitucionais nas relações privadas. Análise da jurisprudência da Corte Constitucional alemã. In: *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo : IBDC/Celso Bastos, 1998. (pp. 207-225)

- _____. *Jurisdição constitucional. O controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- OPPETIT, Bruno. *Philosophie du Droit*. Paris : Dalloz, 1999.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de Direito privado*. 2.^a ed. Rio de Janeiro : Borsoi, 1954-66. (t. I, VII e LIII)
- RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In: *Filosofia do Direito*. Trad. por L. Cabral de Moncada. 6.^a ed. Coimbra : Arménio Amado, 1997. (pp. 415-418)
- RAISER, Ludwig. La Costituzione e il Diritto privato. In: *Il compito del Diritto privato*. Trad. por Marta Graziadei. Milão : Giuffrè, 1990. (pp. 169-191)
- REALE, Miguel. Ciência do Direito e dialética. In: *Horizontes do Direito e da História*. 3.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2000. (pp. 343-348)
- _____. Direito e Cultura. In: *Horizontes do Direito e da História*. 3.^a ed. São Paulo : Saraiva, 2000. (pp. 292-296)
- _____. *Filosofia do Direito*. 17.^a ed. São Paulo : Saraiva, 1996.
- ROGEIRO, Nuno. O sistema constitucional da Alemanha. In: *A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha*. Coimbra : Coimbra, 1996. (pp. 13-102)
- SALGADO MARTINS, José. *Preparação à Filosofia*. 3.^a ed. Porto Alegre : Globo, 1978.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica y jurisprudencia*. Trad. por Luis Díez-Picazo Ponce de León. Madri : Taurus, 1986.
- WELZEL, Hans. *Introducción a la Filosofía del Derecho. Derecho natural y justicia material*. Trad. por Felipe González Vicén. Madri : Aguilar, 1971.
- WIEACKER, Franz. *História do Direito privado moderno*. Trad. por A. M. Botelho Hespanha. 2.^a ed. Lisboa : Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

A Publicização da Noção de Pessoa Jurídica como Fator de Construção da Dogmática do 'Estado de Direito'.

Maren Guimarães Taborda

Assessora Jurídica do Município de Porto Alegre - SMF. Professora de História do Direito e de Direito Romano na PUC-RS e UNISINOS. Mestranda em Direito Público na UFRGS.

INTRODUÇÃO

Pessoa', segundo a teoria tradicional do direito civil, é uma criação do Direito para designar sujeitos de direito, isto é, quem tem aptidão para ser sujeito - potencial ou atual - de relações jurídicas. Enquanto noção técnica, começou a ser utilizada no medievo e só se tornou precisa em correlação com a de 'sujeito de direito', operada pela Pandectística, no âmbito do direito privado. A identificação entre as noções de 'pessoa' e de 'sujeito de direito' em um só conceito, o de personalidade ou capacidade de direito, entendido como capacidade de possuir direitos e obrigações, remonta à filosofia prática de Kant,¹ e seu centro é o conceito de dever, que se revela pelo discernimento moral (no qual a necessidade prática expressa na lei moral implica a existência de liberdade)

e o de 'relação de dever', que põe, de um lado, o obrigado e, de outro, aquele para quem o dever existe e que é, no caso do dever jurídico, o titular dos direitos subjetivos respectivos. Os representantes da filosofia clássica alemã, ao adotarem a concepção kantiana de pessoa, deram-lhe, contudo, uma nova dignidade, no sentido de conceber os direitos subjetivos como atributos necessários do homem enquanto pessoa - ser dotado de liberdade -, na medida em que eles garantem o seu agir autônomo.

A expressão 'sujeito de direito', por conseguinte, designa o complexo de direitos e deveres, cuja unidade é expressa figurativamente no conceito de 'pessoa'. 'Pessoa' (natural ou jurídica) é, então, uma unidade personificada de normas jurídicas que impõem deveres e conferem direitos.² Na maioria dos países que ado-

¹ Cf. STRANGAS, Jean. Les implications philosophiques de la notion de sujet de droit. *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 1990, p. 128. Segundo o autor, (pág. 131) a concepção kantiana de sujeito de deveres e obrigações jurídicos parte de sua concepção de personalidade, em que esta, componente da liberdade do 'homem fenomênico' - o obrigado em geral - aparece como uma grandeza invariável. Dado que, em Kant, todos os homens são iguais na medida em que são sujeitos da lei moral e dotados de liberdade, todos têm acesso, da mesma forma, aos direitos subjetivos. Daí a identificação da personalidade com a capacidade jurídica (com a capacidade de ter direitos e obrigações), que se manifesta no Código Civil Alemão.

² Cf. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. Coimbra: Arménio Amado Editor, 1979, pp. 236 e ss.

tam o sistema de direito romano-germânico,³ as pessoas jurídicas têm sua natureza descrita conforme imputações de direito privado ou de direito público. No plano do direito público, o Estado - a organização política da sociedade - é concebido como uma pessoa jurídica (sujeito de direito) que atua através de seus órgãos, construção que se operou definitivamente na doutrina germânica, na segunda metade do séc. XIX, em consequência da publicização da problemática da personalidade jurídica.

Através da transplantação da noção pandectística de pessoa jurídica, os juspublicistas alemães fizeram do princípio da personalidade do Estado o ponto de partida e a base de toda a construção jurídica do direito público, da mesma forma que a figura do homem - 'sujeito de direito' - estava posta no centro da construção dogmática do direito privado. Partindo de tais premissas, este estudo procura identificar os principais traços do caminho percorrido até a definitiva consagração da personalidade jurídica do Estado como fator de construção da teoria jurídica do 'Estado de Direito', o que passa por verificar, ainda que em linhas gerais, os antecedentes teóricos do problema, bem como por clarificar a que necessidades históricas e políticas tal teorização respondeu.

I - EVOLUÇÃO DA NOÇÃO DE 'Pessoa JURÍDICA'

No Direito Romano antigo, a palavra 'pessoa' tinha o significado normal de 'homem', sem qualquer alusão à sua capacidade. Embora largamente empregado, o termo *persona* não

tinha um valor técnico, e tanto era 'pessoa' o homem livre quanto o escravo - *persona servi* -, ainda que este não fosse considerado sujeito de direito. Para o ser sujeito de direito, além da condição 'ser homem', concorriam mais três, a saber: ser livre, cidadão e senhor de si mesmo - *sui iuris*. Só nos textos pós-clássicos é que emerge um emprego diverso do termo, para exprimir uma noção que se avizinha ao que os modernos entendem por 'capacidade jurídica'. Na compilação justinianéia, o termo continuou a ser utilizado de modo genérico, e os glosadores civilistas bolonheses continuaram a não lhe atribuir, em referência ao homem, qualquer particular significação jurídica.⁴

Isto não quer dizer que os romanos não conhecessem as realidades abstratas que o termo 'pessoa jurídica', surgido na experiência canonística, veio a designar ou mesmo que, no âmbito de seu ordenamento jurídico, inexistissem soluções para as situações de fato que superam a consideração do homem singular enquanto centro de imputação de relações jurídicas.⁵ Orestano,⁶ estudando a relação entre situações com tratamento unificado e os fenômenos de imputação na experiência romana, aponta a importância e antiguidade da configuração material do problema, compreendendo tanto situações pessoais concebidas em sentido material quanto imputações referidas a entidades patrimoniais, ou seja, uma concepção que punha as coisas, os bens, no centro das relações de imputação. O autor descreve também o caminho através do qual de uma concepção material, concreta, a jurisprudência romana, ao longo de séculos, chegou a uma concepção

³ Classificação conforme René DAVID in: Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 1993.

⁴ Cf. ORESTANO, Riccardo. Il "Problema delle persone giuridiche" in Diritto Romano. Turim: Giappichelli, 1968, p.9.

⁵ ORESTANO, (nota 4), pp. 106 e ss.

⁶ ORESTANO, (nota 4), p. 106.

abstrata, de separação e independência do 'todo' em relação a seus elementos constitutivos (materiais ou pessoais). O exemplo dessa evolução é a noção de *hereditas*, que assume um valor paradigmático, pois, de um significado inicial concreto e material - *res* -, passa por uma desmaterialização, no período clássico, para ser considerada *res incorporales*, até chegar, nos textos justinianeus, como *universitas*.

De fato, a enunciação do que se pode chamar, em termos modernos, de 'coletividade', se efetuava mediante um substantivo no singular - *municipium, colonia, civitas, sodalicium*, etc. - ou mediante a indicação, no plural, de seus componentes - *municipes, coloni, cives, sodales*, etc. A expressão *municipia*, por exemplo, surgida na época imediatamente anterior ao ano 212 a. c. era utilizada para designar as comunidades incorporadas à cidadania romana que perdiam sua soberania política e se regiam, na esfera patrimonial, pelo direito privado. Da mesma forma, termos como *collegia, sodalitates* designavam realidades semelhantes - corpos coletivos que se regiam, na esfera patrimonial, pelo direito privado - .

No campo da organização pública, o centro de imputação ou referência de relações jurídicas de interesse geral evoluiu do *populus romanus*, que, na época republicana coexistia com as várias figuras de *collegia* e associações religiosas e assistenciais com relevância pública, para o *princeps* e as particulares figuras da organização administrativa imperial, principalmente o *fiscus*. O *populus romanus*, para cuja composição contavam unicamente as relações entre pessoas juridicamente equiparadas - os *patresfamilias* -, não foi sujeito ativo ou passivo

de direitos patrimoniais no sentido do direito privado até o Principado, quando iniciou a sua sujeição parcial através da criação do *Fiscus* - patrimônio destinado à administração imperial e que se distinguia do erário público (*aerarium populi Romani*), o patrimônio verdadeiro e próprio do Estado. Embora o Fisco pudesse submeter-se a regras de direito privado, como qualquer cidadão, importantes privilégios o colocavam acima do direito privado, tanto do ponto de vista do direito material quanto formal. Daí não haver, no âmbito da experiência jurídica romana, a abstração 'pessoa jurídica' referida à organização política ou mesmo às associações regidas pelo direito privado.⁷

1.1 - Atribuição de valor técnico à expressão 'persona': direitos subjetivos e personalidade jurídica.

Foi na canonística, mais precisamente na obra de Sinibaldo de Fieschi (futuro papa Inocêncio IV), que se passou a aplicar correntemente o termo *persona* para designar entidades coletivas com uma configuração unitária e abstrata distinta de seus membros particulares. Os canonistas foram os primeiros a utilizar expressões como *persona universitatis, persona collegii* e a formular a teoria da pessoa jurídica como *personae fictae*. Os Comentadores (principalmente Bártolo de Sassoferrato e Baldo de Ubaldi) continuaram a sublinhar que a noção tratava de construção intelectual da ciência jurídica e, finalmente, no séc. XVI, mais precisamente no ano de 1601, surgiu a primeira monografia (de Nicolaus Losaeus), editada em Veneza sob o título *Tractatus de iure universitatis*, com o argumento de que as

⁷ Para essas considerações, ver também: IGLESIAS, Juan. Derecho Romano. Historia e Instituciones. Barcelona: Ariel, 1993, pp. 107/108 e 144 a147; CATALANO, Pierangelo. Diritto e Persone. Studi Su Origine E Attualità Del Sistema Romano. Turim: Giappichelli, 1990, Capítulo V, pp. 163/188; COUTO E SILVA, Almiro. Os indivíduos e o Estado na realização das tarefas públicas. Informação por correio eletrônico. <http://orionufrgs.br/mestredir>, p. 4.

universitates são um fingimento, um corpo abstrato, cujo significado é inventado pelo intelecto.⁸

O problema da 'pessoa jurídica' permeou toda a civilística, do séc. XVI ao séc. XVII, que o tratou segundo uma concepção naturalística e objetiva. Duarenus (1509-1559) aplica o termo *persona* tanto às *universitates* quanto a seus componentes, antecipando, em muitos anos, um conceito unitário de 'personalidade jurídica'. Domat (1625-1696) dedica, nas *Loix civiles*, um único título às *personnes* (comunidades eclesásticas e laicas), definidas como assembléias de muitas pessoas unidas em um 'corpo' formado com a permissão do príncipe, para um bem público permanente, distintas das pessoas particulares.⁹ Mas foi só no final do séc. XVI que apareceram as primeiras tentativas de clarificar a relação entre o elemento naturalístico – o homem enquanto entidade física real – e a sua consideração do ponto de vista do Direito – o homem enquanto entidade juridicamente relevante –, reservando-se para este último a qualificação, cada vez mais específica e técnica, de *persona*. Puffendorf (1632-1694) elabora, finalmente, o conceito unitário de *persona moralis*, destinado a reunir, sob uma única noção geral, as *personae simplices* e as *personae compositae*.¹⁰

A passagem para uma concepção eminentemente subjetivística iniciou no curso do séc. XVIII, quando, retomando a temática principal do individualismo jusnaturalista, que fez coincidir o *status hominis naturalis* e o *status*

hominis civilis - a noção de homem como um dado naturalístico e a noção de pessoa como um dado jurídico-, juristas e filósofos sustentaram que todo homem é, por si mesmo, portador de 'direitos subjetivos', que se podem reportar ao seu 'poder da vontade', elevado a sinal natural de sua personalidade e a elemento motor das relações jurídicas que estabelece.¹¹

Com efeito, desde Grotius (1583-1645), já se vinha tratando da idéia de direito subjetivo como faculdade de querer ou fazer qualquer coisa,¹² enumerando-se, até, os vários tipos de 'direitos' que esse poder implica, tais como: poder sobre si mesmo (*potestas in se*) - liberdade; poder sobre outros (*potestas in alios*, como o pátrio poder) e poder sobre coisas (*potestas in res*, como o domínio/propriedade). Embora não se possa afirmar com precisão o momento em que o termo *ius* passou a significar direito subjetivo, é certo que é uma noção que marca o nascimento de um tipo de pensamento jurídico de cunho nitidamente individualista, cuja causa longínqua e profunda foi o cristianismo, que revelando o valor do indivíduo, desenvolveu, na Idade Média, novas categorias jurídicas estabelecidas em função do interesse individual e não mais em função da situação social, como a das 'pessoas miseráveis' (*miserabiles personae*).¹³

Ainda que se utilizasse, no medievo, a palavra *ius*, ela não se aplicava à faculdade de querer ou de agir nem denotava a idéia mesma de faculdade: o *ius* que cada um reivindicava nada mais era que seu estatuto.¹⁴ As primeiras

⁸ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 12.

⁹ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 13.

¹⁰ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 15.

¹¹ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 16.

¹² Cf. VILLEY, Michel. Leçons d' Histoire de la Philosophie du Droit. (Les origines de la notion de droit subjectif). Paris: Dalloz, 1957, p. 250.

¹³ Cf. VILLEY, (nota 12), p. 269.

¹⁴ Cf. VILLEY, (nota 12), p. 271.

definições claras da noção de 'direito subjetivo' emanaram do grupo de autores da escolástica tardia (Duns Scott e Guilherme d'Occam), lentamente foram transmitidas a juristas – Grotius e seus comentadores (Pufendorf, Feltmann e Thomasius) até receberem uma completa formulação por filósofos como Hobbes¹⁵ e Gassendi,¹⁶ na esteira de um combate da filosofia moderna contra o direito natural concebido por Aristóteles.

Scott, relevando o papel da razão para conhecer as verdades mais sublimes, acentuou o indivíduo, o singular, frente ao universal, antecipando a modernidade. Para ele, o fundamento do princípio da individuação e a explicação de por que é conhecido o indivíduo não devem ser buscadas em um princípio geral ou em algo extrínseco ao indivíduo, senão nele mesmo (objeto individual e singular).

De outra parte, a crítica de Occam reduziu a nada o antigo direito natural imutável, tendo ele insistido sobre a origem humana e, portanto, arbitrária, convencional, do *dominium* e da soberania, a origem arbitrária do direito (obra das vontades humana e divina) e a origem arbitrária das sociedades.¹⁷ Em Occam, pois, a acentuação dos limites da razão adquire caráter extremo, até resultar em uma efetiva cisão entre a filosofia e a teologia. O reconhecimento da primazia do indivíduo leva, em Occam, a um conceitualismo que exclui a existência de

outros universais fora de seu conceito e, mais explícito ainda, é o voluntarismo com referência a Deus e a acentuação da onipotência divina, até o ponto em que esta se converte na tese básica e chave de toda a sua doutrina filosófica.

Assim, ao antigo direito natural objetivo - uma ordem fixa e imutável estabelecida pela razão universal, em que cada instituição social tem uma estrutura fixa - foi contraposto um direito natural novo cujo conteúdo é negativo: a ausência de vínculos e de regras sociais, de deveres e de comandos, é dizer, o direito de liberdade do indivíduo, cuja origem é puramente humana, convencional. A natureza fez os homens indivíduos, separados e livres, e tais liberdades são dados jurídicos primários que a lei e a convenção modelam em 'direitos subjetivos'. Por conseguinte, a noção primordial do direito é aquele que é dado por natureza aos homens, que as leis civis limitam: é a liberdade, o poder individual.

Essa teorização dos direitos subjetivos respondeu, segundo Weber¹⁸ às necessidades de uma economia de mercado em expansão, pois, do ponto de vista sociológico e do desenvolvimento da ordem econômica, são particularmente importantes as expectativas de que não se estorve uma ação ou omissão, chamadas de 'faculdades'. Na medida em que tais faculdades importam em dois tipos de direitos - os de liberdade, que são o simples asseguramento, dentro do

¹⁵ Em Hobbes, o único direito que pode subsistir no estado selvagem de natureza é o de preservação. Além disso, para ele, o direito não significa outra coisa senão a liberdade que cada um tem de usar suas faculdades naturais conforme à 'reta razão'.

¹⁶ Cf. VILLEY, (nota 12), p. 279, Gassendi, na *Ethicae* (1658), composta contra a ética aristotélica, o ius que o homem possui por natureza comporta a faculdade de sentir, de se mover, etc, enquanto é animal; enquanto ser especial - homem - esse direito comporta a faculdade do raciocínio, de se exprimir, de celebrar contratos, sem que se leve em linha de conta os deveres, os limites que a natureza impõe à liberdade.

¹⁷ Cf. PANIÁGUA, Jose Maria Rodriguez. Historia del Pensamiento Jurídico. Vol. I. Madrid: Universidad Complutense, 1988, pp. 89 a 104.

¹⁸ WEBER, Max. Economia y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva. México: Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 532/533.

âmbito da conduta juridicamente permitida, contra violações provenientes de terceiros e especialmente da ordem estatal (liberdade de consciência, de trânsito, de disposição, etc.) e os que concedem aos indivíduos a faculdade de regular autonomamente, dentro de certos limites e por meio de negócios jurídicos, suas relações recíprocas - a liberdade de contratação depende da extensão que o ordenamento jurídico conceda ao arbítrio dos indivíduos. Como liberdade, em sentido jurídico, significa ter direitos subjetivos atuais e potenciais, em uma comunidade sem mercado esses direitos não derivam, de modo principal, dos negócios jurídicos, senão de preceitos imperativos e proibitivos do direito objetivo. A troca é, sob o domínio de um sistema de direitos subjetivos, um negócio jurídico: aquisição, cessão, renúncia de pretensões jurídicas. Destarte, a soma dos direitos legitimamente adquiridos e das obrigações legais de um indivíduo - a sua situação econômica legítima - determinam-se, "em parte por aquisições hereditárias derivadas de relações de direito familiar e em parte também - direta ou indiretamente - através dos negócios jurídicos"¹⁹ que celebra.

Quando da elaboração sistemática da doutrina geral do direito privado pela Pandectística alemã entre o fim do séc. XVIII e início do séc. XIX, em que aquele foi, segundo o espírito e a doutrina da época, concebido e articulado em torno da noção de 'direito subjetivo', isto é, como um 'sistema de direitos subjetivos', consolidou-se a concepção subjetivística da personalidade jurídica. Tal concepção subjetiva da personalidade ao identificar a *persona* - sujeito de direito - com o seu substrato material (o homem), comportou duas orientações de pensamento diametralmente opostas e, todavia,

ligadas à mesma matriz subjetivística, a saber: a teoria da ficção e a teoria da realidade. A primeira afirma que só o homem, enquanto ser que possui uma vontade, pode ser sujeito de direito com existência real, sendo artificiais todos os demais sujeitos; a segunda procura demonstrar que todos os 'sujeitos de direito' são igualmente dotados de uma existência e vontade 'reais'.²⁰

1.2 - A tese da 'pessoa jurídica' e as teorias sobre a sua natureza jurídica

No processo de construção sistemática de uma noção geral de 'sujeito de direito', apareceu em 1807, pela primeira vez, a voz 'pessoa jurídica' (*juristische Personen*), na obra do jurista alemão Arnold Heise, compreendendo, sob um único conceito, contraposto às pessoas físicas, tudo o que não fosse o homem singular (*Alles auBer den einzelnen Menschen*) e que pudesse ser reconhecido em um Estado como 'sujeito de direito' cujo substrato é constituído do homem singular (quando exerce determinada função, como nos serviços públicos), de agrupamentos humanos (*universitates*), de um conjunto de bens destinados a fins de interesse geral ou quaisquer outros elementos.²¹

Reelaborando a tese de Heise, Savigny afirmou a natureza fictícia da personalidade jurídica, ao entender que, em todo direito subjetivo, existe a causa da liberdade moral insita ao homem e, por essa razão, o conceito de pessoa como 'portadora' (*Träger*) ou 'sujeito de direito' (*Rechtssubject*) deve coincidir com o conceito de homem, uma vez que só este é capaz de direitos. Daí a pessoa jurídica, sujeito artificial, criada por 'simples ficção' se distingue das

¹⁹ WEBER, (nota 18), p. 534.

²⁰ Cf. ORESTANO, (nota 4), pp. 19/20.

²¹ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 21.

corporações e das fundações cujo substrato é uma associação de pessoas ou um complexo de bens, respectivamente.²² À diferença dos canonistas e civilistas medievais, Savigny considera tal ficção não uma criação intelectual da ciência jurídica, mas um "instrumento técnico de que dispõe o legislador", que 'finge', ante uma associação de homens ou de bens, a existência de uma unidade, considerada como 'pessoa' e, como tal, 'sujeito de direito'.²³ Puchta, por sua vez, aderindo à tese da ficção, considera haver personalidade jurídica só quando há uma disposição legislativa que reconhece a condição de 'sujeito de direito' de alguém ou de algo. Por isso, reagrupa as várias figuras de pessoas jurídicas sob o único conceito de *universitates*, distinguindo por *universitates personarum* as corporações e por *universitates rerum* as fundações.²⁴

O conceito de personalidade jurídica, via de conseqüência, correspondeu à solução do problema relativo à posição das associações e da legitimação de seus órgãos no tráfego negocial e nos procedimentos judiciais, pois ele implica a total separação das esferas jurídicas dos membros da esfera jurídica independente da própria associação, de modo que só certas pessoas, juridicamente autorizadas, podem obrigar a associação. Essas relações jurídicas, porém, não afetam as pessoas nem os patrimônios dos associados nem valem como contratos destes. Por igual, as exigências e prestações dos associados, enquanto tais, vinculam, segundo o estatuto, os direitos e obrigações de seus patri-

mônios privados e não o patrimônio social. Por esta via, o conceito de personalidade jurídica se estende para abarcar a disposição de bens econômicos cuja utilização se atribui a uma pluralidade de pessoas determinadas sem que, com isso, se forme uma associação. Este é, precisamente, o caso das fundações - patrimônio afetado a um fim - cujos interesses são representados autonomamente no comércio jurídico por um titular a quem, de acordo com determinadas normas, reconhece-se tal caráter. Enfim, como diz Weber, "de um ponto de vista técnico-jurídico, o conceito de personalidade jurídica é totalmente supérfluo quando não se atribui a uma associação nenhum patrimônio em nome do qual seja possível celebrar contratos."²⁵

Contra a tese da ficção e a ela contemporânea, surgiu a teoria da realidade, ou orgânica, pugnada por Georg Von Beseler e Otto von Gierke, que aprofundaram o problema do ponto de vista da tradição germânica e das suas formas associativas de tipo comunitário (*Genossenschaften*), tratando de resolvê-lo em uma concepção que considerava a pessoa jurídica como um 'organismo natural'.²⁶ Além da teoria orgânica, outras perspectivas sobre a natureza da pessoa jurídica também surgiram no curso do séc. XIX e começo do séc. XX, tais como a desenvolvida por Aloys Brinz (do patrimônio destinado a um fim - *Zweckvermögen*), por Zitelmann (teoria da vontade - *Willenstheorie*) e por Ennecerus (teoria da organização - *Einrichtungstheorie*).²⁷ Foi a concepção orgânica, entretanto, que acabou por

²² Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 22.

²³ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 24.

²⁴ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 22.

²⁵ WEBER, (nota 18), pp. 566/567. Neste passo, o autor considera que, a rigor, no âmbito do direito, o conceito de pessoa é sempre jurídico e, por isso mesmo, a noção de personalidade jurídica é sempre tão artificial quanto a questão acerca do que sejam "as coisas" em sentido jurídico.

²⁶ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 26.

²⁷ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 30.

se tornar o centro da teoria do Estado como pessoa jurídica.

II - A CONSTRUÇÃO DA PESSOA JURÍDICA PÚBLICA ATRAVÉS DA TEORIA ORGÂNICA

O tratamento unificado de situações reconduzíveis à imputação de interesses gerais iniciou no período medieval, com os esquemas de *collegia*, *corpora* e *universitates*, bastando pensar na teoria das *communia civitatis* e do direito estatutário, na relevância do direito público nas corporações medievais e na doutrina canonística dos *collegia necessaria et naturalia*. No entanto, a primeira teorização das pessoas públicas distintas das pessoas privadas apareceu no fim do séc. XVI, na obra de Gregório Tholosanus - *Syntagma*²⁸ e a partir de Grócio e Hobbes, começou-se a falar do Estado como *corpus morale*, *persona civilis*, *persona artificialis* ou de um *corpus fictitium*. Pufendorf, seguido por Thomasius, distinguia tanto as *personas simplices* como as *personae compositae* em públicas e privadas, e o francês Jean Domat identificava todo tipo de *communauté* a parte do *corps de l'État*.

Inicialmente, na doutrina oitocentista do sujeito de direito e seus direitos subjetivos, o problema da pessoa jurídica foi visto sob o prisma do direito privado, em parte pela escassa elaboração doutrinária cujo objeto fosse o direito público e, em parte, pelos motivos ideoló-

gicos que fizeram a Escola Histórica reagir contra a idéia jusnaturalista e revolucionária de que o Estado pudesse ser um ente cuja personalidade não coincidissem com a do soberano, a ponto de Savigny sustentar que só as relações de direito privado pudessem referir-se à artificial capacidade da pessoa jurídica, na medida em esta qualificação - pessoa jurídica - põe em relevo unicamente a capacidade patrimonial, traduzindo-se por um sujeito capaz de ter um patrimônio.²⁹

2.1 - O Estado como uma estrutura orgânica

Conquanto as comparações entre o Estado, a sociedade, a Igreja ou outras coletividades e os indivíduos - seus corpos, atributos físicos e psíquicos - seja "tão velha quanto o mundo",³⁰ os termos 'orgânico/inorgânico' como hoje são entendidos só foram estabelecidos no fim do séc. XVIII, e Otto Gierke foi o primeiro a utilizar a metáfora do 'organismo' de um modo absolutamente rigoroso.³¹ Esta concepção não foi, contudo, absolutamente nova, pois Albert van Krieken, em 1873 já havia reconhecido o Estado como pessoa jurídica, na esteira dos ensinamentos de Gerber, que postulava a personalidade jurídica do Estado cujos direitos emanavam de seu 'poder de querer', isto é, 'poder de dominar' que se chama 'poder público', atuante através de seus órgãos. Pode-se dizer, então, que foram as idéias fundamentais de Gerber (Estado-pessoa moral, Estado-poder público e

²⁸ Cf. ORESTANO, (nota 4), p. 32.

²⁹ Cf. ORESTANO (nota 4), pp. 33/34.

³⁰ Cf. ROTTLEUTHNER, Hubert. Les métaphores biologiques dans la pensée juridique *Archives de Philosophie du Droit*. Paris: Sirey, 19, p. 216.

³¹ Cf. ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 216, uma metáfora é uma transferência, particularmente de conceitos. Na história da ciência, a biologia, depois de Darwin, tornou-se a disciplina paradigma, ou dirigente, e seus conceitos, modelos e perspectivas tais como 'desenvolvimento', 'luta', 'vida' e 'organismo', foram transferidos para outras disciplinas.

o conceito de órgão) que influenciaram toda a geração que elaboraria definitivamente a teoria do Estado como pessoa jurídica.³²

Gierke, um ano depois do aparecimento da obra de Krieken, rejeitou, inicialmente, o conceito científico de organismo para concebê-lo como "uma concepção geral do ser natural". Para ele, organismo é um conceito transdisciplinar, ligado a um domínio particular da realidade: o do "ser natural vivente",³³ mas não é, apesar disso, somente um produto natural, pois as formações sociais também são organismos no sentido espiritual. Refletindo sobre a natureza do Estado, Gierke acaba por ver nele uma unidade composta cuja vida específica não corresponde à vida de qualquer de suas partes. Daí a pessoa individual em suas relações com o Estado dever ser pensada não como um todo completo em si, mas como parte de um todo.³⁴

Com a especificação de problemas jurídicos práticos, o conceito de organismo ganhou contornos mais definidos, para apreender a essência, na realidade, das comunidades humanas, das associações (o Estado, a Igreja, a corporação, etc). Assim, visando a construção da 'pessoa jurídica' e do Estado enquanto 'pessoa jurídica', Gierke se opôs à teoria da ficção, para estabelecer a realidade específica das associações enquanto 'organismos sociais'. O Estado, enfim, para Gierke, "é a mais alta e compreensiva forma de Comunidade, não perceptível para os sentidos, porém real para o espírito, que nos revela uma existência comum humana so-

bre a existência individual. Este elemento comum é a unidade permanente, viva, da unidade que quer e obra e na qual se encerra todo um povo".³⁵

Sustenta Rottleuthner³⁶ que a concepção de organismo, consistente na consideração da pessoa jurídica em sua estrutura interna e de sua relação com outros sujeitos de direito, teve como conseqüências práticas específicas a construção sistemática da ordem jurídica e dos conceitos jurídicos individuais bem como a decisão sobre questões individuais tais como a constituição, a participação e a fundação enquanto ato coletivo e não como um contrato, a incorporação/desincorporação, organização e órgão (representação), competências, procedimentos, capacidade legal e responsabilidade da pessoa jurídica. A introdução da metáfora de organismo, ao permitir descrever problemas ou fenômenos jurídicos específicos (estrutura interna das pessoas jurídicas e relações de trabalho coletivo), não foi, contudo, suficiente para a solução construtiva desses problemas como, por exemplo, o da extensão da responsabilidade de uma pessoa jurídica.

Até a difusão da noção de órgão como um conceito da teoria geral do direito, isto é, como elemento estrutural da pessoa jurídica, a meditação da juspublicística - focalizada no Estado - , dava-se em torno da 'subjetividade do serviço', através da distinção, presente na doutrina germânica (Laband e Mohl), entre serviço (*Amf*) e ti-

³² Cf. LOS RIOS, Fernando. Prólogo à obra de JELLINECK, Georg. Teoria General de Estado. Buenos Aires: Editorial Albatros, 1970, p. 120. Tradução da segunda edição do original alemão Allgemeine Staatslehre, pág. X/XI.

³³ ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 223.

³⁴ ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 224.

³⁵ GIERKE, Otto van. Die Grundbegriffe des Staatsrechts un die neuesten Staatsrechtstheorien (1874), apud LOS RIOS (nota 32), p. XIX.

³⁶ ROTTLEUTHNER, (nota 30), p. 227.

tular do serviço (*Amsträger*),³⁷ e os modelos sobre as quais aquela trabalhava eram o inglês, que concebia o Estado como um agregado, ordenado em função de 'pessoas jurídicas' como a Coroa, o Tesouro, o Almirantado, etc., e o continental, segundo o qual o Estado era composto do príncipe com seus serviços e da pessoa jurídica privilegiada que constituía o Fisco.

2.2 - A pessoa pública no *Polizeistaat*

Na Alemanha do Primeiro Império (romano-germânico), as relações jurídicas entre o poder público e os súditos repousavam sobre os direitos de superioridade dos príncipes, cuja base era a superioridade territorial (*Landeshoheit*), e implicavam *iura majestatis* (direitos de majestade), mais tardiamente, em *ius politiae* (direito de polícia) e *ius sequelae* (direito de impor contribuições).³⁸ Após a paz de Vestfália, que reconheceu aos estamentos um poder estatal em seus territórios, havia um juiz superior ao qual o poder territorial estava submetido: o Tribunal Cameral do Império - precursor do controle de constitucionalidade material,³⁹ de modo que "os súditos podiam valer-se dos tribunais imperiais contra o abuso de direitos dos senhores territoriais".⁴⁰ Os limites às prerrogativas dos príncipes, assim, eram os *iura quesitae*, isto é, direitos adquiridos que, se usurpados, permitiam o recurso aos tribunais imperiais, de vez que, com tal usurpação, ocorreria "mudança da ma-

téria de governo em matéria de justiça".⁴¹

Já na época do Segundo Império, o regime era caracterizado pela preponderância da polícia (*Polizeistaat*). De acordo com isto, o Estado era uma 'pessoa ideal', cujos representantes eram o príncipe em pessoa e os funcionários de todos os tipos, de modo que, tendo como tarefa a perseguição dos fins do Estado, tinham à disposição todos os meios para realizar tais fins, sem conhecer quaisquer limites por parte dos súditos. Os antigos *iura quesitae* se transformaram em barreiras formais, porque, de fato, não havia nenhuma barreira.⁴² Quanto aos funcionários, seu papel nos negócios públicos era determinado pelo príncipe, a quem estavam submetidos por um severo sistema disciplinar hierárquico. Esta forma de organização do poder público começou a mudar a partir do momento em que a independência dos tribunais foi reconhecida, isto é, em que a justiça civil e a criminal obtiveram uma situação particular diferente da Administração e se tornaram, na organização estatal, centro de um poder próprio e independente.⁴³ Isso aconteceu a partir da nova noção de lei como ordem geral que se endereça aos súditos e que é publicada, de modo que, quando o príncipe editava uma regra de direito civil sob a forma de lei, a mesma restava inviolável, e sua aplicação só dependia de um juiz, que era forçado a aplicá-la. Ao príncipe, não se reconhecia mais sequer o poder de dispensá-la.⁴⁴

³⁷ Cf. GIANNINI, Massimo Severo. *Organi (Teoria Generale)*, in: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXI. Milão: Giuffrè, 1981, p. 37.

³⁸ Cf. MAYER, Otto. *Le Droit Administratif Allemand*. Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, (tradução do próprio autor) pp. 32 a 42.

³⁹ Cf. HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*. Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 24.

⁴⁰ Cf. HECK, (nota 39), p. 44.

⁴¹ Cf. HECK, (nota 39), pp. 44/45.

⁴² Cf. MAYER, (nota 38), p. 44.

⁴³ Cf. MAYER, (nota 38), p. 47.

⁴⁴ Cf. MAYER, (nota 38), p. 49.

Quanto às leis de polícia, submetiam-se a um regime diferente: ao ordenarem casos individuais, vinculavam os funcionários e não o príncipe e, assim, as 'leis da justiça' obrigavam o governo, e as leis de polícia, não. As leis da justiça eram 'direito', as de polícia, não. O resultado é que, nesse período, existia um direito civil, um direito penal e um direito de procedimento, mas nenhum 'direito público', porque, para a Administração, em relação aos súditos, não havia dever. Quando o direito civil e as jurisdições civis passaram a se ocupar da relação entre o Estado e os súditos, surgiu a questão de submeter o Estado ao direito civil e, do conflito entre duas idéias opostas - idéia do Estado onipotente, que havia derrubado as barreiras dos *iura quesitae*, e a idéia do direito, isto é, de que as relações entre o Estado e os súditos deviam dar-se sob a forma do direito e suas regras - surgiu a doutrina do Fisco, que acabou por cindir a personalidade jurídica do Estado.⁴⁵

Quando o direito público alemão adotou a instituição romana do Fisco, preocupou-se, inicialmente, com as vantagens materiais desta instituição: os direitos do fisco, as multas, confiscos, tesouros - o caixa do príncipe - . À medida que o Estado se foi tornando cada vez mais onipotente e os direitos particulares dos príncipes foram desaparecendo, o Fisco, pessoa moral proprietária dos bens destinados à realização dos fins estatais, passou para primeiro plano, distinguindo-se, a partir daí, os bens do Fisco dos bens privados do príncipe. Então, ao lado do Estado propriamente dito (o príncipe e as autoridades que exerciam poderes públicos), foi

reconhecida esta outra pessoa, responsável pela administração dos bens do Estado através de funcionários, que a defendiam perante os tribunais, como parte em um processo. O Estado aparece, assim, como duas pessoas jurídicas distintas, ou seja, ora considerado como uma sociedade de interesses pecuniários ou pessoa moral de direito civil, ora como associação política, pessoa moral de direito público, com direitos de superioridade em relação aos particulares. Segundo a fórmula clássica de Koch,⁴⁶ "O Estado se apresenta como pessoa moral em uma dupla relação, como associação política para a realização do fim do Estado (direitos de majestade, de superioridade) e como sociedade de interesses pecuniários para encontrar os meios que devem servir àquele fim".

Com a doutrina do Fisco, então, foi possível atribuir efeitos civis imediatamente aos atos do poder público: o Estado desapropria, o Fisco paga a indenização; o Estado nomeia um funcionário, submete-o a uma disciplina especial, o Fisco celebra com ele um contrato de direito civil, para lhe pagar salários, de modo que, "todas as vezes que o Estado, pela sua potestade pública, impõe a um indivíduo um sacrifício especial, o Fisco, em virtude de uma regra geral de direito civil, se torna seu devedor de uma justa indenização, para cujo pagamento pode ser citado diante de um tribunal civil".⁴⁷ Daí que, não podendo o Estado (no primeiro sentido) restar submetido aos tribunais e ao direito civil, esse realizou, segundo Otto Mayer, "plenamente e sem restrições a idéia que, no regime de polícia triunfou".⁴⁸

⁴⁵ Cf. MAYER, (nota 38), p. 55.

⁴⁶ KOCH. *Lehrbuch des Preussischen Privatrechts*, I, p. 170, apud Otto MAYER, (nota 38), p. 57.

⁴⁷ MAYER, (nota 38), p. 61, verbis: "(...) tout les fois que l'État, par sa puissance publique, impose à un individu un sacrifice spécial, le Fisc, en vertu d'une règle générale du droit civil, devient son débiteur d'une juste indemnité, pour le paiement de laquelle on peut l'assigner devant le tribunal civil".

⁴⁸ MAYER, (nota 38), p. 58.

III - A TEORIA DO *RECHSSTAAT* E A NOVA INTERPRETAÇÃO DA NOÇÃO DE PESSOA JURÍDICA PÚBLICA

A teoria do *Rechtsstaat*, formulada pelos teóricos alemães em um regime monárquico, guarda semelhanças com as idéias de Estado Constitucional de tipo francês e com o *rule of law* britânico, na perspectiva teórico-formal. No Estado Constitucional de tipo francês, a tônica foi colocada nos mecanismos políticos, como controle parlamentar e garantias constitucionais. No princípio do *rule of law*, existe um só direito no país e uma única ordem de tribunais para aplicá-lo. A Administração está submetida ao Direito (*law*) tanto quanto os particulares, e o controle é, assim, judicial. Já a teoria alemã do *Rechtsstaat*, ante a impossibilidade de moldar constitucionalmente o Estado em função da garantia dos direitos fundamentais (a burguesia alemã do séc. XIX não conseguiu impor, politicamente, as soluções liberais) perspectiva o Estado de Direito em torno de sua dimensão teórico-formal (princípio da legalidade da Administração e justiça administrativa) e o reduz a 'Estado de legalidade', compatível até mesmo com formas autoritárias de governo.⁴⁹

3.1 - A perspectiva teórico-formal

Na concepção estritamente formal, há coincidência entre Estado e Direito (qualquer Estado é Estado de Direito).⁵⁰ Nesse sentido, Kelsen⁵¹ argumenta que todo Estado é de "Di-

reito", na medida em que é uma ordem jurídica relativamente centralizada e que, "para ser um Estado, a ordem jurídica necessita ter o caráter de uma organização no sentido estrito da palavra, quer dizer, tem que instituir órgãos funcionando segundo o princípio da divisão do trabalho para a criação e aplicação das normas que o formam".

Schmitt,⁵² da mesma forma, assevera ser o Estado de Direito tão-somente uma "parte" de toda Constituição moderna, cujo conceito se fixou sob o ponto de vista da liberdade burguesa, não significando finalidade e conteúdo do Estado, senão só o caráter de sua realização. Por isso, segundo ele, a expressão é equivocada, já que assim pode ser caracterizado "todo Estado que respeite sem condições ao Direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam". Daí que o velho Império alemão, ao tempo de sua dissolução, também era um ideal "Estado de Direito" ou uma "união jurídica e de domínio"⁵³ - uma materialização da idéia medieval de Direito, que tinha por função assegurar a salvação do Ocidente. O Império era, pois, uma instituição missional, sacralizado por tal finalidade, e uma instituição jurídica cuja função prática mais importante era a administração da justiça por tribunais que eram considerados o refúgio para todos os que se sentissem violados pelas autoridades em seu território. Esses tribunais, sem tomar em consideração privilégios, "admitiam todas as demandas fundadas na denegação de justiça da autoridade territorial".⁵⁴

⁴⁹ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. Contributo para uma Teoria do Estado de Direito. Coimbra, 1987, p. 48.

⁵⁰ Cf. NOVAIS, (nota 49), pp. 12/13.

⁵¹ KELSEN, (nota 2), pp. 383/390.

⁵² SCHMITT, Carl. Teoría de la Constitución. Madrid: Alianza Editorial, 1996, p. 141.

⁵³ HATTENHAUER, Hans. Los Fundamentos Historicos-Ideologicos del Derecho Aleman. Entre la Jerarquia y la Democracia. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1981, p. 31.

⁵⁴ HATTENHAUER, (nota 53), p. 33.

Weber, por igual, a partir da sua tipologia da dominação⁵⁵ - que se tornou clássica - destaca que até mesmo a dominação patrimonial ou feudal pode estar reduzida e limitada por determinados meios: privilégios estamentais e, em seu grau máximo, pela divisão estamental de poderes, que conhece exclusivamente sob a forma de concorrência de direitos subjetivos (privilégios ou prerrogativas feudais).⁵⁶ Assim, pode-se falar de um 'estado de direito feudal' ou 'estado de direito estamental' que, frente ao domínio patrimonial 'puro', baseado na coexistência entre a vinculação pela tradição e direitos apropriados com o livre arbítrio e graça do senhor, aproxima-se a uma organização jurídico-pública relativamente constitucional.⁵⁷

Por isso é que Schmitt⁵⁸ afirma ser o Estado de Direito Moderno o 'Estado burguês de Direito', que recebe sua precisa significação quando, para além dos princípios gerais da liberdade burguesa e da defesa do Direito, estabelecem-se critérios orgânicos que passam a ser característicos do 'verdadeiro' Estado de Direito, tais como: a) exigência de 'lei' para interferências na esfera individual (princípio da legalidade da Administração); b) que a atividade total do Estado esteja compreendida, sem resíduo, na soma de competências rigorosamente circunscritas (divisão e distinção dos poderes); c) con-

trole judicial da Administração por juízes independentes que decidam dentro de um procedimento de forma judicial (justiça administrativa).⁵⁹ Desta forma, o ideal pleno do 'Estado burguês de Direito' culmina com uma conformação judicial geral de toda a vida do Estado, embora, em atenção ao caráter político de certas questões litigiosas, esteja previsto um procedimento especial ou uma instância especial (tratamento de delitos políticos como traição, acusação contra ministros e chefes de Estado, litígios constitucionais autênticos, decisão de dúvidas e divergências de opinião sobre a constitucionalidade das leis e regulamentos por tribunal especial bem como tratamento especial dos atos de governo ou atos políticos específicos no terreno da Administração da Justiça).

A formulação inicial da teoria do *Rechtsstaat* ocorreu no âmbito da 'revolução burguesa' alemã de 1848, em que o "cidadão se achava contra o Estado"⁶⁰ lutando pela emancipação de seu 'direito civil'. A realização desta exigência se traduziu, primeiramente, na Constituição de Frankfurt, de 1849, que unificando o império, postulou a necessidade de um âmbito jurídico unitário prevendo a promulgação de Códigos Gerais de direito civil, direito mercantil e cambiário, direito penal e procedimento judicial.⁶¹ Para proteger os cidadãos contra o Im-

⁵⁵ Segundo WEBER, (nota 18), p. 172, existem três tipos puros de dominação legítima: a) a tradicional, cuja autoridade advém dos mores, do ontem eterno, exercido pelo patriarca e pelo príncipe patrimonial; b) a carismática, assente no dom da graça exclusivamente pessoal do líder e c) legal, na qual há o domínio em virtude da fé na validade do estatuto legal e da competência funcional, baseada em regras racionalmente criadas.

⁵⁶ WEBER, (nota 18), pp. 217 e 508.

⁵⁷ WEBER, (nota 18), p. 821.

⁵⁸ SCHMITT, (nota 52), pp. 141/147.

⁵⁹ Também para WEBER (nota 18), p. 501, no Estado moderno existe precisamente a tendência de aproximar entre si, do ponto de vista formal, a aplicação do direito e a 'administração' (no sentido de governo), primeiro, porque no âmbito da atividade judicial, impõe-se ao juiz a obrigação de resolver as controvérsias atendendo a princípios materiais (moralidade, equidade, conveniência, etc.); em segundo, porque a organização do Estado atual concede ao particular que, em princípio, só é objeto da administração, determinados recursos para proteger seus interesses frente à mesma. Tais meios são, ao menos formalmente, idênticos aos de aplicação do direito e, por isso, há, aí, a jurisdição administrativa.

⁶⁰ Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 140.

⁶¹ Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 145.

pério, foi criado um tribunal próprio, entendido como organização da cidadania e como “uma instituição para garantir a liberdade civil.” A proteção jurídica da liberdade deveria ser, afinal, ‘proteção constitucional’ e, da mesma forma, a Constituição deveria ser garantida por um juiz. Daí ter sido proclamada a cessação da atividade administrativa contenciosa pelos órgãos da Administração direta e prevista a competência dos tribunais ordinários para todas as controvérsias, fossem elas de direito privado e ou de direito público.⁶² O que se protegia eram as posições do indivíduo contra o Estado – *status* negativo – agora sob nome de ‘catálogo de direitos fundamentais’, isto é, especificação jurídica dos postulados filosóficos do Iluminismo.⁶³ Na Prússia, a partir da Constituição de 1850, consolida-se outro postulado liberal, o da independência judicial, de modo que os juízes servissem de mediadores entre forças oponentes e estivessem obrigados apenas por lei.⁶⁴

Nesse contexto, um juiz do Estado de Hesse, Wilhelm Pfeiffer, em 1851, publica um tratado intitulado ‘*A autonomia e independência da judicatura. Uma séria advertência*’, arrolando uma série de requisitos que podiam assegurar a independência judicial, dentre os quais o da necessária “separação entre assuntos judiciais, por uma parte, e assuntos de Governo e Administração, por outra”⁶⁵ e o da proibição de “transferência de funções judiciais às autoridades administrativas”. Em 1864, Otto Bähr pu-

blica um estudo denominado “*Rechtsstaat*” (termo que procedia de Mohl e que já havia sido utilizado por Sthal), em que, tratando do problema de como deve realizar-se a tutela jurídica do cidadão no âmbito do Direito Público,⁶⁶ afirma a necessidade de separar-se a Justiça da Administração e de reconhecer-se, no âmbito do Direito Público, “uma jurisdição autônoma e independente como imperativo de justiça”.⁶⁷ A partir daí, em vários Estados alemães foram criadas instâncias jurisdicionais administrativas, segundo duas diferentes orientações doutrinárias: a primeira, defendida por Otto Bähr, de cunho mais subjetivístico, pela qual a tutela jurisdicional só poderia ser invocada na presença de direitos subjetivos, isto é, a atividade jurisdicional era tão-somente a tutela da esfera jurídica individual;⁶⁸ a segunda orientação, defendida por Rudolf von Gneist, configurava a justiça administrativa como controle objetivo da atividade administrativa, de modo “a eliminar o exercício parcial e iníquo do poder administrativo”⁶⁹ e de forma que a jurisdição administrativa fosse a colaboração contenciosa do cidadão com a Administração. Esta orientação objetivística foi a que prevaleceu de forma geral na Alemanha (com exceção dos Estados do sul), após 1871, respondendo ao problema da proteção do indivíduo frente à Administração e à idéia, presente na cultura germânica, contrária à sobreposição da Administração – núcleo fundamental do Estado – aos tribunais ordinários. A orientação objetivística também traduzia ade-

⁶² Cf. MASUCCI, Alfonso. La legge tedesca sul processo amministrativo. In: *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*. Milão: Giuffrè, 1991, p. 4.

⁶³ Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 147.

⁶⁴ Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 151.

⁶⁵ HATTENHAUER, (nota 53), p. 157.

⁶⁶ Cf. HATTENHAUER, (nota 53), pp. 158/159.

⁶⁷ HATTENHAUER, (nota 53), p. 159.

⁶⁸ Segundo MASUCCI, (nota 62), p. 4, só em tal caso havia ação (Klage). Do contrário, ante um interesse, a via era um recurso (Beschwerde) aos órgãos da Administração ativa.

⁶⁹ MASUCCI, (nota 62), p. 5.

quadamente a concepção político-jurídica que considerava ser finalidade do Estado a defesa do ordenamento jurídico, sendo este último um meio de organização dos interesses coletivos dos cidadãos. Onde prevaleceu a concepção subjetivística da tutela jurisdicional administrativa, a competência do juiz estava limitada à verificação da legitimidade formal do procedimento; nos Estados em que prevaleceu a concepção objetivística, ao contrário, a competência dos juízes não só verificava a legitimidade, mas também o mérito administrativo. A evolução da jurisdição administrativa tedesca iria oscilar entre esses dois polos, até sua definitiva consagração pela Lei Fundamental de Bonn e a unificação do processo administrativo, ocorrida em 21 de janeiro de 1960.⁷⁰

Assim, a expressão *Rechtsstaat* fez fortuna no âmbito da ciência política para designar um tipo de Estado qualificado por seus fins morais, contraposto ao Estado patriarcal, despótico, etc.:⁷¹ Estado de Direito é aquele que visa a realização e a manutenção do direito e da ordem legal. Já a noção jurídica de Estado de Direito, consolidada no IIº Império Alemão (1871), está ligada não a teorias filosóficas, mas a uma teoria jurídica que “se refere exclusivamente ao método segundo o qual procedem os órgãos do Estado”⁷² e, por isso, na base da conversão do problema de limitação do poder político em problema jurídico está a teoria da personalização jurídica do Estado, uma vez que o converteu em sujeito de direito, capaz de estabelecer relações com os demais sujeitos - os súditos -, fazendo com que tais relações pudes-

sem ser efetivamente disciplinadas pelo Direito.

A doutrina do Estado de Direito, ao significar a conversão do antigo problema de limitação do poder político em problema jurídico, não o reduziu, no entanto, a uma simples vinculação à lei editada pelo Poder soberano - o Legislativo - . Através do Estado de Direito, reivindicava-se um direito igual para todos, válido universalmente, pois é a regulamentação abstrata, geral e anterior que garante a igualdade perante a lei (outro princípio fundamental do Direito Público, que, aliás, como um conjunto de regras jurídicas distintas das de Direito Privado, consolida-se nessa época), bem como a vinculação das autoridades políticas e dos cidadãos pelas leis e atos que lhe são assimiláveis. Reivindicava-se, igualmente, que a autoridade observe o Princípio da Legalidade, no exercício de seu poder discricionário.⁷³

3.2 - Os poderes estatais como órgãos que exercem funções públicas

Reagindo contra o Estado de Polícia, então, a ciência jurídica oitocentista, principalmente a alemã, tratou de incorporar o valor político fundamental da burguesia ascendente, qual seja, o de controlar o exercício do poder do governo e salvaguardar os direitos fundamentais, configurando o Estado como entidade jurídica unitária cuja situação jurídica – poderes, direitos, obrigações – estivesse rigidamente determinada por normas ditadas pelo Parlamento – órgão da representação do povo.⁷⁴ Na

⁷⁰ Cf. MASUCCI (nota 62), pp. 10/11 e FROMONT, Michel. La répartition des compétences entre les tribunaux civils et administratifs en droit allemand. Paris: LGDJ, 1960, p.13.

⁷¹ Cf. STASSINOPOULOS, Michel. Traité des Actes Administratifs. Atenas: Collection de L’Institut Français d’Athènes, 1954, p. 18.

⁷² STASSINOPOULOS, (nota 71), p. 18.

⁷³ Cf. FLEINER, Fritz. Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand. Paris: Delagrave, 1933, pp. 92/93 e ENTERRÍA, Eduardo Garcia. Revolucion Francesa y Administracion Contemporanea. 4ª ed. Madrid: Civitas, 1994, pp. 37/39.

⁷⁴ GIANINNI, (nota 37), p. 39.

figura da 'pessoa jurídica', objeto de uma ininterrupta reelaboração, os publicistas puderam encontrar um instrumento para essa reação, e a 'pessoa moral' do Estado apareceu armada de uma vontade juridicamente superior à vontade de todas as demais pessoas, físicas ou jurídicas. Laband,⁷⁵ tentando resolver o problema da natureza jurídica do novo Império, postula que os soberanos são "órgãos do povo" e que o Estado é mais do que a soma de todos os cidadãos: é uma pessoa jurídica real com capacidade jurídica própria que se manifesta no poder soberano. Como anota Hattenhauer "nesta definição do novo Império não figurava nem o Parlamento nem o cidadão em particular como titular de um poder jurídico relevante".⁷⁶

Porque a 'pessoa jurídica' em sua última leitura se apresentava como um sujeito que não tinha capacidade de agir por si mesmo (essa capacidade era reconduzida aos seus legais representantes), os publicistas, ao advogarem a tese da personificação do Estado, viram-se diante dos seguintes problemas: se o chefe do Estado era seu 'representante' nas relações internacionais, mas não nas relações internas; se os ministros, prefeitos, procuradores da fazenda podiam adotar procedimentos administrativos e concluir contratos; se os juízes e parlamentares eram 're-

presentantes' do Estado, a tutela das partes, do cidadão, ante atos ilegítimos dos representantes do Estado não ficava diminuída? No fim das contas, o Estado e seus funcionários não restariam irresponsáveis? De modo a responder estas questões e ainda as relativas à pluralidade de representantes, aos possíveis conflitos entre os mesmos, à diminuição da tutela dos cidadãos e ante a clara impossibilidade de configurar como representantes serviços não internos, modificou-se o tipo de imputação, eliminando a intermediação do representante e configurando o serviço mesmo como ente, instrumento de imputação imediata e direta do Estado, isto é, como órgão. É por isso que o conceito de órgão se tornou o elemento estrutural da teoria da pessoa jurídica,⁷⁷ pois órgãos 'presentam' pessoas, isto é, atuam por elas,⁷⁸ e a 'pessoa jurídica' nada mais é do que uma relação de direito ou "um vínculo jurídico".⁷⁹ Afirma Giannini, que o conceito de órgão foi, por isso mesmo, uma "conquista civil",⁸⁰ pois tornou possível aperfeiçoar a tutela da liberdade e dos direitos do cidadão no confronto com o poder público e localizar apropriadamente as várias instâncias existentes em um corpo social, dando presença jurídica definida aos interesses públicos e coletivos heterogêneos.

⁷⁵ Cf. HATTENHAUER, (nota 53), p. 246.

⁷⁶ HATTENHAUER, (nota 53), p. 248

⁷⁷ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado. Tomo I. Rio de Janeiro: Editora Borsoi, 1954, 2ª ed., p. 282, assevera que a pessoa, sendo uma criação do direito, imputa-se capacidade de obrar. No caso das pessoas jurídicas, é o órgão, ou órgãos (em caso de distribuição de funções) que praticam seus atos, "porque os órgãos são parte dela, como o braço, a boca, o ouvido, são órgãos da pessoa física". Assim, "o órgão não representa; apresenta, pois é órgão" (pág. 286), e inexistente pessoa jurídica sem órgão, "inclusive sem órgão para a vida externa. Exatamente porque o órgão não representa, a pessoa jurídica é capaz de obrar" (p. 287).

⁷⁸ Cf. PONTES DE MIRANDA, (nota 77), pp. 280.

⁷⁹ CIRNE LIMA, Ruy. Princípios de Direito Administrativo. 6a. Ed. São Paulo: RT, 1987, pp. 63/64: "A pessoa jurídica é uma relação de direito, estabelecida entre duas ou mais pessoas, para a unificação e, não raro, para a perpetuação em unidade, quanto a bens comuns e atos determinados, das virtualidades jurídicas, insitas na capacidade de agir de cada uma (...). A essa relação de direito, a esse vínculo jurídico, dá-se a denominação de pessoa jurídica. A pessoa jurídica é, destarte, como um pré-efeito, do resultado que lhe é proposto."

⁸⁰ GIANNINI, (nota 37), pág. 41.

O conceito de órgão, então, fruto do constitucionalismo do séc. XIX e do organicismo alemão, passa a ser a idéia de "multiplicação de centros de poder e manifestação, no interior do Estado, de diferentes interesses e posições políticas"⁸¹ ou o princípio vital de integração de vontades e de manifestação do fenômeno estatal. A tese da personalidade jurídica do Estado, que lhe é conexas, serviu à institucionalização e centralização do poder, ao substituir a vontade do monarca pela do Estado, de modo que este pudesse submeter-se ao Direito e favorecer a centralização e hierarquização da organização administrativa, concebida à maneira de um "homem em ponto grande".

Consagrada a tese da personificação do Estado, considera-se esta pessoa jurídica de direito público (política), em contraposição às pessoas jurídicas de direito privado, identificam-se seus poderes com os órgãos que exercem as funções estatais (Poder Legislativo, Poder Executivo, Poder Judiciário), e o conceito ganha interesse, conforme Jorge Miranda,⁸² sobretudo porque, além de propiciar "um instrumento de mediação entre a colectividade e a vontade ou poder que a unifica", explica o fenômeno da transformação da vontade individual em vontade funcional,⁸³ indica que o poder político permanece íntegro apesar da mudança dos indivi-

duos nele investidos, "ajuda a compreender, no plano da dogmática jurídica, o fenômeno da divisão do poder político, através de diversos órgãos com competência própria" e, finalmente, permite resolver problemas de responsabilidade.

Ademais, quando o Estado passa a ser uma 'pessoa jurídica' e, por isso, sujeito de relações jurídicas (como credor ou devedor), torna-se responsável juridicamente por suas ações ou omissões e, ao mesmo tempo, titular de direitos frente aos administrados. A alteração básica - relativamente à anterior teoria do Fisco - está no regime jurídico que rege tais relações: antes, direito privado, agora, um específico regime de direito público. Daí ser a nota característica do Estado Moderno o reconhecimento dos súditos como sujeitos de direito capazes de reclamar uma tutela efetiva. Segundo Jellineck, "as pretensões jurídicas que resultam de tais condições são o que se designa por direitos subjectivos públicos"⁸⁴ e, sob esta expressão, compreendem-se quatro relações possíveis entre o Estado e os administrados: *status subjectionis* (*status* passivo, de subordinação ou ausência de personalidade); *status libertatis* (*status* negativo, em que o indivíduo é titular de uma margem de liberdade individual, a margem da intervenção estatal); *status civitatis* (*status* positivo, em que o indivíduo tem direito à prestações) e *status activae civitatis* (situação em que o indivíduo é sujeito do poder político, tendo o direito de participar do poder).

⁸¹ Cf. MIRANDA, Jorge. Funções, Órgãos e Actos do Estado. (Apontamento de lições). Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1990, p. 40.

⁸² KELSEN, (nota 2) p. 42/43.

⁸³ MIRANDA, (nota 81), p. 47, defende que a noção de órgão, atualmente, explica justamente este fenômeno de "transformação da vontade psicológica (de certas pessoas físicas - os governantes e outros detentores do poder político) em vontade funcional (em vontade do Estado ou da pessoa colectiva)", isto é, a imputação: "No Estado (como, em geral, nas pessoas colectivas, verifica-se, por um lado, a definição normativa de centros de formação da vontade colectiva e, por outro lado, a atribuição a certas pessoas físicas da função de os preencherem em concreto, de agirem como se fossem o Estado a agir. E então, a vontade que estas pessoas singulares formem - uma vontade psicológica, como qualquer outra - é tida como vontade da pessoa colectiva e qualquer acto que pratiquem, automaticamente enquanto tal, a ele atribuído. Nisto consiste o fenómeno da imputação".

⁸⁴ JELLINECK. System des subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, p. 96, apud NOVAIS (nota 49), p. 79. Para Jellineck, os direitos subjectivos constituem pretensões jurídicas (Ansprüchen) que resultam diretamente de condições jurídicas (Zustände).

CONCLUSÃO

Consagrou-se, enfim, no direito moderno a idéia de que a competência própria de cada órgão é uma determinação de suas tarefas, que cria a obrigação para o órgão de agir unicamente nos limites de suas funções. Dado que o primeiro elemento fundamental da noção jurídica de 'Estado de Direito' é a separação de poderes ou a separação orgânica das funções, como formulado por Montesquieu, cada função restou confiada a um órgão particular. Sendo três as funções, três grupos distintos de órgãos são formados: órgãos legislativos, órgãos administrativos e órgãos jurisdicionais, e da repartição de tarefas entre esses três grupos de órgãos, decorre a noção de 'competência funcional' ou 'competência de direção'.⁸⁵

A partir daí, delineou-se um "conceito jurídico-organizatório do Estado"⁸⁶ que, hoje, deixou de ser adequado porque não explica as relações interorgânicas dos vários órgãos constitucionais e não oferece soluções satisfatórias para os conflitos orgânicos. Tais relações e litígios põem em causa a idéia da unidade da pessoa jurídica do Estado e a sua operacionalidade como centro de imputações de todos os atos referentes aos órgãos estatais. Por isso, o conceito jurídico-constitucional de Estado, na atualidade, perspectiva-se como "ordenação de várias funções constitucionalmente atribuídas a vários órgãos constitucionais"⁸⁷ de modo a aparecer 'repartida' ou 'separada' a atividade do Estado e não o seu poder: a resultante dessa divisão passa a ser uma diferenciação de funções e não a existência de vários poderes.

A Administração Pública, entretanto, per-

manece sendo descrita como uma 'pessoa' porque adquiriu uma estrutura unificada e hierarquizada, em que a competência dos diversos órgãos se encontra escalonada e encadeada à semelhança de uma pirâmide em cujo ápice se encontra, geralmente, o Chefe do Executivo, conforme esteja definido na Constituição. No Brasil, por exemplo, a Presidência da República é o órgão supremo da Administração, e a Lei 9.874/99,⁸⁸ além de referir serem seus preceitos aplicáveis "aos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário da União quando no desempenho de função administrativa" (§ 1º, art. 1º), define como 'órgão' "a unidade de atuação integrante da Administração direta e da estrutura da Administração indireta" (art. 1º, § 2º, I).

No plano do direito administrativo, há sempre que se considerar também a distinção, deveras essencial, entre pessoa jurídica de direito público e pessoa jurídica de direito privado, pois, de um lado, tem-se as pessoas jurídicas de natureza política e existência necessária, que nascem com a Constituição, e em contrapartida, as "de natureza puramente administrativa e existência contingente",⁸⁹ que são as criadas por lei ordinária com vistas à realização de determinados fins estatais, como o provimento de determinada necessidade pública diferenciada.

Em síntese, foi a publicização da noção de pessoa jurídica, efetuada através da teoria orgânica, que tornou possível a construção dogmática do Estado de Direito, pois este é a organização política em que estão assegurados os direitos fundamentais e a separação de poderes, que nada mais é do que a rigorosa circunscrição de competências funcionais.

⁸⁵ STASSINOPOULOS, (nota 71), p. 18.

⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. Coimbra: Almedina, 1993, p. 682.

⁸⁷ CANOTILHO, (nota 86), p. 682.

⁸⁸ BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Informação por correio eletrônico. http://www.mare.gov.br/Legis/Docs/Leis/9784_99.htm. Segundo caput do art. 1º, a referida lei visa, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

⁸⁹ Cf. CIRNE LIMA (nota 79), p. 63.

A Redução Voluntária de Capital Social nas Sociedades Anônimas

Maria Honorina de Bittencourt Souza

Advogada e Assessora Técnica do Registro do Comércio

Michel Zavagna Gralha

Acadêmico de Direito

As sociedades por ações, também conhecidas como sociedades anônimas ou companhia, de natureza obrigatoriamente comercial, têm peculiaridades inconfundíveis desde sua origem.

A característica principal das sociedades anônimas é o papel relevante que se atribui ao seu capital social, aí compreendido sua formação, integridade e modificações. O tratamento cuidadoso que a legislação impõe decorre exatamente de ser este tipo jurídico, uma sociedade de capital, cujas relações de mercado vão depender de sua representatividade, garantia e integridade.

Sendo assim, as modificações do seu capital social deverão atender aos limites impostos pela legislação cuidando que se evite risco, não apenas ao próprio ente, como também a seus acionistas e investidores. O aumento ou redução do capital social deve observar as disposições legais e estatutárias. A redução, por suas conseqüências, mereceu maiores cuidados do legislador e pode ocorrer através do resgate, do reembolso, da cisão parcial, da inadimplência do acionista, da absorção dos prejuízos acumu-

lados ou ainda, quando o capital for considerado excessivo.

A redução do capital para absorver prejuízos ou porque foi julgado excessivo, tal como previsto nos arts. 173 e 174 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976¹, é considerada uma redução voluntária, tendo tratamento diferenciado dos demais casos.

Conforme dispõe o art. 173:

"A Assembléia Geral poderá deliberar a redução do capital social se houver perda, até o montante dos prejuízos acumulados, ou se julgá-los excessivo.

§1º A proposta de redução do capital social, quando de iniciativa dos administradores, não poderá ser submetida à deliberação da Assembléia Geral sem o parecer do conselho fiscal, se em funcionamento.

§2º A partir da deliberação de redução ficarão suspensos os direitos correspondentes às ações cujos certificados tenham sido emitidos, até que sejam apresentados à companhia para substituição."

¹ Publicada no Diário Oficial da União de 17 de dezembro de 1976. Suplemento, p.1.

O *caput* do art. 173 permite a redução do capital social com fundamento na existência de prejuízos acumulados ou por “julgá-lo excessivo”.

A perda ou resultado negativo do exercício social, assim verificado no Balanço Geral, será contabilizado como prejuízo. A existência, portanto de prejuízos acumulados demonstra que a companhia não possui reservas que possam absorver os mesmos, caso contrário estaria se descumprido o disposto no artigo 189 da Lei n.º 6.404/76.²

A Assembléia Geral pode, no caso de inexistir reservas, para garantir a integridade do capital social, deliberar pela sua redução, visando absorver os prejuízos acumulados. Esta deliberação levará em conta a existência de prejuízos acumulados, o montante destes prejuízos e a inexistência de reservas.

A competência para decidir sobre a redução do capital é sempre da Assembléia Geral, a Lei apenas exige que, quando houver proposta da administração, esta seja acompanhada do parecer do conselho fiscal, se em funcionamento.

A doutrina tem sido uniforme entendendo que a redução do capital para absorver prejuízos é uma medida que se justifica, pois resultará numa situação real para a empresa que terá um capital mais representativo em relação a sua situação econômica.

Na sociedade cujo capital é formado por ações sem valor nominal, a redução será efeti-

vada sem que se altere o número das ações, portanto sem cancelamento das mesmas. Quando o capital é formado por ações com valor nominal a Assembléia Geral poderá optar pela redução do valor nominal. Se isto não for possível, pelo cancelamento das ações ou ainda pelas duas medidas.

Qualquer que seja a decisão da Assembléia Geral, a redução do capital social deverá respeitar a proporção de ações detida pelo acionista, já que esta redução do capital nada mais é do que a divisão dos prejuízos que deverão ser suportados por todos, naquela proporção.

A redução do capital para absorver prejuízo não implica em alteração do patrimônio da empresa, caracterizando apenas um ajuste contábil.

A segunda hipótese de redução voluntária do capital social, analisando-se o art. 173 da Lei n.º 6.404/76 – Lei das Sociedades por Ações, ocorre quando a Assembléia Geral conclui ser o mesmo excessivo. Este juízo só pode ser formado pela própria companhia, pois as demonstrações financeiras não revelam esta necessidade, já que é decorrente da própria operacionalidade da empresa. A administração da companhia, em última análise, é quem detém as informações necessárias para propor a redução do capital social por excesso.

A lei vigente não faz distinção entre as companhias de capital fechado e as companhias de capital aberto, estabelecendo para ambas os mesmo procedimentos na redução do capital por excesso.

² “Art. 189. Do resultado do exercício serão deduzidos, antes de qualquer participação, os prejuízos acumulados e a provisão para o imposto de renda.

Parágrafo único. O prejuízo do exercício será obrigatoriamente absorvido pelos lucros acumulados, pelas reservas de lucros e pela reserva legal, nessa ordem.”

A Assembléia Geral, regularmente convocada e instalada, observado o *quorum* de 2/3 do capital votante, conforme estabelece o art. 135 da Lei n.º 6.404/76, é competente para deliberar sobre a redução do capital prevista no art. 173 da mesma lei, pela maioria absoluta de votos, aí não computados os votos em branco. Assim ocorre habitualmente nas companhias abertas e nas companhias fechadas de grande porte. As sociedades anônimas fechadas e de pequeno porte, na maioria das vezes, se instalam com a totalidade dos acionistas e a decisão tomada, respeitando o *quorum* mínimo de deliberação, valerá para todos.

A doutrina tem classificado a redução do capital prevista no art. 173 como “redução voluntária”.³ A expressão voluntária se contrapõe a situação que decorre do exercício de um direito do acionista, garantido pela própria Lei n.º 6.404/76 no art. 45, ou ainda de uma medida que deve ser tomada pela companhia para garantir o cumprimento do que foi acordado entre ela e seus acionistas – art. 107 da mesma Lei. Nestes casos, tanto para o acionista dissidente⁴, quanto para o acionista remisso⁵, a redução do capital é tida como compulsória.⁶

A maioria das sociedades por ações, no

Brasil, é de capital fechado. As Assembléias destas companhias, como já foi registrado, com frequência se instalam com a totalidade dos acionistas e as deliberações são unânimes. Já foi comentado que a Lei n.º 6.404/76 não contém tratamento diferenciado para as companhias fechadas ou até mesmo para aquela de formação nitidamente familiar. A motivação da redução de capital na forma do estabelecido no art. 173, limita-se àquelas duas hipóteses. A previsão feita na letra “d” do § 1º do artigo 30 da Lei das Sociedades por Ações, só é possível aplicar nas companhias abertas, já que as companhias fechadas não têm ações negociáveis em bolsa. A regra mencionada dispõe sobre a compra das ações pela própria companhia, e a redução do capital neste caso só pode ser motivado pelo excesso, conjugando a letra “d” § 1º e o § 5º do mesmo art. 30. No caso da letra “d” do § 1º as ações adquiridas serão retiradas definitivamente de circulação.

A redução do capital, observada a regra contida no § 1º do art. 173, não será necessariamente proposta pelos órgãos de administração da companhia. É possível que a proposta venha a atender o interesse de um ou mais acionistas que não desejando manter sua participação societária provoca a redução do capital

³ VIDIGAL, G. de C.; MARTINS, I. G. da S., 1999. p. 551.

⁴ “ACIONISTA DISSIDENTE. Direito Comercial. É o que, por não concordar com as decisões assembleares, se retira da companhia, tendo o direito de ser reembolsado do valor de suas ações, desde que venha a reclamar o pagamento desse quantum à empresa dentro do prazo de trinta dias, contado da publicação da ata daquela Assembléia Geral, cujas matérias não obtiveram sua aprovação.” (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1, p. 88).

⁵ “ACIONISTA REMISSO. Direito comercial. É o que não cumpriu seu dever de integralizar o capital subscrito, ou melhor, de pagar totalmente o montante das ações com que se comprometera a entrar para participar da sociedade por ações. Se incorrer em mora, a companhia irá executá-lo ou, então, vender suas ações em Bolsa.” (Ibid).

⁶ “Também na redução compulsória, a deliberação é da competência da Assembléia Geral. Só que, neste caso, trata-se não propriamente de deliberação, mas de homologação de proposta que, por dever legal, devem fazer os administradores. Serão os casos de não substituição de acionistas cujas ações tenham sido reembolsadas (art.45) ou quando não forem encontrados para as ações caídas em comisso (art.) 107.” (CARVALHOSA; LATORRACA, 1997, v. 3, p. 524).

social com devolução de valores, conforme previsão legal. A doutrina tem criticado o disposto no § 1º do art. 173, entendendo que a administração sempre deverá se manifestar sobre o pedido de redução de capital, como também o Conselho Fiscal. A redução de capital social com restituição de valores, assemelha-se a uma liquidação parcial de empresa e obrigaria a um tratamento igualitário a todos os acionistas. Assim, porém, o pagamento feito, privilegiando apenas alguns, caracteriza tratamento desigual às ações de uma mesma companhia, porque implicaria em redução para uns e acréscimo para outros no percentual de sua participação societária.

A redução do capital com base no art. 173 não possibilita o tratamento desigual aos acionistas. A doutrina, tratando da matéria, não afasta a necessidade de um tratamento igualitário a todas as ações, não admitindo assim, que a devolução seja desproporcional. A compreensão da matéria passa necessariamente, pelo exame do *quorum* de instalação e da deliberação da Assembléia Geral, lembrando que é regular a Assembléia instalada em segunda convocação, com qualquer número, conforme permitido no art. 135 da Lei n.º 6.404/76.

Sendo assim, se a Assembléia Geral não reuniu a totalidade do capital social, e a devolução de valores não dispensou igual tratamento a todos os acionistas, a deliberação poderá não gerar efeitos. Ao contrário, se a Assembléia de uma companhia fechada reuniu a totalidade e a decisão foi tomada sem dissidência, resultando em devolução de valores sem respeitar a proporcionalidade, temos que a decisão se reveste de uma aparente legalidade, tornando-se difícil sua revogação. A discussão irá se estabelecer na natureza do direito do acionista, se disponível, e no interesse direto dos credores da companhia.

Outro aspecto importante quando trata-

mos da redução do capital social nas Sociedades Anônimas é a diferença existente entre a redução do capital por resgate de ações e a redução de capital por excesso. O resgate de ações é o pagamento ao acionista do exato valor das ações resgatadas. O legislador neste caso condiciona o negócio jurídico à existência de lucros e reservas, e tem por finalidade manter a integridade do capital social. Já a redução do capital social por excesso, com restituição de valores aos acionistas ou pela diminuição do valor nominal das ações pendentes de integralização, tem como fundamento a existência de um aporte de capital superior as necessidades da companhia.

A intenção do legislador de preservar o capital social e proteger os credores da companhia é indiscutível. Esta preocupação estabelece limites nas decisões das Assembléias Gerais.

A Assembléia Geral como órgão soberano da companhia terá suas decisões respeitadas desde que não gerem conflito com a Lei ou com o Estatuto Social. A redução do capital social por julgá-lo excessivo, não obriga que a sociedade possua reservas, no entanto, precisará respeitar os direitos dos credores da sociedade, sob pena de não se efetivar. Neste sentido o art. 174 da Lei n.º 6.404/76 assim disciplina:

“Ressalvado o disposto nos artigos 45 e 107, a redução do capital social com restituição aos acionistas de parte do valor das ações, ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, só se tornará efetiva sessenta dias após a publicação da ata da Assembléia Geral que a tiver deliberado.

§ 1º Durante o prazo previsto neste artigo, os credores quirografários por títulos anteriores à data da publicação da ata poderão, mediante notificação, de que se dará ciência ao registro do comércio da sede da companhia, opor-se à redução do capital;

decairão desse direito os credores que o não exercerem dentro do prazo.

§ 2º Findo o prazo, a ata da Assembléia Geral que houver deliberado a redução poderá ser arquivada se não tiver havido oposição ou, se tive havido oposição de algum credor, desde que feita a prova do pagamento do seu crédito ou do depósito judicial da importância respectiva.

§ 3º Se houver em circulação debêntures emitidas pela companhia, a redução do capital, nos casos previstos neste artigo, não poderá ser efetivada sem prévia aprovação pela maioria dos debenturistas, reunidos em Assembléia especial.”

A regra cria procedimentos para permitir que os credores da empresa possam agir em defesa de seus interesses, considerando que a redução do patrimônio é também uma diminuição de suas garantias.

O *caput* do art. 174 excetua apenas as hipóteses previstas nos arts. 45 e 107 da Lei das Sociedades por Ações. O art. 45 assegura o direito de reembolso do valor das ações ao acionista dissidente de deliberação da Assembléia, e a redução do capital decorrente desta circunstância não gera, ao credor, direito de oposição.

O reembolso pode não gerar redução de capital quando a companhia possui reservas próprias, preservando-se, assim, o capital social.

O acionista dissidente está exercendo um direito que a lei lhe assegura e a companhia não pode lhe privar. A redução de capital, se ocorrer, neste caso é o resultado de uma dissidência e sem que a administração possa interferir. O reembolso não é necessariamente um evento previsível para a companhia, uma vez que decorre de uma dissidência de acionistas minoritários, caracterizando-se como uma forma compulsória de redução do capital social, daí porque não gerar direito de oposição aos credores.

Já o art. 107 da Lei n.º 6.404/76 cuida do acionista na condição de remisso. A companhia tem o direito e o dever de fazer com que sejam cumpridos os compromissos assumidos pelos subscritores. A Lei permite que, após exauridos todos os procedimentos para cobrar a realização das ações subscritas e pendentes de integralização, a sociedade possa reduzir seu capital no exato valor cobrado.

O acionista remisso, neste caso é quem dá a causa da redução do capital social, uma vez que a sociedade esgotou os meios para que fosse preservado o capital sem lograr sucesso. O limite da redução neste caso, é exatamente o valor pendente de realização pelo acionista remisso.

A hipótese do art. 107 da lei citada acima, caracteriza outra forma de redução compulsória, cuja decisão pertence à Assembléia e, da mesma forma que no art. 45, não gera direito de oposição aos credores da empresa. A previsão do art. 107 não pode ser confundida com a regra contida no art. 173. No primeiro caso, a companhia viu-se compelida a reduzir o capital e na segunda hipótese a medida resulta de uma escolha da sociedade e pode ser realizada através de restituição de valores como também pela diminuição do valor das ações ainda não integralizadas. Neste último caso houve uma remissão de dívida da companhia com os seus acionistas.

A redução do capital com restituição de valores aos acionistas ou pela diminuição do valor das ações não integralizadas e assim deliberado em Assembléia porque foi considerado excessivo, obriga que se cumpram alguns procedimentos para que a redução se torne efetiva. Assim, também, o resgate de ações quando resultar em redução do capital, a deliberação, por força do estabelecido no “*caput*” do art. 174, estará sujeita às formalidades previstas nos §§ 1º e 2º do mesmo artigo.

O legislador para resguardar o direito dos credores fundou-se no princípio da publicidade que é uma das características que envolvem os atos das sociedades anônimas.

A ata da Assembléia será publicada, antes mesmo de ser arquivada na Junta Comercial. Feita a publicação correrá o prazo de sessenta dias para os credores quirografários oporem-se à redução do capital na forma prevista no § 1º do art. 174. O arquivamento desta ata acontecerá após decorridos os sessenta dias da sua publicação, sem qualquer formalidade, desde que não ocorra nenhuma notificação.

A administração da companhia deverá estar atenta, pois após a realização da Assembléia e feita a publicação para fins do art. 174, fluem dois prazos paralelos. O prazo de sessenta dias da publicação da ata para o arquivamento da mesma na Junta Comercial, na forma prevista no art. 174 e os trinta dias para a apresentação do ato, para fins do disposto no art. 36 da Lei n.º 8.934⁷, de 18 de novembro de 1994, a qual regula os serviços do Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins:

“Art. 36 - Os documentos referidos no inciso II do art. 32 deverão ser apresentados a arquivamento na Junta, dentro de 30 (trinta) dias contados de sua assinatura, a cuja data retroagirão os efeitos do arquivamento; fora desse prazo, o arquivamento só terá eficácia a partir do despacho que o conceder.”

Analisando os dois dispositivos temos que o primeiro – art. 174 da Lei n.º 6.404/76 quando

estabelece: “... a redução do capital social com restituição..., só se tornará efetiva 60 (sessenta) dias após a publicação...”, condiciona o efeito da redução do capital ao cumprimento das exigências ali contidas, aí também considerado o prazo de publicação. O art. 36 da Lei n.º 8.934/94, que nada acrescentou ao art. 39 da Lei anterior, que regulava os mesmos serviços, concede um prazo de trinta dias da feitura do ato para que o mesmo seja apresentado da Junta Comercial, ou seja, protocolado.

A publicação da ata determinada pela Lei n.º 6.404/76 deverá também ser apresentada à Junta Comercial por força do disposto no § 5º do art. 289 da mesma Lei. Combinando o disposto nos arts. 174 e 289 da Lei n.º 6.404/76 e o art. 36 da Lei n.º 8.934/94, temos que a publicação deva obedecer ao prazo do art. 36 e ser apresentado na Junta Comercial dentro dos trinta dias de sua publicação. O ato neste caso é a publicação, uma vez que a ata da Assembléia poderá ter procedimento distinto, em processo próprio ficando dependente do prazo de 60 dias da publicação. Este procedimento que pode ser adotado pela empresa não é exatamente o previsto na Instrução Normativa do Departamento Nacional de Registro do Comércio - IN-DNRC, n.º 45/94, como adiante se comenta. A companhia, por outro lado, poderá apresentar concomitantemente para protocolo na Junta Comercial a ata da Assembléia Geral e requerer à própria Junta Comercial que seja aguardado o transcurso do prazo de sessenta dias da publicação, ou, convertido em exigência seja retornada dentro dos trinta dias permitidos pelo artigo 40, § 2º da Lei n.º 8.934/94⁸, uma vez que

⁷ Publicada no Diário Oficial da União de 21 de novembro de 1994.

⁸ “Art. 40 - Todo ato, documento ou instrumento apresentado a arquivamento será objeto de exame do cumprimento das formalidades legais pela Junta Comercial.

§ 1º Verificada a existência de vício insanável, o requerimento será indeferido; quando for sanável, o processo será colocado em exigência.

§ 2º As exigências formuladas pela Junta Comercial deverão ser cumpridas em até 30 (trinta) dias, contados da data da ciência pelo interessado ou da publicação do despacho.

§ 3º O processo em exigência será entregue completo ao interessado; não devolvido no prazo previsto no parágrafo anterior, será considerado como novo pedido de arquivamento, sujeito ao pagamento dos preços dos serviços correspondentes.”

a Lei veda é o arquivamento do ato na Junta Comercial antes de finalizado o prazo de sessenta dias da publicação.

O art. 289 da Lei n.º 6.404/76 determina que as publicações decorrentes da mesma Lei devem ser feitas em dois jornais, uma no órgão oficial e outra em jornal de grande circulação local. A ata publicada nos dois jornais segundo a IN-DNRC n.º 45/94, deverá instruir o pedido de arquivamento da ata, conforme dispõe o item 2.10.2 da referida IN:

“2.10.2 - Oposição de credores:

A ata da Assembléia que aprovar a redução de capital com restituição aos acionistas de parte do valor das ações ou pela diminuição do valor destas, quando não integralizadas, à importância das entradas, somente poderá ser arquivada se:

- a) *decorrido o prazo de 60 dias de sua publicação, inexistir notificação à Junta Comercial por parte de credores quirografários contra a pretendida redução; e, se manifestada essa oposição, comprovado o pagamento do crédito ou feito o seu depósito judicial;*
- b) *instruído o processo com as folhas do Diário Oficial e do Jornal particular que publicaram a ata da Assembléia;*
- c) *a sociedade não tiver débitos para com as Fazendas Federal, Estadual e Municipal, NSS e FGTS.”*

A exigência da letra “c” hoje está regulada na IN-77/98, e a comprovação de inexistência de débitos junto a Fazenda Estadual dependerá de legislação própria de cada Estado. Quanto à Fazenda Municipal a exigência está abolida.

A oposição de credor quirografário, na forma da lei, dada a ciência ao Registro do Comércio, sujeitará o arquivamento à prévia comprovação do pagamento da dívida, conforme procedimento previsto da IN-DNRC n.º 45/94, para o resguardo naquele órgão de responsabilidades futuras.

Havendo debêntures em circulação o § 3º do art. 174, condiciona a efetivação da redução do capital social à prévia manifestação dos debenturistas em Assembléia Especial.

Debênture é um título de crédito emitido pela companhia não outorgando ao debenturista a condição de acionista mas apenas de credor. As debêntures poderão ou não ser convertidas em ações como também ter garantias observado o que foi deliberado quando de sua criação e emissão.

A Lei n.º 6.404/76 em seu capítulo V, seção VII,⁹ atribui competência para convocar a Assembléia dos debenturistas ao agente fiduciário, à companhia emissora, à Comissão

⁹ “CAPÍTULO V - SEÇÃO VII - Assembléia de Debenturistas

Art. 71 - Os titulares de debêntures da mesma emissão ou série podem, a qualquer tempo, reunir-se em Assembléia a fim de deliberar sobre matéria de interesse da comunhão dos debenturistas.

§ 1º A Assembléia de debenturistas pode ser convocada pelo agente fiduciário, pela companhia emissora, por debenturistas que representem dez por cento, no mínimo, dos títulos em circulação, e pela Comissão de Valores Mobiliários.

§ 2º Aplica-se à Assembléia de debenturistas, no que couber, o disposto nesta lei sobre a Assembléia Geral de acionistas.

§ 3º A Assembléia se instalará, em primeira convocação, com a presença de debenturistas que representem metade, no mínimo, das debêntures em circulação, e, em segunda convocação, com qualquer número.

§ 4º O agente fiduciário deverá comparecer à Assembléia e prestar aos debenturistas as informações que lhe forem solicitadas.

§ 5º A escritura de emissão estabelecerá a maioria necessária, que não será inferior à metade das debêntures em circulação, para aprovar modificação nas condições das debêntures.

§ 6º Nas deliberações da Assembléia, a cada debênture caberá um voto.”

de Valores Mobiliários como ainda a debenturistas que representem 10% dos títulos em circulação. Não convocada a Assembléia por qualquer destes, parece que a deliberação só poderia ser contestada por debenturistas que representasse menos de 10% dos títulos, já que não lhe foi assegurada competência para convocar a Assembléia. Aqueles cuja Lei outorgou competência para convocar a Assembléia Especial, por precaução e responsabilidade deveriam fazê-lo, levando em consideração as peculiaridades que envolvem as debêntures, sua circulação e principalmente suas garantias. As deliberações tomadas em Assembléia Geral ou Especial poderão, nos casos previstos no art. 286 da Lei das Sociedades por Ações¹⁰ serem anuladas, razão pela qual os responsáveis deverão tomar os cuidados necessários.

Muito se tem discutido da competência do Registro do Comércio. A Junta Comercial, órgão local e executor dos serviços do Registro do Comércio, tem sua competência definida na Lei n.º 8.934/94. O artigo 1.º desta Lei¹¹ estabelece que, dentre as finalidades do Registro Pú-

blico de Empresas Mercantis e Atividades Afins, está o de “dar garantias, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis.” Já o art. 97¹² da Lei n.º 6.404/76, fala em competência do Registro do Comércio para “examinar se as prescrições legais foram observadas.”

O limite do exame dos atos sujeitos ao Registro do Comércio é, sem dúvida, a lei. Não cabe juízo de valores sobre as decisões tomadas e cujos documentos são apresentados a arquivamento. O ato, para cuja realização, a lei impõe certas formalidades, ficará vinculado à forma e só terá validade uma vez atendidas as exigências legais. O exame destas formalidades, pela Junta Comercial não pode ser confundido com intromissão às decisões sociais, de Assembleias ou da administração. O ato está vinculado a forma e compete a Junta Comercial, que tem a responsabilidade de cumprir sua finalidade, verificar se foram atendidos os preceitos legais.

A redução voluntária do capital social nas companhias, com restituição de valores ou

¹⁰ “Art. 286 - A ação para anular as deliberações tomadas em Assembléia Geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em dois anos, contados da deliberação.”

¹¹ “Art. 1º - O Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins, subordinado às normas gerais prescritas nesta Lei, será exercido em todo o território nacional, de forma sistêmica, por órgãos federais e estaduais, com as seguintes finalidades:

I - dar garantia, publicidade, autenticidade, segurança e eficácia aos atos jurídicos das empresas mercantis, submetidos a registro na forma desta Lei;

II - cadastrar as empresas nacionais e estrangeiras em funcionamento no País e manter atualizadas as informações pertinentes;

III - proceder à matrícula dos agentes auxiliares do comércio, bem como ao seu cancelamento.”

¹² “Art. 97 - Cumprido ao registro do comércio examinar se as prescrições legais foram observadas na constituição da companhia, bem como se no estatuto existem cláusulas contrárias à lei, à ordem pública e aos bons costumes.
§ 1º Se o arquivamento for negado, por inobservância de prescrição ou exigência legal ou por irregularidade verificada na constituição da companhia, os primeiros administradores deverão convocar imediatamente a Assembléia Geral para sanar a falta ou irregularidade, ou autorizar as providências que se fizerem necessárias. A instalação e funcionamento da Assembléia obedecerão ao disposto no art. 87, devendo a deliberação ser tomada por acionistas que representem, no mínimo, metade do capital social. Se a falta for do estatuto, poderá ser sanada na mesma Assembléia, a qual deliberará, ainda, sobre se a companhia deve promover a responsabilidade civil dos fundadores (art. 92).

§ 2º Com a segunda via da ata da Assembléia e a prova de ter sido sanada a falta ou irregularidade, o registro do comércio procederá o arquivamento dos atos constitutivos da companhia.

§ 3º A criação de sucursais, filiais ou agências, observado o disposto no estatuto, será arquivada no registro do comércio.”

pela diminuição do valor das ações ainda não integralizadas, obriga o procedimento previsto no art. 174 da Lei n.º 6.404/76, sob pena da deliberação da Assembléia Geral não se tornar efetiva, como também não obter arquivamento da ata na Junta Comercial.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A análise cuidadosa dos arts. 173 e 174 da Lei n.º 6.404/76 e a posição reiterada da doutrina nos levam a concluir que a redução do capital social, obrigatoriamente, deverá respeitar o direito dos credores da companhia. A deliberação tomada validamente em Assembléia Geral, não é suficiente por si só para que o capital possa ser reduzido. Além da Assembléia Geral, a companhia deverá providenciar a publicação da ata, aguardar o transcurso do prazo de sessenta dias, resolver as notificações que possam ser apresentadas pelos credores neste prazo, e finalmente levar para ser arquivada na Junta Comercial, a Ata da Assembléia Geral.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

BRASIL. Lei n.º 6.434, de 15 de dezembro de 1976. Lei das Sociedades por Ações. Dispõe sobre as sociedades por ações. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 dez. 1976. Suplemento.

BRASIL. Lei n.º 8934, de 18 de novembro de 1994. Dispõe sobre o registro público de empresas mercantis e atividades afins e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 nov. 1994.

BULGARELLI, Waldirio. Manual das Sociedades Anônimas. 9.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

CARVALHOSA, Modesto; LATORRACA, Nilton. Comentários à Lei de Sociedades Anônimas: São Paulo: Saraiva, 1997. V. 1 e 3.

COELHO, Fábio Ulhoa. 2.ed. Curso de Direito Comercial. São Paulo: Saraiva, 2000. V. 2.

COMPARATO, Fábio Konder. Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1995.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE REGISTRO DO COMÉRCIO. Instrução Normativa n.º 45/94. Brasília, 1994.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. São Paulo: Saraiva, 1998. V. 1.

GRAEFF JR, Cristiano. Compêndio elementar das sociedades comerciais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luis Bulhões. A Lei das S.A: pareceres. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. V.2, parte 3.

MARTINS, Fran. Curso de Direito Comercial. 25.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. Comentários à Lei das Sociedades Anônimas. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, [199-?]. V. 1.

PAES, P.R. Tavares. Manual das Sociedades Anônimas: legislação, jurisprudência, modelos e formulários. 2.ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 21.ed. São Paulo: Saraiva, 1998. V.2.

SILVA, De Plácido. Noções Práticas de Direito Comercial. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo; MARTINS, Ives Gandra da Silva. Comentários à Lei das Sociedades por Ações. 1.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

El Estado Penal Neoliberal

Sebastián Rodrigo Ghersi

SUMÁRIO

I - Introducción.

II - Cuáles son los fundamentos y las consecuencias de este modelo neoliberal?.

III - La intervención del Estado para que y por qué?.

IV - El revivir de una metodología que atiende a las consecuencias y olvida las causas.

V - Reflexiones finales.

I - INTRODUCCIÓN

El nuevo orden neoliberal, que en realidad es más viejo que la historia misma, lleva a la sociedad de hoy a plantear temas que parecían hasta hace poco descartados y olvidados.

Es el caso de la pena de muerte, la mano dura, la encarcelación masiva, la idea de delito "malo" y la del delincuente como ente diferente del resto de la sociedad.

El mayor problema es que gran parte de la sociedad, no ve como causas de la criminalidad masiva, ni de la violencia exacerbada, la desocupación y el hambre generada por este mismo modelo. Consecuencia de esto, los discursos represivos y facilistas, que nos hacen recordar a otras épocas difíciles de nuestro país y del mundo, convocan a multitudes prometiendo construcción de cárceles y mano dura como soluciones a un problema complejo que no puede resolverse por esos medios.

El modelo neoconservador que ha demostrado producir las mismas consecuencias en todo lugar que se aplicó, de esta forma produce, por un lado, multitudes de desocupados "sobrantes" del sistema y por otro, genera los mecanismos represivos (aunque nunca parecen suficientes) para "sacar del medio" a las clases excluidas de los cálculos de la economía y reforzar así el control social que intenta mantener el statu quo societario.

En similar sentido se expresa el francés, Loïc Wacquant que plantea, que éste (el Estado neoliberal) "gobierna de inseguridad social" se apoya, por un lado, en la disciplina del mercado laboral descalificado y desregulado y por el otro, en un aparato invasor y omnipresente¹.

¹ Arnedo, Fernando Javier, comentando "las cárceles de la miseria" de Loïc Wacquant, Rev. Foro Año 1 N1 1. Bs. As. Mayo de 2000, pag 70.

II- CUÁLES SON LOS FUNDAMENTOS Y LAS CONSECUENCIAS DE ESTE MODELO NEOLIBERAL

Esta concepción parte del análisis numérico de la sociedad y no de uno personalizado, es decir que no importa que el cuerpo societario este constituido por personas, que sólo son observadas como cifras de cálculo.

Los defensores de este sistema, basando su análisis, aunque sin mencionarlo, en la consideración de la sociedad como un orden social justo, como la realización del llamado sueño americano, donde el delincuente aparece como un sujeto reticente al esfuerzo y al trabajo, y es caracterizado como estereotipo de maldad, en contraposición con el ciudadano "digno" que está donde está, gracias a su esfuerzo inconmensurable y no debido a facilidades otorgadas por su lugar de nacimiento.

En 1956, un defensor acérrimo de la pena de muerte decía: "Advierto desde ahora que de ninguna manera soy amigo de la violencia; sino sólo de la justicia, porque todo lo que traspasa la justicia es malo y el mal no tiene derecho a existir en ninguna de sus manifestaciones."²

Esta característica infrahumana con la que define al delincuente hace que la sociedad influenciada por este pensamiento, se preocupe menos aún de la situación carcelaria. Si la vida del delincuente en libertad no importa, menos importará su situación en la cárcel. De esta forma la pena del delincuente se multiplica, ya no sólo significará la pérdida de la libertad locomotriz, significará también vivir en condiciones inhumanas, peligro de sufrir violaciones y maltrato, contagio de HIV, Hepatitis o tuberculosis, etc.

En muchos casos significará la muerte, para quienes mueren dentro de la prisión, para quienes salen contagiados de enfermedades, e incluso la muerte civil para los que cumpliendo su condena, son liberados en un mundo (y sobretodo en un país) donde se le negará trabajo, porque se presumirá su delincuencia nata y porque ante la enorme oferta laboral, difícil será que se tome como empleado a un ex-presidiario, un excombatiente de Malvinas (con presunción de locura), o un enfermo infeccioso, peor aún si reúne las tres condiciones.

Entonces, cualquier delito cometido significará el fin de cualquier esperanza. Poco importará para mucha gente que nuestras cárceles tengan un clientelismo reiterado en clases afectadas con una economía de marginación y hambre, sin salida laboral ni oportunidad alguna, ni tampoco importará la estigmatización de nuestro sistema policial y judicial que persigue con distinto ahínco a unos y otros.

Sin querer de ningún modo justificar esta situación, también podemos hablar de la situación de los presos preventivos, que sin importar si son culpables o inocentes sufren similares consecuencias cuando reingresan a la sociedad.

El modelo neoliberal de la defensa social, termina siendo, una prerrogativa de sangre o de lugar de nacimiento.

III-LA INTERVENCIÓN DEL ESTADO PARA QUÉ Y POR QUÉ?

Es de destacar, la contradicción que hace notar Waccquant³, que tiene que ver con que los que hoy glorifican este Estado penal, son los mismos que exigen menos estado en materia

económica y social y lograron imponer esta "dictadura de las grandes empresas".

Esto desenmascara el fetiche neoliberal y muestra que su verdadera intención, no es reducir el Estado, sino reducirlo sólo en la parte conveniente para determinada clase, produciendo, no un Estado que no participa, sino un Estado parcializado.

El paso del modelo del Estado Keynesiano, como dice este autor, (yo diría Keynesiano-Bismarkiano) al modelo del Estado Darwinista, es un invento de la escuela de Manhattan de Estados Unidos, y esparcido por todo el mundo. Esto queda confirmado si observamos las cifras extraídas de ese país.⁴

En aquel país sólo 13 de sus 40 estados no tiene pena de muerte. Desde la reinstauración de la pena de muerte en 1976, no casualmente en la misma época del cambio de modelo, se han ejecutado (hasta el 1 de julio del 2000, 625 personas en los que están incluidos 34 personas con retraso mental. El porcentaje de blancos ejecutados es de 56 %, mientras que las personas de color es de 35%, cifra nada concurrente con los equivalentes de población total, donde la gente de color representa alrededor del 15%. También afirma el estudio consultado que 23 personas ejecutadas desde 1900 eran inocentes. Los métodos de ejecución que se siguen usando en este momento son 5: la inyección letal, la electrocución, el gas letal, el escuadrón de fusilamiento y el colgamiento (estos últimos métodos compartidos sólo por 3 Estados).

Lo peor de todo quizá es que en la opinión pública norteamericana aproximadamente el 66 % de la población está de acuerdo con la pena de muerte. Esto se ve confirmado

con las últimas elecciones presidenciales de este país, en las cuales la mitad de los votantes dio su voto al gobernador de Texas, que precisamente es el Estado con record de ejecuciones en el país del norte, con 34 personas hasta la fecha⁵, entre los cuales 4 fueron ejecutados a pesar de la completa evidencia de su inocencia. Ya no puede endosársele la culpa a algún dictador sin consenso, hoy es la gente quien pide por la muerte.

Cabe aclarar que aún estando en desacuerdo con el modelo norteamericano, debo decir que la situación es mucho peor en nuestro país y en general en la de todos los países latinoamericanos (salvo por la pena de muerte), que somos importadores de las peores cosas del modelo, como las ideas de tolerancia cero, mano dura, muerte a los delincuentes, etc., sin que se introduzcan los beneficios que tienen que ver con la protección de la industria nacional, no en un sentido xenófobo, sino en el sentido de protección del trabajo, el salario y el consumo.

En otro aspecto y con el mismo sentido, podemos afirmar que lo nocivo no con los trabajadores extranjeros que migran por cuestiones de necesidad (mediante los cuales los países se hacen grandes), sino los grandes monopolios extranjeros que buscan el máximo beneficio al menor costo, sin importar el factor humano, ni la destrucción de las economías regionales.

Tampoco se copian los mecanismos de contención necesarios para mantener el bienestar social, refiriéndome con esto, no sólo a la seguridad social, sino también a la educación, la salud, la cultura y el esparcimiento, indispensables para la salud mental y física y

² Nuñez, David, *La pena de muerte frente a la iglesia y al estado*, Bs.As., 1956, ED. ABECE, pag. 10.

³ Arnedo, Fernando Javier, comentando "las cárceles de la miseria" de Loic Waccquant, *Rev. Foro Año 1 NI* 1. Bs. As. Mayo de 2000, pag. 70.

⁴ *Death Penality Information Center*, <http://www.deathpenaltyinfo.org/DRUSA-SupCourt.Html>

⁵ *Diario Metro*, 3 de noviembre de 2000, pag. 4.

para producir una permeabilidad social que destruya el establecimiento de clases parasitarias y la perpetuación de la riqueza.

Las cifras proyectadas por el ILANUD⁶, no dicen que en nuestra América Latina las tasas penitenciarias han crecido aceleradamente y de manera muy pronunciada a partir de 1992 (tiempos del comienzo de la aplicación del nuevo modelo), comprobándose en la mayoría de ellos sobre población carcelaria.

El aumento tiene relación con el mayor uso de la pena de prisión, contradiciéndose así con el erróneo concepto de que los sistemas de justicia penal actúan de manera excesivamente benévola, encerrando pocas personas. Tampoco este aumento de la densidad poblacional carcelaria tiene que ver con el aumento demográfico de la población general. Basta ver que en nuestro país las personas presas pasaron de 21.016 en 1992, a 38.604 en 1999, de las cuales sólo un 10 % del aumento pertenece al aumento demográfico (1.800) y un 90 % al mayor uso de la prisión (15.788).

Estaremos en la antesala de otra importación que tiene que ver con el negocio de la privatización de las cárceles, que merecen un extenso comentario, que excede este trabajo y que bien trata Christie⁷, y que hace por ejemplo que California gaste 90 millones de dólares anuales en la pena de muerte, más que el costo ordinario del sistema de justicia, y que Florida halla gastado un total de 57 millones de dólares de 1973 a 1988 para 18 ejecuciones, o sea un promedio de 3,2 millones por cada ejecución, costo que se reduce a 2,3 millones en Texas (quizás tenga que ver con un precio

mayorista), que equivale a casi 3 veces el costo de encarcelar a alguien en una celda sencilla al nivel más alto de seguridad por 40 años⁸?

IV-EL REVIVIR DE UNA METODOLOGÍA QUE ATIENDE A LAS CONSECUENCIAS Y OLVIDA LAS CAUSAS

Dice Christie⁹, que Estados Unidos, por sus criminólogos prestigiosos, cuidadosos con las normas científicas, y porque sus normas pasan a ser nuestras normas y sus soluciones se copian en el extranjero, le hace recordar a la Alemania, de los años 20 en adelante, que era aparentemente un país de cultura, conocimientos de ciencia, pensamientos racionales y corazones románticos, que fue modelo importante, quizás por demasiado tiempo. Creo que desgraciadamente esto es cierto y que sobre todo en los países con menor grado de desarrollo donde el modelo se recruce.

El modelo Hegeliano ha tendido a reproducirse. Estamos más cerca que antes en el proyecto de Hegel, en el cual existía una moral universal que evolucionaba (a diferencia de Kant) y que producía que la evolución le llegara a algunos y a otro no. En estos últimos el espíritu no se posaba y no llegaban a ser hombres libres.

Este modelo que intentaba proteger a la burguesía nórdica alemana del avance de las masas trabajadoras para las cuales los ideales de la revolución francesa no habían sido pensados, dividía en dos el mundo: el de los libres dominado por el contrato social y el de los no

evolucionados, a los que sólo podían aplicárseles medidas de seguridad con la excusa de la defensa social.

Estas ideas que dejaron sembrado el camino para el régimen nazi, y que parecían lejanas, parecen hoy comunes. En nuestro país la idea de la aplicación de la medida de seguridad con carácter general y permanente, esta a la orden del día. Hasta hace poco los extremistas que predicaban la eliminación del 2 por 1, para evitar la liberación masiva de los "delincuentes" eran la excepción, hoy parecen ser la regla, acompañados por el discurso de los medios de comunicación.

Olvidando por ejemplo que la culpa por la tardanza del juzgamiento es del Estado y no del imputado.

V - REFLEXIONES FINALES

Hemos de rogar porque este panorama sea solamente un planteo paranoico de unos pocos, pero mientras tanto debemos trabajar (en forma pacífica) para que las consecuencias no deseadas en este trabajo no se produzcan.

El Estado debe producir políticas sociales para todos los ciudadanos, especialmente para los jóvenes que en muchos casos provienen de un ambiente producto de la desunión, sin contacto con el afecto, cariño y ternura¹⁰, medidas de carácter socioeconómico que logren el desarrollo de las regiones abandonadas, crear nuevas fuentes de trabajo, y de seguridad social.

Las políticas únicamente penales no

sirven de nada, debe buscarse políticas integrales, no sólo penitenciarias, ni tampoco sólo policiales y funda, introducir formas no penales de resolución de conflictos.

También debe aclararse que es posible que el sistema ande bien, si se toman en cuenta sus fines históricos, y que seamos nosotros quienes lo queramos desnaturalizar.

El Estado nace como un método de control social y como dice Christie¹¹ la sociedad industrial se genera a partir de la revolución mercantil y es sincrónico el surgiendo del sistema penal que conocemos, y que nace racista. Así mismo, las "manos vacías" son un problema desde la primera etapa del proceso de industrialización, ya que se considera que causan por lo menos 2 tipos de consecuencias: por un lado pueden provocar disturbios, y por el otro la contradicción que existe entre el estilo de vida forzado del desempleo y la moral oficial de la laboriosidad.

En esta concepción calculadora que crea el modelo, el sistema funciona como una máquina cuasi perfecta que crea los excluidos, genera los mecanismos punitivos para mantenerlos fuera de la sociedad y por otro lado, mantiene un sistema financiero de múltiples dimensiones, como lo es el control del delito. A esto debe sumársele (para demostrar que no es una teoría conspirativa), la ayuda irresponsable de sus participantes. Para que esto se entienda debe exportarse el esquema que Tolstoi¹² utilizaba para explicar la barbarie de la guerra. Él decía que la gran cantidad de muertes se producen, entre otras cosas, por el esquema piramidal en que el ejército está organizado, de tal forma que la acción sea inversamente pro-

⁶ *Elias, Carranza, "Las prisiones en América Latina", Rev. Foro Año 1 N1 1. Bs. As. Mayo de 2000, pag. 14 y ss.*

⁷ *Christie, Nils. La industria del control del delito. Ed. Editores. Del Puerto. Bs. As. 1993.*

⁸ *Death Penalty. Information Center. <http://www.deathpenaltyinfo.org/DRUSA-SupCourt.Html>*

⁹ *Christie, Nils. La industria del control del delito, pag. 87.*

¹⁰ *Ramirez Vela. Wilder. Sociedad y pena de muerte. Pag. 94. Ed. San Marcos. Lima. 1990.*

¹¹ *Christie, Nils. La industria del control del delito, pag. 14. Ed. Editores. Del Puerto. Bs. As. 1993.*

¹² *Tolstoi, León. Guerra y paz, pag. 962 y ss. Grandes Clásicos. Tomo II. Ed. Aguilar. México 1991.*

porcional (no son palabras de Tolstoi) a la responsabilidad, lo que produce que el que da las ordenes no sea el que tiene que matar y por otro lado, que el que mata no se sienta responsable por la acción realizada. De igual manera nuestro sistema penal esta pensado para lograr iguales resultados.

El juez condena a una persona a una vida de miserias, y no asume su responsabilidad

escuzándose en la existencia de la ley omnipotente, el policía la cumple sin sentirse responsable porque no es quien tomó la decisión, sino sólo quien la hizo cumplir, el legislador que es quien dicta la ley, no será el que tiene que llevar al condenado a su celda, y de esta forma, indefinidamente. Así, ante este modelo, quienes no lo compartimos tenemos como opción cambiar su objetivo histórico o desterrarlo.¹³

¹³ Consult. Messer, Augusto. *La filosofía moderna de Kant y Hegel*. Ed. Espasa - Calpe Argentina S.A. Buenos Aires. 1939; Marcuse, Herbert, *Razón y revolución, Hegel y el surgimiento de la teoría social*, ED. ALIANZA, Madrid, 1971; -Nuñez, David, *La pena de muerte frente a la Iglesia y al Estado*, ED. ABECE, Bs.As., 1956; Ramírez Vela, Wilder, *Sociedad y pena de muerte*, EDITORIAL SAN MARCOS, Lima, 1990 "Ejecutaron a un asesino arrepentido", *Publímetro*, Año 1, Nro. 19, 19 de noviembre de 2000.

EMENTA: "Doação Inoficiosa Art. 1.176 do CC - Querela Inoficiosa e Donationis - Requisitos"

Carlos Thompson Flores

Ministro aposentado e ex-Presidente do Supremo Tribunal Federal.

Obs.:

O presente parecer foi acolhido pelo STF quando do julgamento do RE nº 97.060-RJ, rel. Min. Néri da Silveira, in RTJ 113/1.163.

PARECER

Encaminhou-me o eminente Professor Haroldo Valladão consulta sobre a possibilidade de dar parecer jurídico a respeito do recurso extraordinário interposto por sua cunhada Celeste Teixeira Valladão, casada, desde 11-3-1981, com seu irmão Alfredo Teixeira Valladão, Embaixador do Brasil na República Oriental do Uruguai, na ação ordinária que lhe movem Bruno e seu irmão Marcos Castrioto de Azambuja, recurso esse ora em tramitação perante o Egrégio Supremo Tribunal Federal.

Para o fim solicitado, passou-me às mãos numerosas peças xerocopiadas, extraídas todas dos respectivos autos.

Proporcionaram elas detido e minucioso exame da controvérsia, findo o qual, concluí assistir razão à recorrente, pelo bono direito por ela sustentado, o qual lhe vem sendo negado.

Dispus-me, por isso, e só por isso, a emitir o presente parecer, no qual vou ater-me, tal como foi propugnado, ao âmbito do extraordinário em questão.

I - DO PROCEDIMENTO JUDICIAL E SEU DESFECHO

1. Em 14-5-1974, ajuizaram os autores Bruno e Marcos Castrioto de Azambuja, perante a 3ª Vara de Órfãos e Sucessões da comarca do Rio de Janeiro (RJ), contra a consulente Celeste, cujo sobrenome era, ao tempo, Pereira Malburg, ação ordinária, na qual, sucessivamente, pediram, usando da expressão *confiam* (fl. 18), verbis:

"a) serão julgadas nulas de pleno direito, tendo em vista o disposto no art. 1.168 do Cód. Civil, as doações, aqui indicadas, do **BRIGADEIRO DARIO CAVALCANTI DE AZAMBUJA**, à ré;

b) no caso, que só admitem por *cautela* extrema, de denegação do pedido formulado na letra a, supra, serão reduzidas as doações inoficiosas, obedecendo ao disposto no art. 1.176 do Cód. Civil, condenada a ré, em qualquer caso, à reparação das lesões patrimoniais causadas aos direitos dos autores, às penas da sucumbência, inclusive em honorários de advogado, calculados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, que, para os efeitos fiscais, é estimado em Cr\$ 500.000,00 (quinhentos mil cruzeiros)."

2. Longamente, sustentam os autores sua pretensão, qual seja, a da nulidade das doações feitas à ré por seu falecido pai, embora já desquitado e com os bens do primitivo casal já partilhado, isto é, do apartamento nº 303 da rua Marques de Abrantes nº 115, então de sua propriedade, e do apartamento nº 201 do Edifício Golden Gate da Avenida Atlântida nº 2.038, ambos situados na cidade do Rio de Janeiro, realizadas, respectivamente, em 16-02-1966 e 14-4-1970.

Argumentam que inválidas são as transmissões, por contravirem expressas disposições das normas citadas. São ambas fruto de *simulação*. A primeira delas, encoberta como compra e venda, e a segunda, ocultando a promessa de compra e venda e cessão, a real doação, eis que o numerário constitutivo do preço fora fornecido pelo seu falecido pai.

Quando, porém, nulas não venham a ser reconhecidas, em sua totalidade, as transmissões, merecem elas, por inoficiosas, as devidas reduções, sendo, pois, nulas somente em parte.

3. Contestou a consulente acionada. Argüiu as prejudiciais de prescrição, com base no art. 178, § 9º, V, b, do Cód. Civil, cujo prazo de quatro anos fluiu da era dos respectivos con-

tratos; e de carência da ação, tal como foi proposta. No mérito, argumenta, também extensamente, negando a invocada simulação, eis que os contratos exprimem a realidade, e que o numerário para ambas foi por ela, contestante, fornecido, mostrando os meios de que então dispunha.

4. Com a impugnação dos autores, houve por bem o dr. Juiz de Direito, ao ensejo do despacho saneador, rejeitar ambas as prefaciais (fls. 374-5), originando agravo retido por parte da prejudicada (fls. 381-2).

5. Colhidas as provas, sentenciou o magistrado, julgando procedente a ação para anular os contratos que considerou doações, no que pertinem à segunda parte do pedido, antes transcrito (fls. 488-90).

6. Opuseram os autores embargos declaratórios, considerando omissa a sentença, no tocante ao primeiro pedido.

Foram ditos embargos recebidos, originando a complementação da sentença, concedendo as duas pretensões (!) [fl. 497].

7. Apelou a vencida (fls. 499-507). Parcial, porém, foi o êxito do recurso. O Eg. Tribunal de Justiça, por sua 4ª Câmara Cível, unanimemente, negou provimento ao agravo retido, provendo, todavia, em parte, o apelo, para manter a sentença quando acolheu a segunda parte do pedido dos autores (fls. 575-83).

Sua ementa dispõe:

"Ação anulatória de doação - Interrupção de prescrição. O prazo prescricional se interrompe, na forma do art. 169, inciso II, quando a parte está ausente do Brasil, em serviço pública da União. Se nada influiu na vontade do doador, não se anula a escritura nem a doação, anulan-

do-se a parte que excedeu à disponibilidade dos bens que poderia dispor o doador, em testamento, nos precisos termos do art. 1.176 do C. Civil.

É inoficiosa a liberdade quanto à parte que excedeu aquela de que o doador, na época poderia dispor em testamento e não a escritura ou doação total.

A vontade do doador deve ser respeitada no limite da lei.

Apelação provida parcialmente."

8. A tempo, manifestou a autora recurso extraordinário.

Funda-o no art. 119, III, a e d, da Constituição.

Argumenta que o aresto recorrido denegou vigência aos arts. 178, § 9º, nº V, b, e 1.176, ambos do Cód. Civil, além de dissentir de julgados de outros tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal, segundo indicações que faz em sua petição de recurso extraordinário (fls. 585-605). Inseriu, outrossim, cópia do acórdão proferido no RE nº 45.076-GO, visando a comprovar a divergência, no tocante à carência da ação, desprezada em ambas as instâncias ordinárias.

9. Impugnado o recurso (fls. 618-27) e admitido (fls. 670-2), processou-se, recebendo parecer contrário da Procuradoria-Geral da República (fls. 700-3).

II - DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

A. Considerações necessárias

1. Sabido é que o recurso extraordinário não visa, em princípio, reparar injustiças. Diversa é a sua destinação constitucional, nos termos da própria Carta Maior - art. 119, III e suas alíneas.

2. Todavia, não pode seu juiz manter-se insensível a graves injustiças sofridas com os julgamentos proferidos nas instâncias ordinárias, sob sua consideração.

Daí, a sábia observação de BARBOSA MOREIRA, ao referir-se à comentada irresignação:

"No seu âmbito, contudo, parece excessivo negar que sirva de instrumento à tutela de direitos subjetivos das partes e terceiros prejudicados (Comentários ao C.P.C., Forense, V, 1978, p. 641)."

No mesmo sentido, e invocando Pontes de Miranda e Calamandrei, escreve JOSÉ AFONSO DA SILVA:

"Seu fundamento e sua finalidade são, pois, político-constitucionais. Mas isto não lhe tira o caráter, eminentemente, processual. É um meio processual que o Estado pôs à disposição das partes para que, defendendo o próprio interesse subjetivo, dêem ao Pretório Excelso o instrumento de controle da unidade do direito nacional e, sobretudo, da supremacia da Constituição (Do Recurso Extraordinário no Direito Processual Brasileiro, Rev. dos Tribunais, 1962, p. 107)."

3. In casu, salta aos olhos a grave injustiça sofrida pela recorrente. Reconheceram-na a avó paterna e os irmãos do pai dos recorridos, segundo suas expressivas cartas de fls. 147-8 e 149.

Proporcionou ela, a ré, ao pai dos autores, por mais de um decênio, um lar feliz. Socorreu-o na adversidade, na doença, assistindo-lhe, com seus irmãos, na grave crise do mal que o acometeu, em Itajaí - Santa Catarina, na praia de Cabeçadas, onde gozava férias. Depois, acompanhou-o, nas suas várias viagens, trabalhando a seu lado, no mister a que se entregara. E desfez-se de todos os numerosos bens de que dis-

punha em Santa Catarina, para, com o número obtido, adquirir o imóvel por ela adquirido e que serviu de teto também a seu marido, pai dos demandantes, por quase quatro anos, até a sua morte, ocorrida a 07-02-1974.

Pois bem, falecido o esposo, querem os autores, seus filhos, despojá-la do único imóvel que lhe resta, adquirido com o que era seu, seja pela venda dos bens de que dispunha, seja com recursos que conquistou após.

Tudo está na declaração da ré, acompanhando a contestação, onde narra, com detalhes, toda a sua vida, e, em especial, dos recursos de que dispunha.

O próprio acórdão recorrido, em significativa passagem, não obscureceu a estranheza da pretensão, ao consignar (fl. 382), verbis:

“Os autores, homens bem colocados na vida, com preparo invejável, deveriam propor a presente ação, visando a totalidade da doação, ainda em vida do pai. Possibilitariam, assim, que as coisas fossem colocadas em seus devidos termos.”

Mesmo assim, os atendeu, anulando, em parte, as doações, porque inoficiosas...

B. Do recurso extraordinário em si

a. Das preliminares

1. Como se afirmou antes, o excepcional interposto ataca, em sua primeira parte, as prejudiciais de prescrição e carência da ação, rejeitadas nas duas instâncias.

1.1 - Sustenta, quanto àquela, prescrição, ter o julgado denegado vigência ao art. 178, § 9º, V, b, do Cód. Civil, ao considerar vintenário o prazo prescricional, e divergindo, no ponto,

com julgados que cita e transcreve, em parte, e comenta.

1.2 - Sucede que o acórdão, argumentando que, mesmo que o prazo fosse de quatro anos, contados da realização dos contratos a anular, como sustenta a recorrente, não autorizaria a decretação propugnada, eis que dito prazo resultou suspenso para um dos autores (o acórdão usou, erroneamente, a expressão interrompeu), o qual esteve fora do Brasil de 1963 até 1974 (fl. 350), como dispõe o art. 169, III, do Cód. Civil, suspensão que aproveita ao co-autor, tal como dispõe o citado Código - art. 171.

1.3 - Aconteceu, porém, que o recurso não atacou essa causa suspensiva, por si bastante para rejeitar a preliminar comentada.

Em conseqüência, incide, no ponto, a Súmula 283, obstando o conhecimento do recurso.

2. No que toca a outra prefacial, o resultado não é melhor. Admitindo que lavrasse dissídio, no tocante à carência da ação, com fundamento nos julgados indicados na petição recursal, notadamente com o RE nº 45.076 (fls. 769-73), é de acentuar-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, firmou-se, após, em sentido diverso, o qual ampara a rejeição da preliminar em questão, especialmente na parte em que a ação foi julgada procedente, única visada neste recurso, sem que houvesse irresignação adesiva.

Refiro-me aos RREE nºs 85.388, 2ª Turma, de 31-8-76, do qual fui relator (RTJ, 85/962-72); 86.165, 2ª Turma, de 11-11-77, relator Ministro Xavier de Albuquerque (RTJ, 84/286-8); 89.587, 2ª Turma, de 22-9-78, relator Ministro Moreira Alves (RTJ, 91/1098-1103); 88.873, 1ª Turma, de 11-11-80, relator Ministro Rafael Mayer (RTJ, 96/1229-34) e 84.497, 1ª Turma, de 20-5-80, relator Ministro Soares Muñoz (RTJ, 98/1097-1107).

Mais uma vez se tornou inviável o conhecimento do recurso, com assento ainda na Súmula, agora, em seu verbete 286.

b. Do mérito

1. No que respeita ao mérito, convencido estou de que o recurso extraordinário procede, e por inteiro.

Houve, de parte do acórdão recorrido, manifesta negativa de vigência do art. 1.176 do Cód. Civil, como se argüiu na respectiva petição (fl. 585) e considerou o despacho presidencial (fl. 671).

1.1 - Com efeito.

Diz o citado preceito:

“Art. 1.176. Nula também é a doação quanto à parte, que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.”

Verifica-se, desde logo, e sem qualquer dificuldade, dada a clareza da disposição, que a nulidade que estatui somente ocorrerá quando satisfeitas as duas condições substanciais nele inseridas:

- a) quando postulada por descendente ou ascendente sucessível do doador (Cód. Civ., arts. 1576 e 1721); e
- b) que o valor da doação exceda ao da metade daquele que o doador poderia dispor no momento da liberalidade, ou seja, na data em que o ato se realizou.

É o que, expressa e reiteradamente, ensinam os comentadores, desde CLOVIS BEVILAQUA (Coments. ao Cód. Civ., IV, 1934, pp. 353-4), seguido pelos demais: HERMENEGILDO DE BARROS (Manual do

Cód. Civ. Bras., de Paulo de Lacerda, XVIII, nº 29); PONTES DE MIRANDA (Tratado de Dir. Priv., 46, pp.249-57); CARVALHO SANTOS (Cód. Civ. Bras. Interpr., 16, pp. 404-14); W. BARROS MONTEIRO (Curso de Dir. Civ., Dir. das Obrigações, II, 1959, pp. 143-4); CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (Instituições de Dir. Civ., III, 1978, p. 230, nº 7) e, com ampla explanação, AGOSTINHO ALVIM, em sua completa monografia (Da Doação, 1980, pp. 182-91, nºs 11/23).

1.2 - Dela, interpretação, não dissente a jurisprudência, inclusive do S.T.F., como se vê da ementa aposta ao RE nº 53.553-SP, julgado pelo Plenário, em 12-7-1964, sendo relator o eminente Ministro Gonçalves de Oliveira, verbis:

“Doação de determinado imóvel a filhos do primeiro leito, feita pela esposa com assistência do marido. A doação não infringe o princípio da imutabilidade do regime, na constância do matrimônio, nos termos do artigo 1.176 do Código Civil. Avaliação retrospectiva dos bens para apurar se a doação se fez dentro da parte disponível, caso em que será nula a doação. Recurso extraordinário não conhecido. (Diário da Justiça de 20-8-64, Apenso nº 155, p. 619).”

No mesmo sentido decidiu o T.J. de S. P., por sua 4ª Câmara Cível, em acórdão unânime de 26-3-1968.

De sua ementa cabe destacar, verbis:

*“.....
Em demanda para anular-se a doação face ao excesso, é indispensável a prova do montante dos bens de que dispunha o doador, no momento de fazê-la, pois, somente assim poder-se-á verificar ser o mesmo excesso ocorrente ou não. (Rev. dos Tribunais, 395/180).”*

Identicamente, procedeu o mesmo Tribunal, agora por sua 2ª Câmara Cível, verbis:

“Admitindo que a alienação de bens seja uma doação com inobservância do art. 1.176 do Código Civil, cabe ao prejudicado pleitear a anulação tão-só da parte excedente à metade de livre disposição do doador, cumprindo-lhe provar, outrossim, ter havido o referido excesso no momento da liberalidade. (Rev. dos Tribunais, 184/106). [os grifos são meus].”

3. Na espécie, o decisório recorrido deslembrou-se, e por completo, que, para acolher o pedido dos autores, mesmo como o foi, em sua pretensão menor, tinha de exigir deles prova cabal do requisito essencial, qual seja a segunda condição da ação, antes deduzida, a saber, que, ao tempo das invocadas liberalidades exercidas pelo pai dos autores, excediam elas à metade do valor do patrimônio suscetível de dispor, via testamentária.

3.1 - Nem se pretenda que seria bastante, para sua aceitação, a simples alegação dos autores.

Contrariamente, dispõe o Cód. Proc. Civil, em seu art. 333, I, expressa e com precisão, verbis:

*“Art. 333. O ônus de prova incumbe:
I - ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito;
.....”*

Certamente que não o fizeram como, terminantemente, exige o preceito transcrito. Sendo a apuração dos valores em comentário elemento constitutivo, condição substancial da própria ação proposta na qual assentaram o seu invocado direito, cabia aos autores a respectiva prova. Sem ela, a toda evidência, não poderiam esperar qualquer sucesso.

E, tanto mais necessária dita prova se impunha, quando contestadas, no particular, as afirmações dos autores, desde a contestação. Mas, nem mesmo assim alertados, se deram conta da grave e fatal falta em que incorreram.

A exigência da prova em questão foi reavivada, ao ensejo da apelação interposta (fls. 505 e segs.), e, mais amplamente versada, após, na formulação do recurso extraordinário, quando, com elementos concretos, foi examinado o patrimônio do pai dos recorridos e seu respectivo valor ao tempo das pretensas doações (fls. 600 e segs.).

3.2 - Ainda assim, o acórdão recorrido reconheceu a inoficiosidade das invocadas doações (!). E, mais, a do próprio apartamento nº 303 do prédio nº 115, da rua Marques de Abrantes, ao tempo da propositura da ação, já objeto de pagamento à promitente vendedora do apartamento 201 do Edifício Golden Gate, na Avenida Atlântida, sem que, todavia, para a ação fosse citada, como litisconsorte passiva necessária, a alienante.

A propósito da necessidade da prova do fato constitutivo do pedido, acentuou o S.T.F., por sua 2ª Turma, ao julgar, em 19-8-1947, o RE nº 9.912-PA, e do qual foi relator o saudoso Ministro Orozimbo Nonato, através de sua fl ementa:

*“.....
- O fato constitutivo do pedido pode ser simples ou complexo. Nesta última hipótese, caberá ao autor a prova de todos os elementos que integram o fato constitutivo e que se pode desdobrar em diversos fatos simples ou em qualificações específicas. (Rev. For., 124/449) (ampliei os grifos).”*

3.3 - Mas, nem o próprio julgado impugnado, considerou provado o comentado elemento constitutivo - os valores do patrimônio

do doador - suscetível de disposição testamentária, ao tempo das pretensas doações que realizou. Tanto assim, que adiou tal prova para o processo de execução, sem, sequer, precisar a espécie, quiçá por artigos.

É o que afirma o julgado impugnado em sua parte dispositiva (fl. 376), verbis:

“ACORDA a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro... (omissis) dar provimento parcial à apelação para, reformando a sentença, julgar procedente a ação, para, reconhecendo a doação, anular a parte que excedeu à parte disponível do doador, no ato da liberalidade, isto é, no ato das escrituras, tudo a ser apurado em execução. (grifei).”

4. É de perguntar-se, então: poderia, validamente, o acórdão adiar para a execução a produção da prova do discutido ato constitutivo do pedido?

A resposta, evidentemente, há de ser negativa.

Trata-se de prova, como já se disse de fato constitutivo do direito, invocado pelos autores; condição do próprio sucesso da demanda em si. Assim, necessariamente, a ser comprovado no processo de conhecimento, jamais no de execução (arts. 1º a 565), segundo o art. 270, todos do Cód. Proc. Civil.

A propósito, com sua habitual clareza, preleciona HUMBERTO THEODORO JÚNIOR, recolhendo a boa Doutrina:

*“Enquanto o processo de execução é voltado para a satisfação do direito do credor e atua sobre bens, o processo de conhecimento tem como objeto as provas dos fatos alegados pelos litigantes, de cuja apreciação o juiz deverá definir a solução jurídica para o litígio estabelecido entre as partes.
De tal sorte, às partes não basta simplesmente alegar os fatos. “Para que a sentença declare o direito, isto é, para que a relação de direito litigi-*

osa fique definitivamente garantida pela regra de direito correspondente, preciso é antes de tudo que o juiz se certifique da verdade do fato alegado”, o que se dá através das provas. (Processo de Conhecimento, Tomo II, 1978, ps. 515/6; a citação transcrita é de João Monteiro, Programa do Curso de Processo Civil, 3. Ed., vol. II, § 122, nota 2, p. 93).”

E, mais concretamente, se lê na Teoria Geral do Processo por A. C. DE ARAÚJO CINTRA, ADA T. GRINOVER e CÂNDIDO R. DINAMARCO, Ed. 2ª, 1979, p. 272, nº 177:

“O processo condenatório (como é o caso) tende a uma sentença de condenação do réu. Acolhendo a pretensão do autor, a decisão afirma a existência do direito e sua violação, aplicando a sanção correspondente à inobservância da norma reguladora de conflito de interesses. Essa sanção não se confunde com a sanção de direito material (medida de agravamento da situação do obrigado inadimplente), consiste em possibilitar o acesso à via processual da execução forçada: proferida a sentença condenatória, passa a ser admissível o processo de execução que antes não o era (non est inchoandum ab executione).”

Seguindo a mesma orientação, ou seja, a produção da prova dos valores doados e o do patrimônio disponível do doador, decidiu o S.T.F., por sua 1ª Turma, ao apreciar recurso extraordinário, em 06-11-1952, do qual foi relator o saudoso Ministro Mário Guimarães. Em seu longo voto, depois de citar e transcrever o texto do art. 1.176 do Cód. Civil, discutido na demanda, em processo de conhecimento, consignou:

“Demonstrou o recorrente (fls.) que a doação não excedeu o valor da meação. O total da herança é de Cr\$ 3.417.775,10. O valor da doação é de Cr\$ 250.700,00. Bem menos, portanto, do que o proibido. (Darcy Arruda Miranda Jr., Jurispr. das Obrig., II, 1976, pp. 696/9).”

4.1 - A esta altura, cabe ainda uma pergunta: Como se poderia justificar a procedência da ação, que assenta no excesso de liberalidade do doador, doando além das possibilidades que o valor de seu patrimônio, disponível testamentariamente, permite, sem apurar seu real valor, na época da liberalidade?

4.2 - Admita-se, só para argumentar, sem, evidentemente, consentir, que se tolerasse a produção de provas dos comentados valores no processo de execução, contrariando e invertendo o destino dos procedimentos judiciais. E, apurados, como quer o acórdão, os valores em discussão, se chegasse à conclusão de que não havia, de parte do doador, qualquer excesso condenável à vista do art. 1.176 do Cód. Civil.

O decisório que anulou as doações, fundado, temerariamente, na discutida demasia, tornar-se-ia inexecutável, ineficaz, contradizendo-se consigo mesmo, pois afetaria o anterior, insuscetível de qualquer alteração, como expressamente dispõe o Cód. Proc. Civil, art. 610, 2ª parte.

O decidido, pois, não poderia, de forma alguma, subsistir, por falta de validade. Repugna-o, data venia, a própria lógica, quando não contrariasse, e de maneira flagrante, o direito escrito, na forma e no fundo, como ficou evidenciado.

4.3 - Ao fim e ao cabo, tudo está a mostrar que o acórdão impugnado não se tem como sustentar. E isso porque denegou vigência ao art. 1.176 do Cód. Civil. Dispensada uma das condições que ele impõe, a qual qualifica a inoficiosidade da doação, a imoderação, e que somente pode ser reconhecida quando, realmente, apurados os valores do patrimônio do doador, no momento da liberação, como se fora a hora de testar, e o do quantum do bem doado, tudo ao ensejo processual próprio, ou seja, no processo de conhecimento, jamais no de execução. Somente assim, poder-se-ia acolher a nulidade da demasia do que foi doado.

Esta a legítima exegese do permissivo indicado (letra a do art. 119, III, da Carta Maior), fixada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, em memorável sessão de 05-4-1967 (RTJ, 43/666 e segs.), e mantida até hoje.

5. Antes de concluir, quero deixar expresso por que não cuidei do recurso com base no dissídio jurisprudencial invocado. No pertinente às prejudiciais, porque incidentes os verbetes 283 e 286 da Súmula; e da porção restante, para não alongar, em demasia, este parecer, tão decisivo e convincente me pareceu o outro arrimo recursal, bastante, só por si, capaz de proporcionar o êxito da pretensão sustentada pela ré vencida.

III - C O N C L U S Ã O

Ante o exposto, em certos lances, por vezes reiterados e insistentes, com o propósito único de bem realçar o direito aqui sustentado, somente resta esperar que a Egrégia Corte, em sua alta sabedoria e sublime espírito de Justiça, ao qual se referiu o eminente Ministro Pedro Chaves, com estas sinceras e expressivas palavras, como lhe era peculiar:

“.....
Uma das coisas que aprendi neste Supremo Tribunal Federal foi olhar para o Brasil imenso e ver a necessidade absoluta do recurso extraordinário que, às vezes, leva o Pretório Excelso a agir, mesmo como juízo de 3ª Instância, restabelecer justiça e direito [(grifei), in RTJ, 43/684].”

haja por bem conhecer do recurso e dar-lhe provimento, para julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

É o PARECER, apresentado em quinze (15) folhas datilografadas, apenas no anverso, todas por mim autenticadas.

Porto Alegre, 01 de outubro de 1984.

Carlos Thompson Flores